

V. 19

2023

ISSN 2317-6172

44

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

Revista DIREITO FGV

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

v. 19 | 2023

PUBLICAÇÃO DA
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS.
- V. 19 (2023) - SÃO PAULO : FGV DIREITO SP, 2023-
V.

ANUAL

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

VERSÃO DIGITAL A PARTIR DE 2016

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

OJS/INDEX.PHP/REVDIREITOGV/INDEX

ISSN 2317-6172

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. II.
RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO. III. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. IV. ESCOLA
DE DIREITO DE SÃO PAULO.

CDU 34
CDD 340

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA POR:
CRISTIANE DE OLIVEIRA CRB SP-008061/O
BIBLIOTECA KARL A. BOEDECKER DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS – SP

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. 19 | 2023

EDITORIA-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, DOMINIKA PICCO, ELIZABETH ANN MILLER, GABRIELA ROCHA, JENNIFER BONVENUTO, JORGELINA RIVERA, JUAN GUTIERREZ, LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA, PAULA BRITO ARAÚJO, PAULA VERA-BUSTAMANTE, TEREZA GOUVEIA E WILLIAMS CALAZANS

TRADUÇÃO (EDITORIAL)

DOMINIKA PICCO

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

ULTRAVIOLETA DESIGN

BASES DE DADOS E INDEXADORES

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL | CITEFACTOR | DIADORIM | DOAJ – DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS | EZB ELECTRONIC JOURNALS LIBRARY | HEINONLINE | IBSS – INTERNATIONAL BIBLIOGRAPHY OF THE SOCIAL SCIENCES | LATINDEX – SISTEMA REGIONAL DE INFORMACIÓN EN LÍNEA PARA REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA, EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL | PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES | REDIB – RED IBEROAMERICANA DE INNOVACIÓN Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO | REPOSITÓRIO FGV DE PERIÓDICOS E REVISTAS | SCIELO – SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE | SCOPUS | SHERPA/ROMEO | ULRICHSWEB

SUMÁRIO

EDITORIAL

REVISTA DIREITO GV EM NÚMEROS: BALANÇO DE 2022 E PERSPECTIVAS PARA 2023 : **e2300**

REVISTA DIREITO GV IN NUMBERS: 2022 BALANCE SHEET AND OUTLOOK FOR 2023 : **e2301**

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, HENRIQUE CRUZ NOYA E LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN

ARTIGOS

COURT DISPOSITION TIME IN BRAZIL AND IN EUROPEAN COUNTRIES : **e2302**

TEMPO DO PROCESSO JUDICIAL NO BRASIL E EM PAÍSES EUROPEUS

CAIO CASTELLIANO E TOMAS AQUINO GUIMARAES

EL PARRICIDIO ENTRE CONVIVIENTES LGBTI EN CHILE : **e2303**

PARRICIDE AMONG LGBTI COHABITANTS IN CHILE

RODRIGO A. GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR, VALENTINA PARODI SOTO,
MARÍA VICTORIA ULLOA BECERRA Y PABLO FUENTEALBA-CARRASCO

LA REGULACIÓN A PRUEBA DE FUTURO (“*FUTURE-PROOF REGULATION*”)

COMO PRÁCTICA DE MEJORA REGULATORIA : **e2304**

FUTURE-PROOF REGULATION AS A PRACTICE OF QUALITY REGULATORY IMPROVEMENT

WILLIAM IVAN GALLO APONTE Y LUIS FERNEY MORENO CASTILLO

A REGULAÇÃO DE CONTEÚDO NAS REDES SOCIAIS: UMA BREVE ANÁLISE

COMPARATIVA ENTRE O *NETZDG* E A SOLUÇÃO BRASILEIRA : **e2305**

*THE REGULATION OF CONTENT ON SOCIAL NETWORKS: A BRIEF COMPARATIVE
ANALYSIS BETWEEN NETZDG AND THE BRAZILIAN SOLUTION*

GABRIEL RIBEIRO BREGA

O QUANTO SERÍAMOS SAVIGNYANOS? O LUGAR-COMUM DA RELAÇÃO ENTRE

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY E AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS NA

HISTORIOGRAFIA JURÍDICA BRASILEIRA : **e2306**

*TO WHICH EXTEND ARE WE SAVIGNYANS? THE RELATION BETWEEN FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY AND
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS AS A COMMONPLACE IN THE BRAZILIAN LEGAL-HISTORICAL LITERATURE*

RENATO SEDANO ONOFRI

ÉTICA DA ALTERIDADE COMO FUNDAMENTO EXTRAMORAL

PARA A POLÍTICA EM TEMPOS DE ÓDIO : **e2307**

ETHICS OF ALTERITY AS AN EXTRA-MORAL FOUNDATION FOR POLITICS IN TIMES OF HATRED

JOSÉ RICARDO CUNHA

GERENCIANDO A COEXISTÊNCIA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE
MULHERES E HOMENS NO TRABALHO DE AGENTES PRISIONAIS : **e2308**
MANAGING COEXISTENCE: A COMPARISON BETWEEN WOMEN AND MEN PRISON GUARDS
ISABELA CRISTINA ALVES DE ARAÚJO E LUDMILA RIBEIRO

CONTROVÉRSIAS DE INVESTIMENTOS SOBRE
DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL : **e2309**
INVESTMENT DISPUTES CONCERNING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS
LORIS BAENA CUNHA NETO E SERGIO MEDEIROS PAULINO DE CARVALHO

DIREITO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
CAMINHOS PARA UMA AGENDA DE PESQUISA : **e2313**
LAW AND IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES: PATHS FOR A RESEARCH AGENDA
MARIANA LEVY PIZA FONTES

PODER POR MEIO DE PERGUNTAS: INTERROGATÓRIO DO EX-PRESIDENTE LULA : **e2310**
POWER THROUGH QUESTIONING: FORMER PRESIDENT LULA'S QUESTIONING
DÉBORA CABRAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E FEDERALISMO: ANTES E DURANTE A PANDEMIA : **e2311**
BRAZILIAN SUPREME COURT AND FEDERALISM: BEFORE AND DURING THE PANDEMIC
MIGUEL GUALANO DE GODOY E RENATA NAOMI TRANJAN

SUPREMO REMOTO E A EXPANSÃO DO PLENÁRIO VIRTUAL APÓS A PANDEMIA : **e2312**
REMOTE BRAZILIAN SUPREME COURT: THE RISE OF THE VIRTUAL TRIALS AFTER THE PANDEMIC
RAPHAEL RAMOS MONTEIRO DE SOUZA

DEFENSORIAS PÚBLICAS: CAMINHOS E LACUNAS NO ACESSO À JUSTIÇA : **e2314**
PUBLIC DEFENSE: PATHS AND GAPS IN ACCESS TO JUSTICE
MARCELLA RAPHAELLA FAUSTINO, EDUARDO CERQUEIRA BATITUCCI E
MARCUS VINÍCIUS GONÇALVES DA CRUZ

SUSTAÇÃO DE NORMAS DE AGÊNCIAS REGULADORAS PELO CONGRESSO
NACIONAL: PESQUISA EMPÍRICA SOBRE A PRÁTICA DO ART. 49, V, DA CRFB : **e2315**
*SUSPENSION OF REGULATORY AGENCIES' NORMS BY THE CONGRESS: EMPIRICAL RESEARCH
ON THE PRACTICE OF THE ARTICLE 49, V, OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION*
EDUARDO FERREIRA JORDÃO, NATASHA SCHMITT CACCIA SALINAS, PATRÍCIA REGINA
PINHEIRO SAMPAIO E BEATRIZ SCAMILLA JARDIM DE MORAES OLIVEIRA

A “CRIMINOSA” ESTÁ AQUI? A PERGUNTA PELA MULHER EM ARTIGOS SOBRE
TRÁFICO DE DROGAS DE UMA REVISTA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS BRASILEIRA : **e2316**
*IS THE “FEMALE OFFENDER” HERE? THE WOMAN QUESTION IN ARTICLES
ABOUT DRUG TRAFFICKING IN A BRAZILIAN JOURNAL OF CRIMINAL SCIENCES*
ANA GABRIELA MENDES BRAGA E LETÍCIA CARDOSO FERREIRA

FINTECHS AND TRADITIONAL BANKS: REGULATION,
COMPETITION, AND COOPERATION IN BRAZIL : **e2317**

FINTECHS E BANCOS TRADICIONAIS: REGULAÇÃO, COMPETIÇÃO E COOPERAÇÃO NO BRASIL

DAVI FERREIRA VERONESE E MARIA PAULA BERTRAN

PADRÕES NOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO : **e2318**

PATTERNS IN THE JUDGMENTS OF THE FEDERAL REGIONAL COURT OF THE FOURTH REGION

MARCOS MAIA E CICERO APARECIDO BEZERRA

“QUEM NÃO SE COMUNICA SE TRUMBICA”: COMPORTAMENTO DECISÓRIO E
ESTRATÉGIAS DE AUTOPROMOÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL : **e2319**

*LACK OF COMMUNICATION CAN BE TROUBLE: BRAZILIAN FEDERAL SUPREME
COURT DECISION-MAKING BEHAVIOR AND SELF-PROMOTION STRATEGIES : e2320*

REBECCA MAGALHÃES E ERNANI CARVALHO

PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E
ANÁLISE DISCURSIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS DO SUL DO BRASIL : **e2321**

*JURISPRUDENTIAL OVERVIEW OF OBSTETRIC VIOLENCE AND DISCURSIVE
ANALYSIS OF THE COURT DECISIONS IN SOUTHERN BRAZIL*

TAYSA SCHIOCCHET E SUÉLLYN MATTOS DE ARAGÃO

ATIVISMO JUDICIAL E JUSTIÇA ELEITORAL EM SUAS
FUNÇÕES NÃO JUDICANTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA : **e2322**

JUDICIAL ACTIVISM AND ELECTORAL JUSTICE IN ITS NON-JUDICIAL FUNCTIONS: A CRITICAL ANALYSIS

ELDER MAIA GOLTZMAN E NEWTON PEREIRA RAMOS NETO

AVALIAÇÃO LEGISLATIVA DAS REFORMAS TRABALHISTAS PROMOVIDAS
POR MEIO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO GOVERNO BOLSONARO : **e2323**

*LEGISLATIVE EVALUATION OF LABOR REFORMS PROMOTED THROUGH
PROVISIONAL PRESIDENTIAL DECREES IN THE BOLSONARO'S GOVERNMENT*

MURILO GASPARD, LETÍCIA REZENDE SANTOS E ARTUR MARCHIONI

COVID-19 E TUTELA DE DIREITOS NA JUSTIÇA FEDERAL: ATORES,
INTERESSES E TEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA PANDEMIA : **e2324**

*COVID-19 AND PROTECTION OF RIGHTS IN FEDERAL JUDICIARY: ACTORS,
INTERESTS AND ISSUE AREAS OF THE PANDEMIC JUDICIALIZATION*

RICARDO SILVEIRA RIBEIRO

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA: UM CASO BEM-SUCEDIDO? : **e2325**

VIDEOCONFERENCING ON INITIAL HEARINGS: A SUCCESSFUL CASE?

MANUELA ABATH VALENÇA

LIMITES E POSSIBILIDADES DAS FLEXIBILIDADES DO DIREITO DA
PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA LIDAR COM URGÊNCIAS
EM SAÚDE: ESTUDOS DE CASO DA AIDS E DA COVID-19 : **e2326**

*THE FLEXIBLE DYNAMICS OF THE INTELLECTUAL PROPERTY REGIME TO DEAL
WITH HEALTH EMERGENCIES: CASE STUDIES FROM AIDS AND COVID-19*

MARCELO DIAS VARELLA E KATIA ADRIANA CARDOSO DE OLIVEIRA

NÃO FALE DO ELON MUSK! A PESQUISA JURÍDICA NO MESTRADO PROFESSIONAL : **e2327**

DO NOT TALK ABOUT ELON MUSK! DOING LEGAL RESEARCH AT A PROFESSIONAL POSTGRADUATE PROGRAM

EMERSON RIBEIRO FABIANI E MATEUS MATOS TORMIN

ACTIVISMO O GARANTISMO EN EL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO : **e2328**

ACTIVISM OR GUARANTEE IN THE COLOMBIAN ADMINISTRATIVE CONTENTIOUS PROCESS

FERNANDO MARTÍNEZ UREÑA Y DIMARO ALEXIS AGUDELO MEJÍA

DERECHOS HUMANOS EN ACCIÓN: POSIBILIDADES Y DIFICULTADES
PARA PENETRAR EN EL MUNDO FINANCIERO : **e2329**

HUMAN RIGHTS IN ACTION: POSSIBILITIES AND DIFFICULTIES FOR PENETRATING IN THE FINANCIAL WORLD

ALEJANDRO GABRIEL MANZO

A NEW LEGAL CONCEPT FOR UNDERSTANDING THE ESSENCE OF
PRODUCTION AND CONSUMPTION WASTE: A VIEW FROM RUSSIA : **e2330**

*NOVO CONCEITO LEGAL PARA ENTENDER A ESSÊNCIA DOS
RESÍDUOS DE PRODUÇÃO E CONSUMO: UM OLHAR DA RÚSSIA*

ALEKSEY ANISIMOV AND DMITRIY MOTORIN

BEYOND THE CONVERGENCE-DIVERGENCE DIVIDE:
COMPARING BANKING REGULATION IN LATIN AMERICA : **e2331**

*PARA ALÉM DA DIVISÃO CONVERGÊNCIA-DIVERGÊNCIA: UMA COMPARAÇÃO
DA REGULAÇÃO BANCÁRIA NA AMÉRICA LATINA*

MARIO SCHAPIRO

SOCIAL CHANGE AND LAW: A MATTER FOR DISCUSSION.
STUDY OF THE FIRST DECISION IN FAVOR OF SAME-SEX
COUPLES BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA : **e2332**

*MUDANÇA SOCIAL E DIREITO: UM ASSUNTO A DISCUTIR. ESTUDO DA PRIMEIRA DECISÃO
A FAVOR DOS CASAIS DO MESMO SEXO PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA*

JOSÉ MIGUEL RUEDA VÁSQUEZ

OPENING THE WORLD COURT TO STATE AND NON-STATE
ACTORS IN CONTENTIOUS CASES: REALITY OR UTOPIA? : **e2333**

*AMPLIANDO O ACESSO À CORTE MUNDIAL POR ATORES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS
EM CASOS CONTENCIOSOS: REALIDADE OU UTOPIA?*

PAULA WOJCIKIEWICZ ALMEIDA AND GIULIA TAVARES ROMAY

CONSTRUINDO O FORAGIDO: USOS E SENTIDOS DA FUGA NO DISCURSO JUDICIAL : e2334

CONSTRUCTING THE FUGITIVE: USES AND MEANINGS OF ESCAPE IN JUDICIAL SPEECH

DANIEL FONSECA FERNANDES

PERSONAL DATA OF ADOLESCENTS IN HIGHER EDUCATION: THE LGPD AND
THE USE OF DIGITAL MEDIA FOR TEACHING ACTIVITIES AND REMOTE TESTING : e2335

*DADOS PESSOAIS DE ADOLESCENTES NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: LGPD E UTILIZAÇÃO
DE MEIOS DIGITAIS PARA ATIVIDADES DE ENSINO E APLICAÇÃO DE PROVAS*

THAÍS DUARTE ZAPPELINI, LAURIANNE-MARIE SCHIPPERS E ALEXANDRE PACHECO DA SILVA

O STF E AS MEDIDAS PARA PREVENÇÃO E TRATAMENTO DA COVID-19 : e2336

STF AND THE PUBLIC MEASURES FOR COVID-19 PREVENTION AND TREATMENT

DANIEL WEI LIANG WANG, ANA LUIZA GAJARDONI DE MATTOS ARRUDA, BRUNO DA CUNHA
DE OLIVEIRA, EZEQUIEL FAJRELDINES DOS SANTOS, GABRIELA TIEMI MORIBE, LEONARDO
NOCHANG HECK, LUIZ FERNANDO GOMES ESTEVES E MARCELA PEREIRA PEDRO

AVALIAÇÃO DA REGULAÇÃO DAS CUSTAS FORENSES E SUA
CORRELAÇÃO COM O NÍVEL DE JUDICIALIZAÇÃO: EVIDÊNCIA DAS
JUSTIÇAS ESTADUAIS BRASILEIRAS NO PERÍODO DE 2009 A 2018 : e2337

*ASSESSMENT OF COURT FEES' REGULATION AND ITS CORRELATION WITH THE LEVEL
OF JUDICIALIZATION: EVIDENCE OF BRAZILIAN STATE COURTS FROM 2009 TO 2018*

DANIELA THOMES COELHO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM ESTUDO DE CASO
ENVOLVENDO MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO : e2338

HEALTH JUDICIALIZATION: A CASE STUDY INVOLVING HIGH-COST MEDICATION

MARCELO CRISTIANO DE AZEVEDO RAMOS E JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR

AS ORIGENS LATINO-AMERICANAS DO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE : e2339

THE LATIN-AMERICAN ORIGINS OF CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

FRANCISCO PABLO FEITOSA GONÇALVES

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL:
TREATY CRIMES Y DERECHO PENAL ARGENTINO : e2340

THE HARMONISATION OF CRIMINAL LAW: TREATY CRIMES AND ARGENTINEAN CRIMINAL LAW

NICOLÁS SANTIAGO CORDINI

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN PERÚ:
UNA REEVALUACIÓN DEL AFORISMO *SOCIETAS DELINQUERE NEC PUNIRE*
POTEST A PARTIR DE UNA PERSPECTIVA ANTICONCEPTUALISTA : e2341

*CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN PERU: A REEVALUATION OF THE APHORISM
SOCIETAS DELINQUERE NEC PUNIRE POTEST FROM AN ANTI-CONCEPTUALIST APPROACH*

ENLIL IVÁN HERRERA PÉREZ, KATERIN BARRERA APAZA Y INGRID MELANIE RODRÍGUEZ COTRADO

REDRESSAL OF SEXUAL HARASSMENT AT THE WORKPLACE: A STUDY
OF LEGAL EDUCATIONAL INSTITUTIONS IN AHMEDABAD, GUJARAT : **e2342**

*REPARAÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL NO LOCAL DE TRABALHO: UM ESTUDO
DE INSTITUIÇÕES DE ENSINO JURÍDICO EM AHMEDABAD, GUJARAT*

VIKASH KUMAR UPADHYAY, VIKAS TRIVEDI AND TARKESH MOLIA

REVISTA DIREITO GV EM NÚMEROS: BALANÇO DE 2022 E PERSPECTIVAS PARA 2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202300>

Resumo

Este editorial oferece um balanço do ano de 2022 na *Revista Direito GV*, apresentando dados gerais relativos ao fluxo de manuscritos submetidos à revista durante o ano. Expõe também as perspectivas para 2023, ano que será marcado por grandes mudanças na *Revista Direito GV*, tendo em vista a entrada em vigor de uma nova Política Editorial. Como fazemos desde 2017, apresentamos, por meio de dados quantitativos, as várias dimensões do trabalho editorial, como número de submissões recebidas, distribuição geográfica e quantidade de pareceres emitidos. Mais recentemente, buscamos incorporar a dimensão de gênero das autoras e dos autores responsáveis pelas submissões. O objetivo geral é prestar informações à comunidade da revista, manter um histórico de seus principais marcos e oferecer ampla transparência dos nossos processos editoriais, sempre com vistas ao aperfeiçoamento do trabalho editorial como um todo e à elevação da qualidade dos artigos publicados.

Palavras-chave

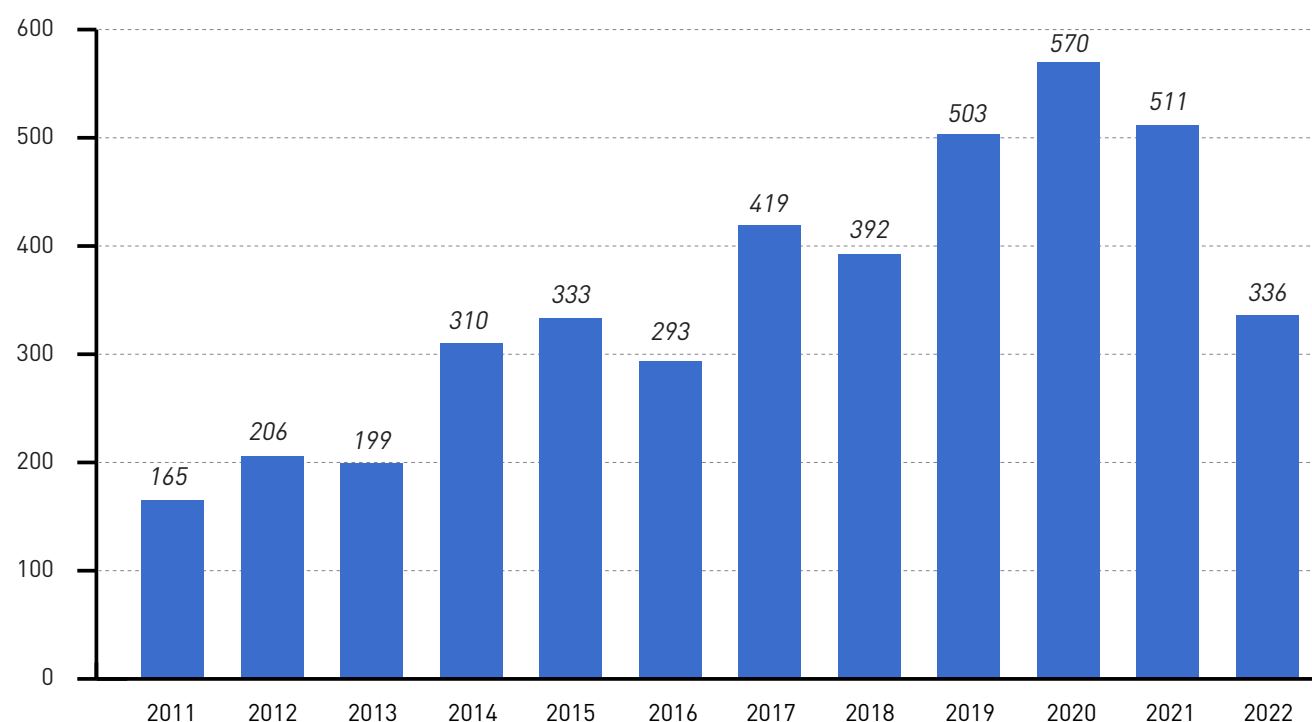
Direito; editoração científica; submissão de artigos; avaliação por pares; gênero.

INTRODUÇÃO

Como de costume, a *Revista Direito GV* começa o ano de 2023 com um balanço que reflete sua trajetória de evolução, seus números ao longo de 2022 e as perspectivas para o ano corrente. Como em editoriais anteriores, propomo-nos ao exercício de prestar informações objetivas à comunidade de autoras e autores, avaliadoras e avaliadores e leitoras e leitores sobre o funcionamento da revista, dando ampla transparência aos nossos processos editoriais. Reúnem-se aqui estatísticas a respeito do número de submissões recebidas, da distribuição geográfica e do gênero das autoras e dos autores, da quantidade de pareceres emitidos, do tempo médio de avaliação, etc. Com esses editoriais anuais, esperamos também manter um histórico das principais mudanças e projetos implementados. Além disso, anunciamos aqui as modificações vindouras, que, no caso de 2023, são importantes em virtude da adoção de uma nova Política Editorial. Vamos aos dados.

1. SUBMISSÕES

O Gráfico 1, a seguir, mostra o número de submissões de novos artigos à *Revista Direito GV* desde o ano de 2011. Nesse gráfico, foram computadas todas as submissões *novas* ocorridas durante cada ano, o que inclui (i) artigos originais (submetidos pela primeira vez) e (ii) ressubmissões (artigos que receberam decisão de *reject and resubmit* e voltaram alterados).

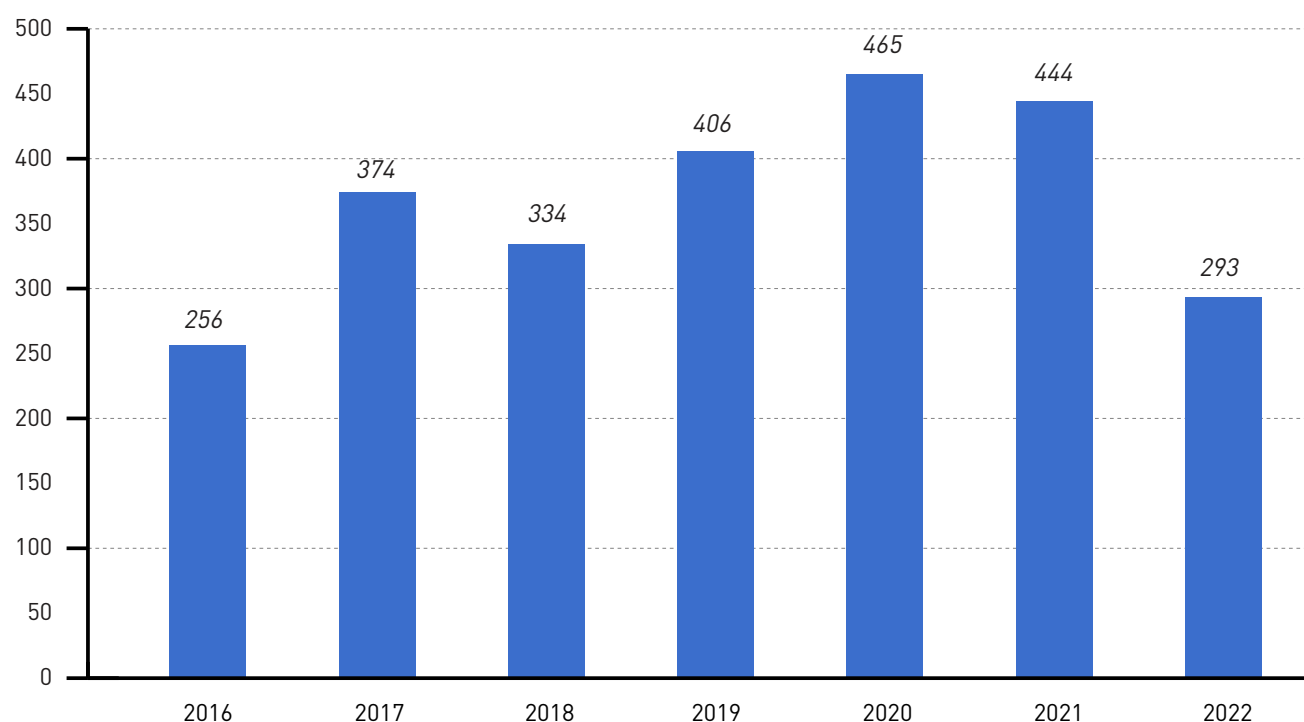
GRÁFICO 1 – SUBMISSÕES NOVAS DESDE 2011

Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

Como se vê, após três anos consecutivos com um número de submissões novas acima de 500 artigos anuais (2019, 2020 e 2021), 2022 foi marcado por uma queda no número de submissões.

É importante observar que nem todas as submissões novas prosseguem para a fase de avaliação preliminar (*desk review*). Isso ocorre porque há uma grande quantidade de manuscritos que, após análise dos requisitos mínimos formais, são devolvidos aos autores para a realização de ajustes e nunca retornam. O Gráfico 2, a seguir, expressa o número de submissões que prosseguiram no processo de avaliação.

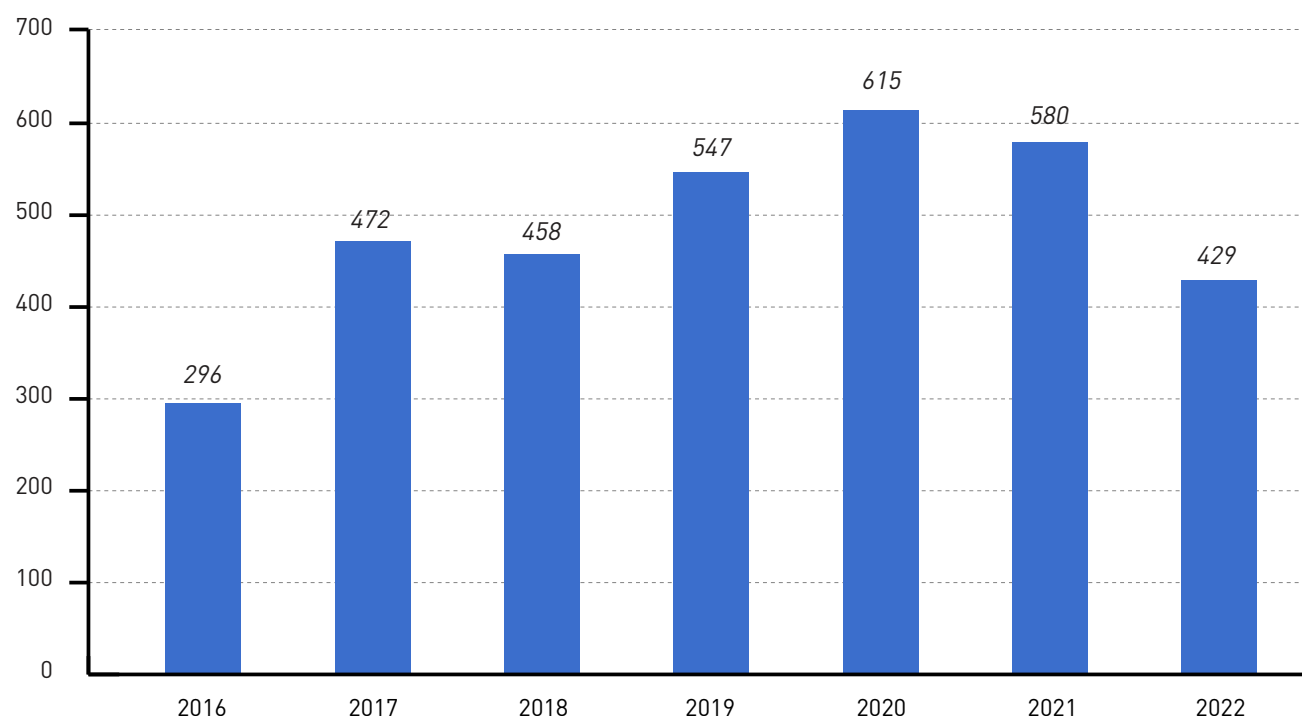
GRÁFICO 2 – SUBMISSÕES QUE PROSSEGUIRAM EM AVALIAÇÃO



Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

Esses dados, porém, ainda não refletem o número total de submissões que ocorrem a cada ano. Isso porque, em um ano, recebemos não apenas submissões novas, mas também um número considerável de *revisões* (oriundas de anos anteriores ou do mesmo ano), após a avaliação por pares. Quando consideramos o número de submissões totais (todas as submissões novas mais as revisões), temos os dados apresentados no Gráfico 3, que podem ser interpretados como o *volume total de trabalho anual* da revista.

GRÁFICO 3 – SUBMISSÕES TOTAIS



Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

Vale notar, assim, que, quando se considera o número de submissões totais (artigos novos acrescidos das revisões), conforme o Gráfico 3, a queda no número de submissões é muito menos significativa quando comparada ao número de submissões novas (*vide* Gráfico 1). O volume de trabalho e o fluxo editorial da revista, no ano de 2022, não caíram na proporção acentuada que o Gráfico 1, de submissões novas, sugere à primeira vista. Em verdade, o processamento das revisões envolve trabalho editorial bem mais profundo do que o das submissões novas, sobretudo quando se considera que a maioria destas nem sequer prossegue à avaliação por pares.

Pode haver fatores exógenos a condicionar esse freio no número de submissões novas e totais, tais como expectativas criadas pela regulação do Qualis/Capes e o próprio fato de estarmos no meio do quadriênio, quando os pesquisadores podem estar focados mais na pesquisa do que na publicação. Contudo, esse freio foi adotado pela revista para garantir níveis ótimos de qualidade e responsividade no trabalho editorial por meio das mudanças realizadas na Política Editorial, de que trataremos na seção 5.

Continua sendo verdade que um número significativo de submissões não passa das fases iniciais de análise, seja pelo descumprimento dos requisitos formais mínimos presentes em nossa Política Editorial, seja pela inadequação do conteúdo a essa mesma política. Nesses casos, a avaliação é encerrada antes da avaliação por pares (rejeição em *desk review*).

A rigor, não é possível calcular com exatidão a proporção entre artigos recebidos e publicados *por ano*, tendo em vista que o prazo de avaliação de um artigo pode, não com pouca frequência, ultrapassar um ano. Segue sendo uma estimativa confiável, no entanto, que o percentual de artigos publicados, em face dos artigos recebidos, não ultrapassa um limiar de 10%.

No que tange à origem dos autores que submeteram artigos para avaliação, o cenário em 2022 foi o seguinte: São Paulo manteve-se como o estado com maior número de artigos – com 22% do total de submissões –, seguido por Minas Gerais (12%), Rio de Janeiro (8%), Distrito Federal (7,7%) e Rio Grande do Sul (7,7%) – os cinco estados brasileiros com número mais alto de submissões. A região Sudeste, sozinha, foi responsável por 46,9% dos envios. A segunda região do país com mais submissões foi o Nordeste, com 20%; na sequência, estão as regiões Sul (16%), Centro-Oeste (12,3%) e Norte (4,9%).

Autoras e autores de 16 países diferentes submeteram artigos à *Revista Direito GV* em 2022. Naturalmente, o Brasil aparece em primeiro lugar, com o maior número de submissões, seguido de Portugal (com 8 submissões); Ucrânia (4 submissões); Argentina, Colômbia e Espanha (os três com 3 submissões cada); e, com 1 submissão, Alemanha, Cazaquistão, Costa Rica, El Salvador, Rússia, França, Índia, Iraque, Itália e Noruega.

2. TEMPOS MÉDIOS

A Tabela 1, a seguir, mostra que a média (em dias) de avaliação de todos os manuscritos, entre a submissão e a decisão final, está em queda desde que começamos a medir esse dado: de 200 dias em 2016 caímos para 122 dias em 2022.

TABELA 1 – MÉDIA (EM DIAS) DE AVALIAÇÃO DE MANUSCRITOS ENTRE SUBMISSÃO E DECISÃO FINAL (2016-2022)

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
TEMPO MÉDIO (DIAS)	200	177	170	131	141	136	122

Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

Nos últimos anos, buscamos estabelecer diferentes estratégias para diminuir os tempos médios e consideramos um excelente resultado termos alcançado o menor tempo médio entre submissão e decisão final na revista desde 2016. Essa média de 4 meses está abaixo da média de 6 meses recomendada pelo Scielo (SCIELO, 2022).

Porém, há ainda um importante desafio a ser alcançado. A meta de tempo médio do processamento de manuscritos entre a submissão e a publicação é de 12 meses (SCIELO, 2022). Em 2022, essa média foi de aproximadamente 19 meses, conforme é possível observar na Tabela 2, a seguir.

TABELA 2 – MÉDIA (EM DIAS) DE AVALIAÇÃO DE MANUSCRITOS ENTRE SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO (2018-2022)

	2018	2019	2020	2021	2022
TEMPO MÉDIO (DIAS)	480	416	453	465	576

Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

Em relação ao aumento da média de tempo entre submissão e publicação, adotamos algumas práticas ainda em 2022 com o objetivo de reduzir esse prazo ao máximo. Reforçamos a avaliação preliminar (*desk review*), enviando para avaliação por pares apenas artigos aderentes ao escopo editorial, bem escritos e inovadores. Ademais, passamos a publicar um único volume anual em fluxo contínuo, o que agiliza procedimentos internos de produção, publicação e divulgação dos artigos, buscando dar dinamismo ao processo de produção editorial e maximizar os benefícios do fluxo contínuo. Por fim, passamos a publicar 40 artigos por volume – até 2022, eram publicados 36. Esperamos que esse aumento de capacidade, ainda que pequeno, impacte positivamente os prazos mencionados. Outras melhorias no processo editorial podem ser encontradas na seção 5, mais à frente.

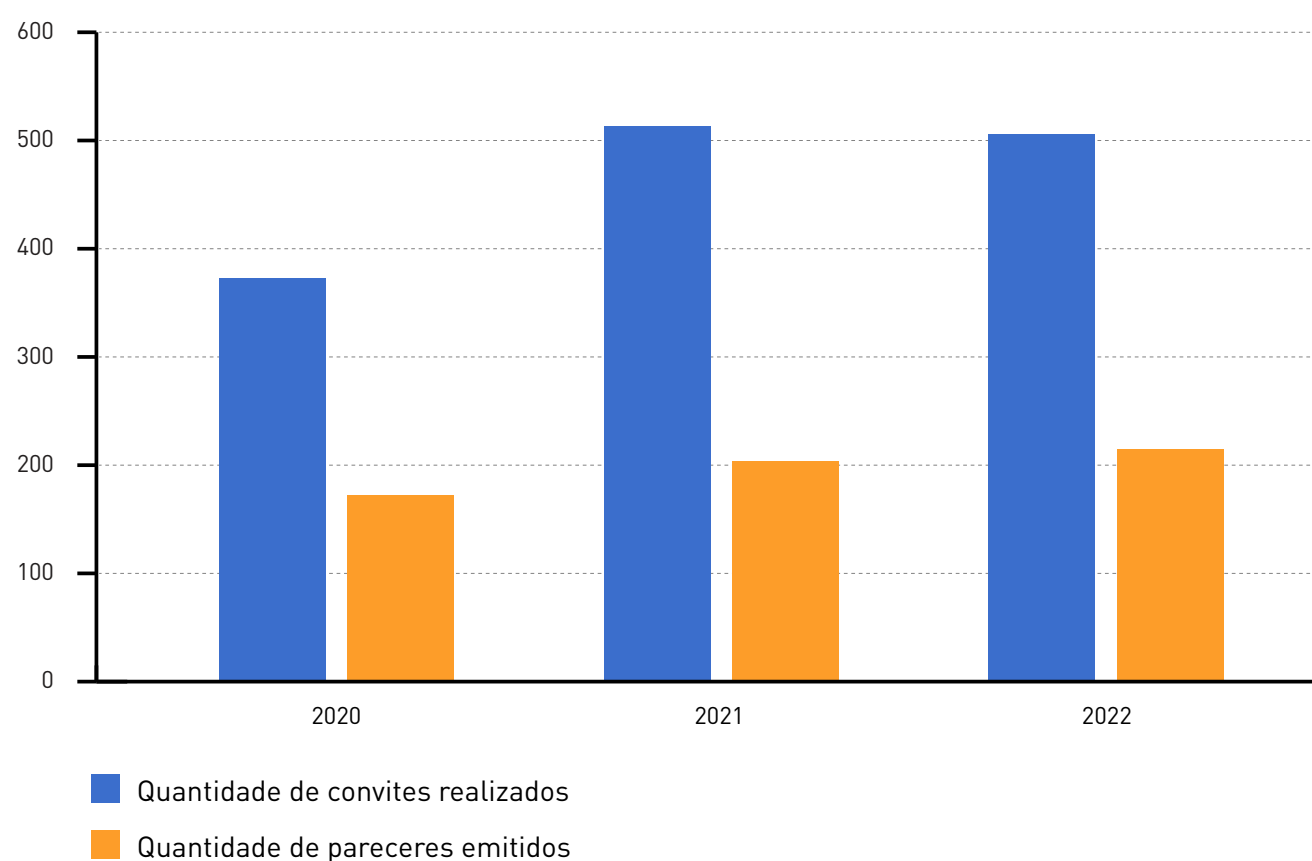
3. AVALIAÇÃO POR PARES

O número de convites realizados na etapa de *double blind peer review* em 2022 manteve-se muito próximo ao de 2021. Em 2022, foram realizados 506 convites, enquanto em 2021 esse número

foi de 511 convites. Felizmente, mesmo tendo realizado um número de convites ligeiramente menor em 2022, tivemos como resultado um maior número de pareceres emitidos: 215 avaliações no total (em 2021, esse número foi de 202). Outro dado positivo foi que nesse ano foram necessários menos pareceristas para a avaliação dos manuscritos (199), uma vez que uma quantidade louvável de 16 pareceristas aceitaram avaliar mais de um manuscrito ao longo do ano de 2022.

Contudo, o Gráfico 4, a seguir, demonstra a persistência do gargalo no processo editorial, uma vez que, nos últimos dois anos, vem se mantendo a necessidade de um altíssimo número de convites (em torno de 500) para a emissão de uma quantidade aproximada de 200 pareceres ao final de cada ano. Ou seja, em média, mais de dois convites precisam ser feitos (2,5) para cada parecer emitido, havendo casos extremos da necessidade de mais de 10 convites.

GRÁFICO 4 – QUANTIDADE DE CONVITES A PARECERISTAS VERSUS QUANTIDADE DE PARECERES EMITIDOS (2020-2022)



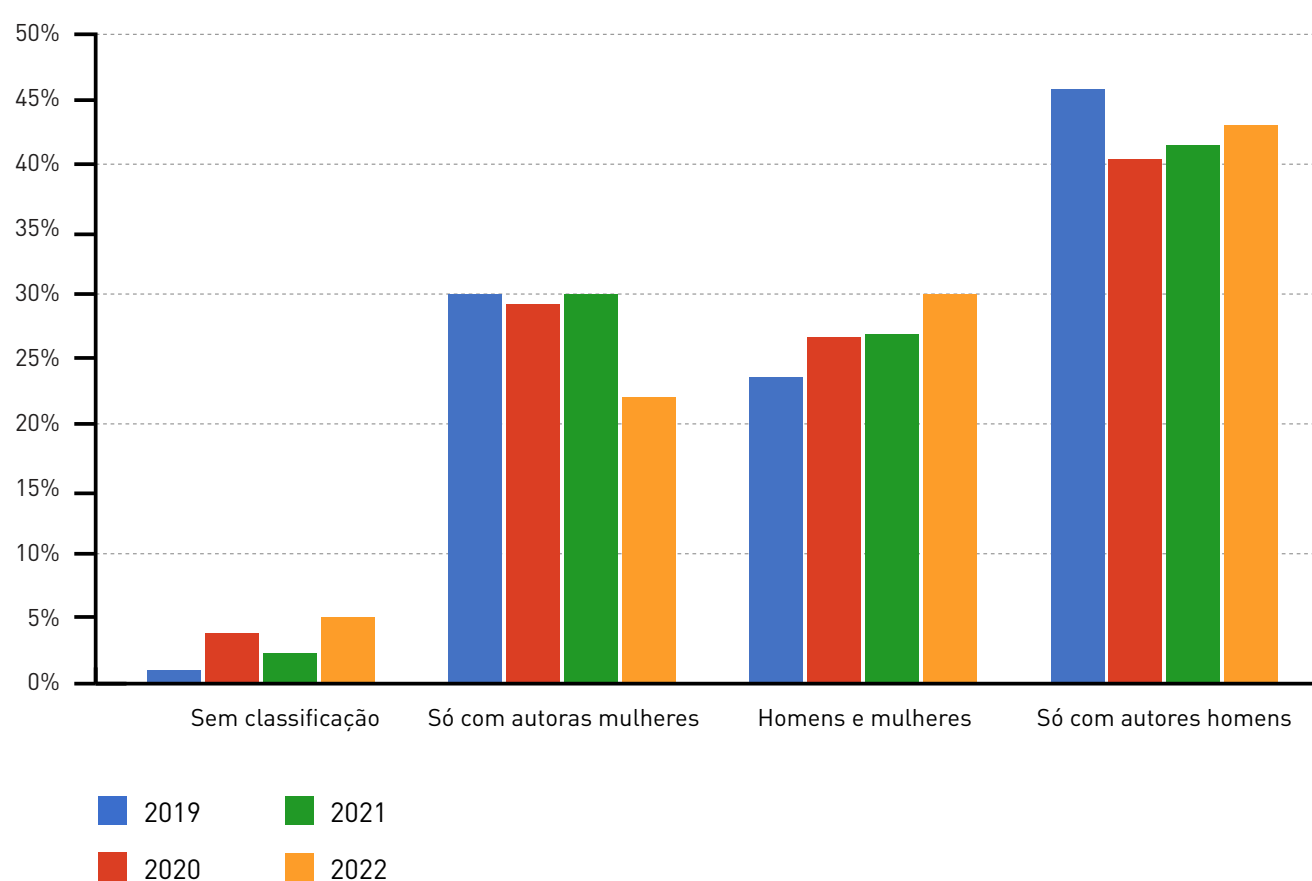
Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

4. DISTRIBUIÇÃO DE GÊNERO

Como já abordamos nos editoriais anteriores, há uma persistente desigualdade de gênero na submissão à *Revista Direito GV* quando são analisados as autoras e os autores dos manuscritos submetidos.

O cenário para 2022 se manteve praticamente inalterado quando verificamos a porcentagem de artigos apenas com autores homens, havendo um pequeno aumento no volume de artigos com autoria mista – que passou de 26% em 2021 para 30% em 2022 – acompanhado de uma diminuição no número de submissões de autoria exclusiva de mulheres, que antes se mantinha estável em um patamar de 29% e, em 2022, caiu para 22%. O Gráfico 5, a seguir, ilustra esse cenário.

GRÁFICO 5 – PERCENTUAL DE SUBMISSÕES POR GÊNERO DE AUTORES E AUTORAS (2019 A 2022)



Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

Essa diferença no momento da submissão pode vir a impactar a proporção de gênero na autoria dos artigos publicados na revista. Em 2021, as autoras mulheres que publicaram na *Revista Direito GV* representavam 49%, enquanto homens eram 51%. Já em 2022, a diferença aumentou e essa proporção foi de 44% de mulheres e 56% de homens.

Ainda que as mulheres sejam a maioria nos programas de pós-graduação do país, e superem a marca de 60% de discentes nas ciências humanas (MARTINS e FRANÇA, 2022), elas ainda são promovidas com menos frequência do que homens e são sub-representadas nos cargos mais altos da docência (ROTHBLUM, 2023). A publicação é uma peça-chave no sucesso profissional das mulheres na academia. Na *Revista Direito GV* observamos uma baixa proporção de submissão exclusivamente de autoras mulheres, o que, infelizmente, pode ser reflexo das diversas dificuldades enfrentadas por elas no meio acadêmico. Estamos atentos a esse dado e buscando estratégias de divulgação focadas em pesquisadoras e professoras com vistas à paridade de gênero no momento da publicação.

5. PERSPECTIVAS PARA 2023 E NOVA POLÍTICA EDITORIAL

A grande novidade para 2023 é a adoção de uma nova Política Editorial, em vigor a partir de janeiro deste ano (REVISTA DIREITO GV, 2023). A seguir, oferecemos um panorama das principais mudanças.

• REFORÇO NA ESTRATÉGIA DE PUBLICAÇÃO CONTÍNUA

A partir de 2023, a *Revista Direito GV* passa a adotar um volume único anual atrelado ao sistema de publicação contínua de artigos. Nessa modalidade, os artigos são publicados tão logo aprovados e editados, sem a necessidade de aguardar um conjunto completo de artigos aprovados para serem disponibilizados de uma só vez.

A publicação contínua traz maior celeridade à comunicação científica, e sua adoção segue diretriz do SciELO e tendência internacional de aceleração das publicações. Conforme os Critérios SciELO Brasil, a “publicação contínua contribui decisivamente para acelerar a comunicação das pesquisas e assim adiantam a exposição das pesquisas com ganhos de visibilidade” (SCIELO, 2022, p. 25).

O volume único anual, no formato de publicação contínua, reunirá um mínimo de 40 artigos (no lugar da prática adotada anteriormente de três números anuais com 12 artigos cada um, totalizando, desse modo, 36 artigos por ano) e facilitará processos internos de produção editorial, publicação e divulgação.

Assim, há a auspiciosa expectativa de que essa nova configuração possa agilizar significativamente o tempo médio de publicação da *Revista Direito GV*.

• MUDANÇA NO ESCOPO EDITORIAL

Outra importante mudança refere-se ao escopo editorial da *Revista Direito GV*. Agora, a revista passa a adotar um escopo editorial mais restrito, reforçando seu laço com o DNA de pesquisa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), sua mantenedora principal.

Um dos objetivos com o afunilamento do escopo é tentar contornar a imensa quantidade de artigos submetidos sem potencial de publicação, concentrando energia e recursos na apreciação de pesquisas de ponta e em pesquisadores mais experientes.

Nesse esforço, fizemos uma mudança no tocante à *titulação* dos autores: a nova Política Editorial passa a exigir o título de mestre, no caso de autoria única, e, em se tratando de trabalhos em coautoria, ao menos um coautor com título de doutor.

• ADERÊNCIA ÀS PRÁTICAS DA CIÊNCIA ABERTA

Por fim, a *Revista Direito GV* está promovendo o alinhamento de sua política e gestão editoriais com as práticas de *ciência aberta* – também conforme orientações do SciELO e tendências internacionais de pesquisa (SCIELO, 2022).¹

Desse modo, há na nova Política Editorial o incentivo ao depósito de manuscritos em servidores de *preprints* antes da submissão, assim como o depósito de conjuntos de dados de pesquisa subjacentes ao artigo em *data verses* abertos, como o Scielo Data. No mesmo sentido, estimula-se a abertura no processo de avaliação de manuscritos por pares, entre outras práticas do *modus operandi* de ciência aberta.

Juntas, a adoção de volume único anual aliado à publicação contínua, a mudança no escopo editorial e a aderência às práticas da ciência aberta fazem parte de um esforço continuado de aprimoramento e atualização de nossos trâmites e trabalhos. Espera-se que essas mudanças possam proporcionar mais eficiência, qualidade e agilidade ao processo editorial da *Revista Direito GV*.

...

1 “A ciência aberta se projeta como o novo *modus operandi* de fazer e comunicar pesquisa com ênfase na transparência dos processos e compartilhamento dos conteúdos em acesso aberto em prol do rigor metodológico e da cooperação entre pesquisadores(as)” (SCIELO, 2022, p. 7).

Convidamos, assim, toda a comunidade da revista à leitura na íntegra de sua nova Política Editorial (REVISTA DIREITO GV, 2023).

CONCLUSÃO

Reconhecemos com gratidão as contribuições inestimáveis da comunidade responsável pela manutenção e melhoria da *Revista Direito GV*: autoras e autores, avaliadoras e avaliadores, leitoras e leitores. Em público, agradecemos o compromisso e a dedicação de todas e todos, sem os quais o trabalho da revista não seria possível.

Compartilhamos também nossa satisfação com a qualidade dos artigos publicados em 2022. Felizmente, nossas leitoras e nossos leitores permanecem muitos e assíduos. Os números indicam que a qualidade da *Revista Direito GV* segue em direção ascendente. É com grande prazer que divulgamos essas estatísticas, com a expectativa de que essa feliz trajetória se perpetue e aprofunde com a chegada dos ventos da nova Política Editorial em 2023.

REFERÊNCIAS

MARTINS, Thaís Cavalcante; FRANÇA, Roberta Kelly. Elas na universidade [parte 2]: participação das mulheres nos programas de pós-graduação no Brasil. *Sou Ciência*, 25 fev. 2022. Disponível em: <https://souciencia.unifesp.br/opinio/elas-na-universidade-parte-2-participacao-das-mulheres-nos-programas-de-pos-graduacao-no-brasil>. Acesso em: 30 mar. 2023.

REVISTA DIREITO GV. *Política Editorial*. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2023. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/politicaeditorial>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ROTHBLUM, Esther D. Mentoring Women to Publish in Order to Thrive in the Academic Patriarchy. *Psychology of Women Quarterly*, [on-line], v. 47, n. 1, p. 8-15, mar. 2023. <https://doi.org/10.1177/03616843221137294>

SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE – SCIELO. Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil. São Paulo, set. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/media/files/20220900-criterios-scielo-brasil.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; NOYA, Henrique Cruz; BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Revista Direito GV* em números: balanço de 2022 e perspectivas para 2023. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2300, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202300>

Catarina Helena Cortada Barbieri

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRASIL

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

EDITORA-CHEFE DA *REVISTA DIREITO GV*. DOUTORA E MESTRA EM FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP).

catarina.barbieri@fgv.br

Henrique Cruz Noya

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRASIL
FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRASIL

<https://orcid.org/0000-0002-6152-6087>

ASSISTENTE EDITORIAL DA *REVISTA DIREITO GV*. DOUTORANDO EM FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP) E MESTRE NA MESMA ÁREA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG).

henrique.noya@fgv.br

Livia Gonçalves Buzolin

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRASIL

<https://orcid.org/0000-0003-1881-0792>

ASSISTENTE EDITORIAL DA *REVISTA DIREITO GV*. DOUTORANDA E MESTRA EM DIREITO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP).

livia.buzolin@fgv.br

REVISTA DIREITO GV *IN NUMBERS*: 2022 BALANCE SHEET AND OUTLOOK FOR 2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202301>

Summary

This editorial takes stock of the year of 2022 at *Revista Direito GV*, presenting general data on the flow of manuscripts submitted to the journal during the year. It also presents the outlook for 2023, a year marked by major changes at *Revista Direito GV*, with the implementation of a new Editorial Policy. As we have done since 2017, we present, through quantitative data, the various dimensions of the editorial workload, such as the number of submissions received, geographical distribution, and number of peer reviews issued. More recently, we have sought to incorporate the gender dimension of the submitting authors. The overall aim is to provide information to the journal community, maintain a record of key milestones, and offer broad transparency regarding our editorial processes, always with a view toward improving our editorial work as a whole and elevating the quality of the articles published.

Keywords

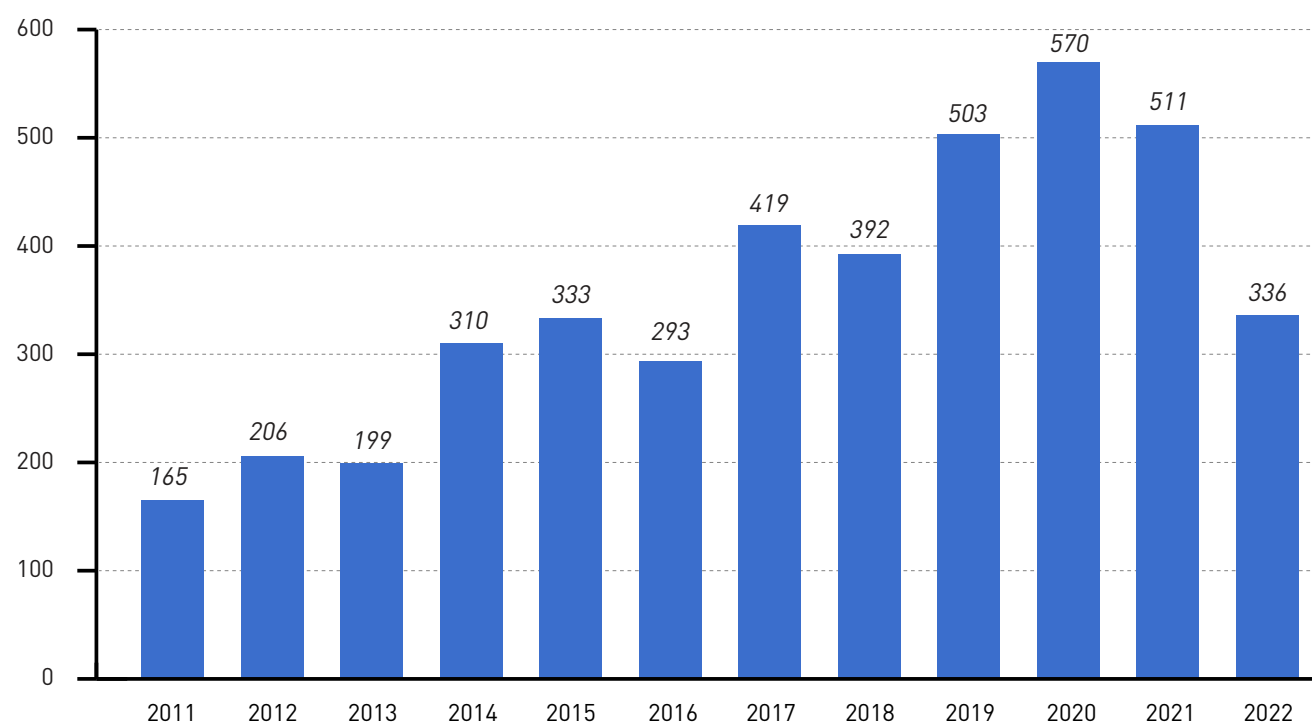
Law; scientific publishing; article submission; peer review; gender.

INTRODUCTION

As usual, *Revista Direito GV* begins the year of 2023 with a balance sheet that reflects its trajectory of progress, its numbers throughout 2022, and the outlook for the current year. As in previous issues, we have set ourselves the task of providing objective information to the community of authors, evaluators, and readers regarding the workings of the journal, providing ample transparency of our editorial processes. It includes statistics on the number of submissions received, geographical distribution and gender of authors, number of peer reviews issued, average evaluation time, etc. With these annual editorials, we also hope to keep a record of the main modifications and projects implemented. In addition, we are announcing upcoming changes which, in the case of 2023, are important due to the adoption of a new Editorial Policy. Let's get to the data.

1. SUBMISSIONS

Graph 1 below shows the number of new articles submitted to *Revista Direito GV* since 2011. In this graph, we see all submissions made during each year, which includes (i) original articles (submitted for the first time) and (ii) resubmissions (articles that received a reject and resubmit decision and came back amended).

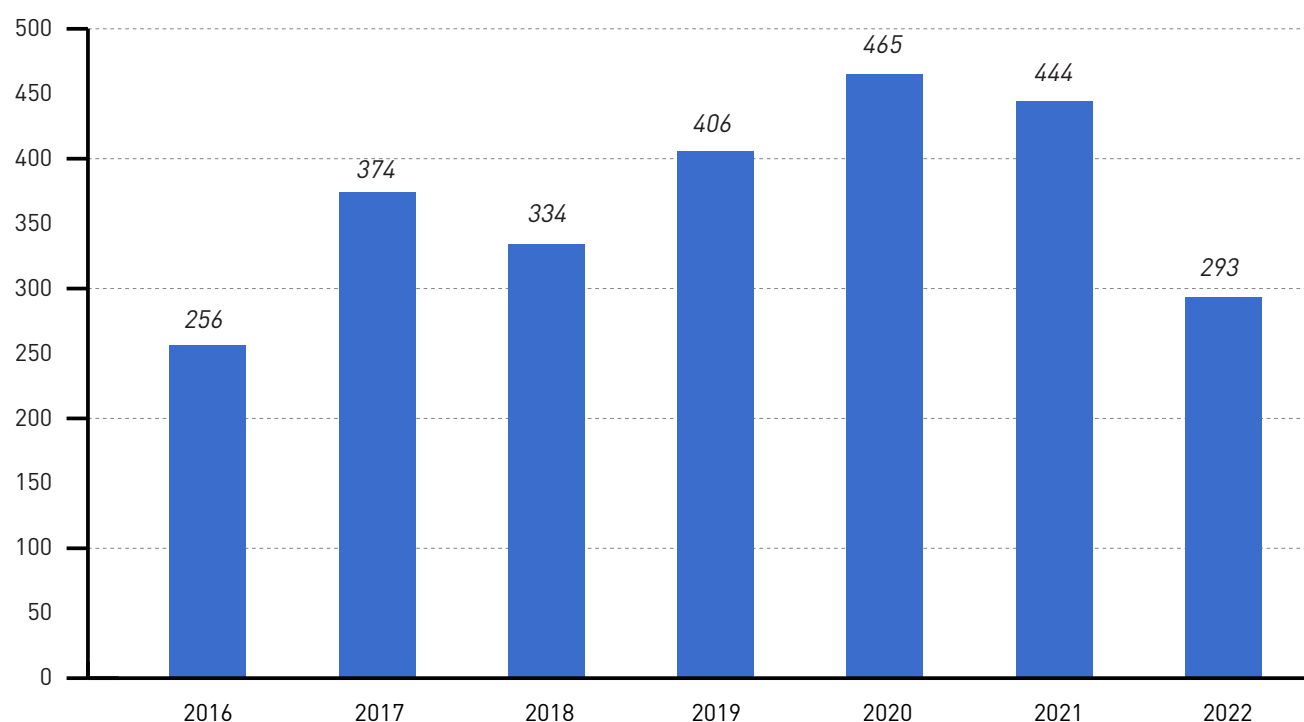
GRAPH 1 – **NEW SUBMISSIONS SINCE 2011**

Source: In-house compilation, based on archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

As displayed in the graph above, after three consecutive years with a total of new submissions exceeding 500 articles annually (2019, 2020, and 2021), 2022 faced a drop in submission numbers.

It is important to note that not all new submissions proceed to the *desk review* stage. This is because there are a large number of manuscripts that, after a minimum formal requirements analysis, are returned to the authors for adjustments and never come back. Graph 2 below shows the number of submissions that underwent evaluation process.

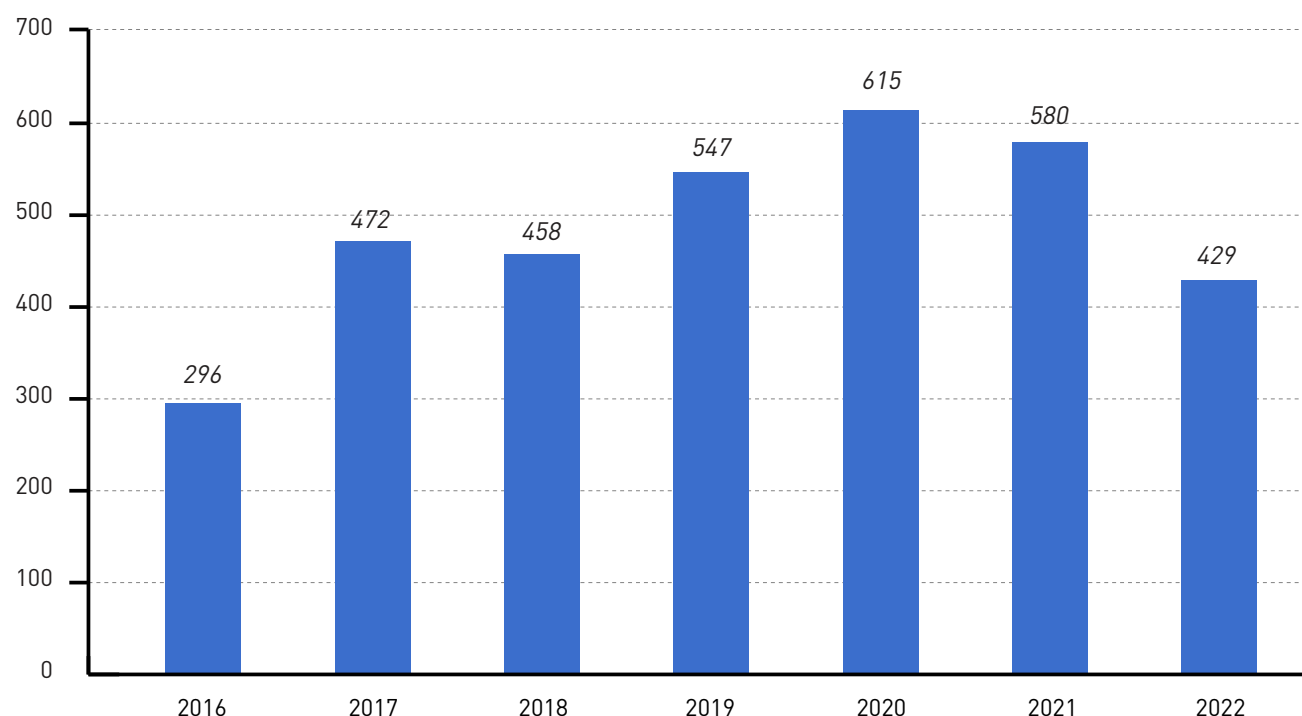
GRAPH 2 – SUBMISSIONS THAT WENT ON TO THE EVALUATION STAGE



Source: In-house compilation, based on archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/*Revista Direito GV*.

These figures, however, do not yet reflect the total number of submissions that occur each year. This is because, in a year, we receive not only new submissions but also a considerable number of revisions (from either previous years or that same year), which have been peer-reviewed. By considering the total number of submissions (all new submissions plus revisions), it is possible to obtain the data shown in Graph 3, interpreted as the journal's total annual work volume.

GRAPH 3 – TOTAL SUBMISSIONS



Source: In-house compilation, based on archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

It is worth noting that, when considering total submissions (new articles plus reviews), as shown in Graph 3, the drop is much less significant when compared to the number of new submissions (see Graph 1). The journal's workload and editorial flow in 2022 did not fall in the sharp proportion that Graph 1, which shows new submissions alone, suggests at first glance. In fact, the processing of reviews involves much more in-depth editorial work than that of new submissions, especially considering that most of them do not necessarily undergo to peer review.

There may be exogenous factors conditioning this slowdown in the number of new and total submissions, such as expectations generated by Qualis/Capes regulations and the very fact that we are in the middle of the quadrennium, when researchers may be more focused on research rather than on publishing. However, the journal also restrains the number of approvals in desk review to guarantee optimum quality and responsiveness in the editorial work. The changes made to the Editorial Policy (further discussed in section 5) will work to that effect.

It remains true that a significant number of submissions do not make it past the initial stages of analysis, either because they fail to comply with the minimum formal requirements of our Editorial Policy, or because the content is not in line with it. In these cases, the evaluation is closed before peer review (receiving a *desk review* rejection).

Strictly speaking, it is not possible to accurately calculate the proportion of articles received and published *per year*, given that the evaluation period for an article can often exceed a year. It remains a reliable estimate, however, that the percentage of articles published in relation to those received does not exceed a threshold of 10%.

With regard to the geography of authors who submit articles for evaluation, the scenario for 2022 was as follows: São Paulo remained the state with the most articles submitted – 22% of all submissions – followed by Minas Gerais (12%), Rio de Janeiro (8%), the Federal District (7.7%), and Rio Grande do Sul (7.7%) – making these the five Brazilian states with the most contributions. The Southeastern region itself was responsible for 46.9% of submissions. The second region with the most submitted works was the Northeast, with 20%; followed by the South (16%), Midwest (12.3%), and North (4.9%).

Internationally, authors from 16 different countries submitted articles to *Revista Direito GV* in 2022. Naturally, Brazil comes first, with the highest number of submissions, followed by Portugal (with 8 submissions); Ukraine (4 submissions); Argentina, Colombia, and Spain (with 3 submissions each); and, with 1 submission each, Germany, Kazakhstan, Costa Rica, El Salvador, Russia, France, India, Iraq, Italy, and Norway.

2. AVERAGE TIMES

Table 1 below shows that the average time (in days) between submission and final decision, for assessing all manuscripts, has been in decline since we first started measuring this data: from 200 days in 2016 to 122 days in 2022.

TABLE 1 – AVERAGE TIME (IN DAYS), BETWEEN SUBMISSION AND FINAL DECISION, FOR EVALUATING MANUSCRIPTS (2016-2022)

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
AVERAGE TIME (DAYS)	200	177	170	131	141	136	122

Source: In-house compilation, based on archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

In recent years, we have tried to establish different strategies to reduce our evaluation time averages, and we consider it as an excellent result to have achieved our shortest average between submission and final decision since 2016. This timeframe, one of just 4 months, is, in fact, below that of the 6 months established by Scielo (SCIELO, 2022).

However, there is still a major challenge to be met. The target average processing time for manuscripts between submission and publication is 12 months (SCIELO, 2022). We have observed that, in 2022, this average was approximately of 19 months, as shown in Table 2 below.

TABLE 2 – **AVERAGE TIME (IN DAYS), BETWEEN SUBMISSION AND PUBLICATION, FOR EVALUATING MANUSCRIPTS (2018-2022)**

	2018	2019	2020	2021	2022
AVERAGE TIME (DAYS)	480	416	453	465	576

Source: In-house compilation, based on archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

With regard to the increase in the average length of time between submission and publication, it was adopted a number of practices, still in 2022, with the aim of reducing such timeframe as much as possible. We reinforced our preliminary *desk review* process, sending to peer review only those articles that are aligned with the editorial scope and prove themselves well-written and innovative. In addition, we have started publishing annually a single volume in continuous flow, which streamlines internal procedures for the production, publication, and dissemination of articles, in an effort to imbue dynamism into the editorial production process and maximize the benefits of continuous flow. Finally, we are currently publishing 40 articles per volume – in comparison to 36 in the year of 2022. It is expected that this increase in capacity, although small, will have a positive impact on the previously mentioned timeframes. Further improvements to the editorial process can be found in section 5 below.

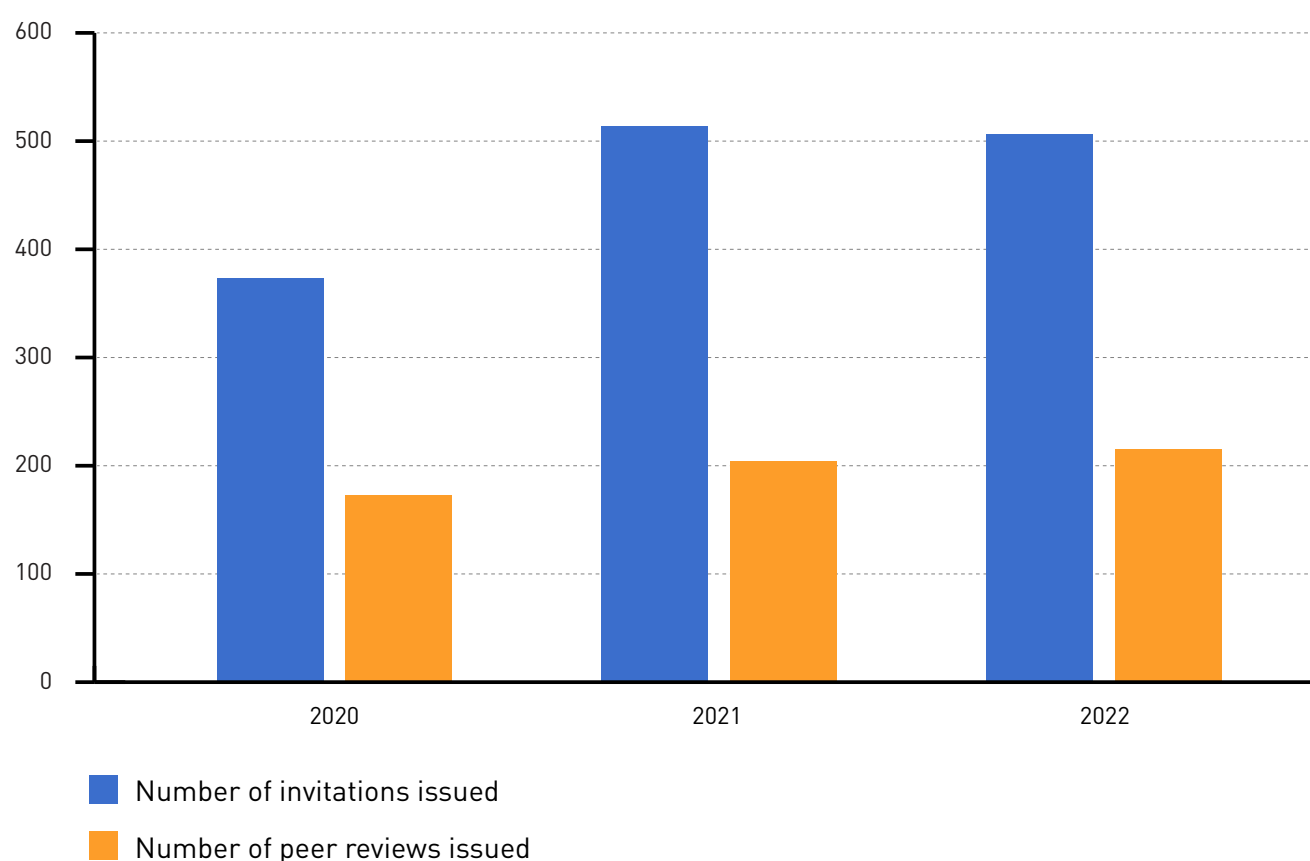
3. PEER REVIEW

The number of invitations issued at the double-blind peer review stage in 2022 remained similar to those of 2021. In 2022, 506 invitations were issued, whereas in 2021 the number was at

511. Fortunately, though the number of invitations dipped slightly in 2022, the number of reviews issued increased 215 in total (as compared to 202 in 2021). Another positive finding was that fewer reviewers were needed to evaluate the manuscripts that year (199) since a commendable 16 reviewers were able to evaluate more than one manuscript each over the course of 2022.

Nevertheless, Graph 4 below shows the continuing bottleneck in the editorial process, given that, over the last two years, a very large number of invitations has been necessary (around 500) to issue approximately 200 peer reviews by the end of each year. In other words, on average, more than two invitations have to be made (2.5 more precisely) for each peer review issued, with some extreme cases requiring more than 10.

GRAPH 4 – NUMBER OF INVITATIONS TO PEER REVIEW VERSUS NUMBER OF PEER REVIEWS ISSUED (2020-2022)



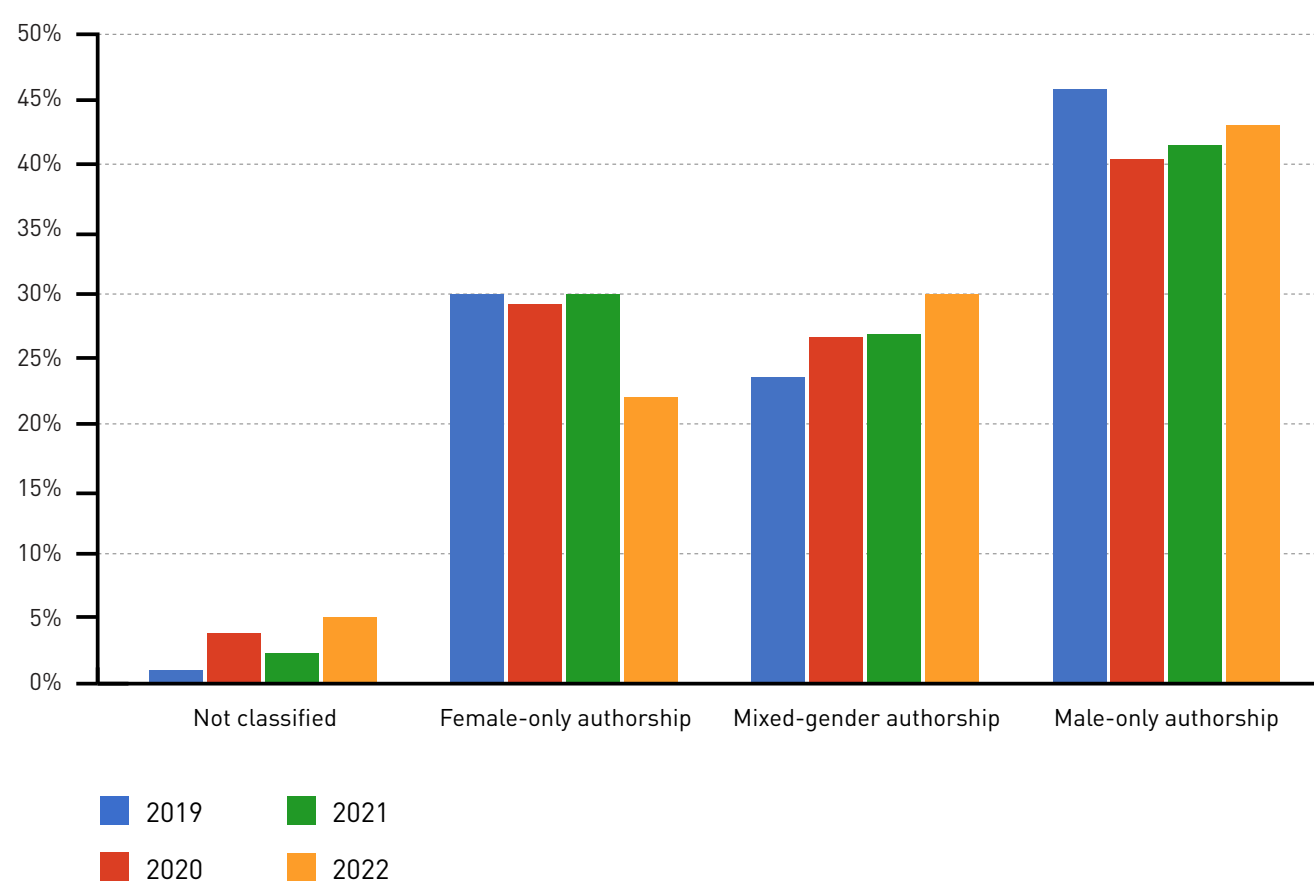
Source: In-house compilation, based on archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

4. DISTRIBUTION BY GENDER

As discussed in previous editorials, there is a persistent gender inequality present among submissions to *Revista Direito GV* when analyzing the gender profile of authors whose manuscripts have been submitted.

The scenario for 2022 remained practically unchanged considering the percentage of articles solely written by male authors, with a slight increase in the volume of articles of mixed authorship – with an increase from 26% in 2021 to 30% in 2022 – accompanied by a decrease in the number of submissions exclusively authored by women, which had previously remained stable at 29%, however, declined to 22% in 2022. Graph 5 below illustrates this scenario.

GRAPH 5 – PERCENTAGE OF SUBMISSIONS BY AUTHOR GENDER (2019 TO 2022)



Source: In-house compilation, based on archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/*Revista Direito GV*.

The difference present at the time of submission may have an impact on the gender ratio represented within the authorship of articles eventually published by the journal. In 2021, women authors published on the pages of *Revista Direito GV* accounted for 49%, on the other hand, men accounted for 51% of articles. In 2022, the gap widened to 44% among women and 56% among men.

Although women are a majority group in postgraduate programs across the country, surpassing the 60% mark for students in the humanities (MARTINS and FRANÇA, 2022), they are still promoted less often than men and remain under-represented in senior teaching positions (ROTHBLUM, 2023). Publishing is a key element in the professional success of women in the academy. At *Revista Direito GV* we see a low proportion of submissions exclusively from women authors, which, unfortunately, may be a reflection of the various difficulties they face in the academy. We are aware of it and we also seek for dissemination strategies focused on female researchers and professors, with a view to achieving gender parity at the time of publication.

5. OUTLOOK FOR 2023 AND NEW EDITORIAL POLICY

The major news for 2023 is the adoption of a new Editorial Policy, effective as of January (REVISTA DIREITO GV, 2023). It is possible to evidence main changes below:

• STRENGTHENING THE CONTINUOUS PUBLICATION STRATEGY

As of 2023, *Revista Direito GV* will adopt a single annual volume format, coupled with a system of continuous publication. Under this system, articles are published as soon as they are approved and edited, without the need to wait for a complete set of vetted manuscripts to be promptly available in a single batch.

Continuous publication speeds up scientific communication, and its adoption follows both SciELO guidelines and the international drive toward quicker releases. According to SciELO Brazil Criteria, “continuous publication contributes decisively to speeding up the dissemination of research and thus advances the exposure of such research with a gain in visibility” (SCIELO, 2022, p. 25).

The single annual volume, in continuous publication format, will bring together a minimum of 40 articles (in place of the previous practice of 3, 12-article issues totalizing 36 pieces per year) and will facilitate internal editorial production, publication, and dissemination processes.

Thus, there is an encouraging expectation that this new configuration will significantly speed up the average publication time for *Revista Direito GV*.

• CHANGES IN EDITORIAL SCOPE

Another important change concerns the editorial focus at *Revista Direito GV*. The journal has now adopted a narrower editorial scope, emphasizing its ties to the research DNA at the Getulio Vargas Foundation, São Paulo School of Law (FGV DIREITO SP), its main sponsor.

One of the aims of narrowing the scope is to try to work around the immense number of articles with no potential for publication submitted to the journal, thus focusing on energy and resources on evaluating cutting-edge research and more seasoned researchers.

As part of this effort, it was introduced a procedural change to the qualification of authors: the new Editorial Policy now requires a master's degree in case of single-author works and, in case of co-authored articles, at least one co-author with a PhD degree.

• ADHERENCE TO THE PRACTICES OF OPEN SCIENCE

Finally, *Revista Direito GV* is promoting the alignment of its editorial policy and management with *open science* practices – also in line with SciELO guidelines and international research trends (SCIELO, 2022).

Accordingly, the new Editorial Policy encourages the deposit of manuscripts onto *preprint* servers before submission, and the upload of research data sets to open *data verses* like Scielo Data. Likewise, opening the peer review process is encouraged.

Altogether, the adoption of a single annual volume combined with continuous publication, the change in editorial scope, and our adherence to open science practices are part of a continuous effort to improve and update our procedures and work. It is expected that these changes will bring greater efficiency, quality, and agility to the editorial process at *Revista Direito GV*.

Therefore, we invite the entire journal community to read the full version of our Editorial Policy (REVISTA DIREITO GV, 2023).

CONCLUSION

We graciously acknowledge the invaluable contributions made by the community responsible for maintaining and improving *Revista Direito GV*: authors, evaluators, and readers. We publicly thank everyone for the commitment and dedication, without which the work of the journal would not be possible.

We also share our delight at the quality of the articles published in 2022. Fortunately, our readers remain numerous and avid. The figures indicate that the quality of *Revista Direito GV* continues on an upward trend. It is with great pleasure that we publish these statistics, with the expectation that this joyfull trajectory will perpetuate and deepen with the insights proposed by the new Editorial Policy of 2023.

REFERENCES

MARTINS, Thaís Cavalcante; FRANÇA, Roberta Kelly. Elas na universidade [parte 2]: participação das mulheres nos programas de pós-graduação no Brasil. *SOU_CIÊNCIA*, Feb. 25th, 2022. Available at: <https://souciencia.unifesp.br/opinioao/elas-na-universidade-parte-2-participacao-das-mulheres-nos-programas-de-pos-graduacao-no-brasil>. Accessed on: Mar. 30th, 2023.

REVISTA DIREITO GV. *Política Editorial*. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2023. Available at: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/politicaeditorial>. Accessed on: Apr. 13th, 2023.

ROTHBLUM, Esther D. Mentoring Women to Publish in Order to Thrive in the Academic Patriarchy. *Psychology of Women Quarterly*, [online], v. 47, n. 1, p. 8-15, Mar. 2023. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/03616843221137294>. Accessed on: Oct. 25th 2023.

SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE – SCIELO. Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil. São Paulo, Sept. 2022. Available at: <https://www.scielo.br/media/files/20220900-criterios-scielo-brasil.pdf>. Accessed on: Apr. 11th, 2023.

HOW TO QUOTE THIS EDITORIAL:

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; NOYA, Henrique Cruz; BUZOLIN, Livia Gonçalves. Revista Direito GV in Numbers: 2022 Balance Sheet and Outlook for 2023. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2301, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202301>

Catarina Helena Cortada Barbieri

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRAZIL

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

EDITOR-IN-CHIEF AT *REVISTA DIREITO GV*. PHD AND MASTER IN PHILOSOPHY AND GENERAL THEORY OF LAW FROM THE UNIVERSITY OF SÃO PAULO (USP).

catarina.barbieri@fgv.br

Henrique Cruz Noya

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRAZIL
LAW SCHOOL, UNIVERSITY OF SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRAZIL

<https://orcid.org/0000-0002-6152-6087>

EDITORIAL ASSISTANT AT *REVISTA DIREITO GV*. PHD CANDIDATE IN
PHILOSOPHY AND GENERAL THEORY OF LAW AT THE UNIVERSITY OF
SÃO PAULO (USP) AND MASTER IN THE SAME AREA FROM THE
FEDERAL UNIVERSITY OF MINAS GERAIS (UFMG).

henrique.noya@fgv.br

Livia Gonçalves Buzolin

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRAZIL

<https://orcid.org/0000-0003-1881-0792>

EDITORIAL ASSISTANT AT *REVISTA DIREITO GV*. PHD CANDIDATE
AND MASTER IN LAW FROM THE SÃO PAULO LAW SCHOOL AT
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP).

livia.buzolin@fgv.br

1 Universidade de Brasília, Brasília,
Distrito Federal, Brazil
<https://orcid.org/0000-0001-6841-8102>

2 Universidade de Brasília, Brasília,
Distrito Federal, Brazil
<https://orcid.org/0000-0001-9261-2407>



Court Disposition Time in Brazil and in European Countries

TEMPO DO PROCESSO JUDICIAL NO BRASIL E EM PAÍSES EUROPEUS

Caio Castelliano¹ e Tomas Aquino Guimaraes²

Abstract

The length of judicial proceedings is an important subject on the agenda of social researchers, policy-makers, politicians, legal practitioners, and court administrators in several countries. Whether the court disposition time in a country is reasonable or not is a matter of debate. Brazilian courts are usually perceived to be slow. This study investigates whether court delay is a real problem or merely a perception. The duration of civil cases in Brazil is measured by international standards and then compared to those in European courts. The disposition time in Brazilian first-instance courts takes 600 days, almost three times longer than the European average (232 days). In Brazilian second-instance courts, it takes 320 days, 50% longer than in Europe (215 days). However, the number of cases decided in those courts exceeds the number of new incoming cases, which means that the backlog and the disposition time in Brazilian courts are decreasing. These data are discussed in this paper and a research agenda and management recommendations are proposed later on this document.

Keywords

Court delay; civil cases; case backlog; disposition time; clearance rate.

Resumo

O tempo do processo judicial é um assunto relevante na agenda de pesquisadores sociais, gestores de políticas públicas, políticos, profissionais do Direito e administradores do sistema de justiça. Se o tempo de processos judiciais em países específicos deve ser considerado razoável ou não, isso permanece uma questão em aberto. Os tribunais brasileiros são percebidos como lentos. Esse estudo investiga se o atraso judicial é um problema real ou apenas uma percepção enviesada. A duração de processos cíveis no Brasil é mensurada com o uso de padrões internacionais e, então, comparada com a duração em tribunais europeus. O tempo dos processos judiciais em tribunais de primeira instância é de 600 dias, quase três vezes maior que a média na Europa (232 dias). Nos tribunais brasileiros de segunda instância, o tempo de duração (320 dias) é 50% maior que na Europa (215 dias). No entanto, o número de processos decididos nos tribunais brasileiros é maior que o número de novos casos, o que significa que o estoque de processos e o seu tempo de duração têm uma tendência de queda. Esses dados são discutidos neste artigo, e também são propostas recomendações gerenciais e uma agenda de pesquisa.

Palavras-chave

Atraso judicial; casos cíveis; estoque de processos; tempo de julgamento; índice de atendimento à demanda.

INTRODUCTION

Brazilian citizens believe that court delay is an issue in Brazil (FGV, 2017; AMB, 2019; CNJ, 2019). The Brazilian judicial system may be violating the constitutional rule according to which cases should be decided in a ‘reasonable time’. What constitutes a reasonable time is an open theoretical question, normally debated by legal scholars. However, what constitutes court disposition time is an empirical issue that can be measured and compared. In order to investigate whether court delay is a real problem or merely a perception, empirical studies can (1) measure court disposition time in Brazil, and (2) compare the results with other countries’.

The obstacle of court delay occurs in Asian and African countries, such as China (JIANG, 2005), India (HAZRA and MICEVSKA, 2004; CHEMIN, 2010), Nepal (GRAJZL and SILWAL, 2020) and Senegal (KONDYLIS and STEIN, 2018), in Latin American countries (BUSCAGLIA and ULEN, 1997) and in parts of Europe (BIELEN, MARNEFFE and VEREECK, 2015). European countries are substantially attentive to court disposition time. The European Convention on Human Rights, published in 1950, states that “everyone is entitled to a fair and public hearing within a **reasonable time**” (Article 6). The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) examines court disposition time in more than 40 countries by using common statistical criteria and means of evaluation (CEPEJ, 2018). The data collected is publicly available on CEPEJ’s official website. The long tradition of CEPEJ in measuring court disposition time, the extensive and diverse list of countries measured, and the availability of data make European countries a suitable standard for comparison.

The length of cases can be measured by different methods. The Brazilian National Council of Justice (CNJ) applies the traditional method of measuring the number of days between the starting point (the day the case was brought to court) and the final point (the day the case was decided). For each of them, the number of days is calculated, and court disposition time simply means cases decided by that court in a specific period, such as a year.

Some problems may arise from this method. Firstly, excluding the large number of pending cases may end up distorting the results. Moreover, the number of days tends to increase when older cases (with longer duration) are decided. It may seem that the court performance is deteriorated, but it is, in fact, improved by removing old cases from the backlog.

To overcome this issue, CNJ uses a separate measure for the pending cases, however, it is also biased. All pending cases are considered resolved on a specific date, usually the last day of the year. Their real length is much longer, as they will run for many days or even years after the arbitrary cut-off date. Besides being biased, this ‘dual method’ (intended for decided and pending cases) increases the complexity of the analysis. It is not clear whether the court disposition time is increasing or not, considering that the length of decided cases decreases as the length of pending ones increases. It also complicates comparisons between different courts. If Court A is faster in decided cases and Court B is faster in pending cases, it is hard to say which one of them is preferable.

A statistical technique known as ‘survival analysis’ resolves some of these difficulties by considering both decided and pending cases in the same analysis (GRAJZ and ZAJC, 2017). The use of survival analysis in the field of law and economics is increasing and some studies based on this technique have been published (e.g. BIELEN *et al.*, 2016; GRAJZ and ZAJC, 2017; PROCOPIUK, 2018). The major concern of survival analysis is that it requires case-level data, which is very difficult to obtain, especially for international studies comparing different countries.

The European Commission for the Efficiency of Justice uses the *backlog index* (also known as the *Capelletti-Clark index*) to assess court disposition time in European countries (CEPEJ, 2018). This index is defined as the number of pending cases at the end of the year, divided by the number of cases resolved (CLARK and MERRYMAN, 1976). It indicates the number of years the system would take to resolve all pending cases (*backlog*) and it can also be interpreted as the average length of a case in the court (CASTRO, 2009). Some studies evidence a correlation between this index and the actual procedural times per case. The index approximates both the median and the mean of actual duration, representing a consistent measure of central tendency (BUSCAGLIA and DAKOLIAS, 1999). Several studies have used the backlog index as a measure of case duration (e.g. MURRELL, 2001; CHEMIN, 2009; CASTRO, 2009). According to the CEPEJ, this ratio “allows comparisons within the same jurisdiction over time and, with some prudence, between judicial systems in different countries” (CEPEJ, 2018, p. 238).

To assess whether courts are keeping up with the incoming caseload, CNJ and CEPEJ monitor the *clearance rate*, obtained by dividing the number of decided cases by the number of incoming ones, expressed in a percentage (CNJ, 2020; CEPEJ, 2018). A clearance rate close to 100% indicates that the court resolves approximately as many cases as it enters during the period. A clearance rate above 100% indicates the ability of the court to resolve more cases than it receives, reducing the number of pending cases (*backlog*). A clearance rate below 100% means the number of incoming cases is higher than the number of decided cases, which increases the number of pending ones.

The case backlog of a court may be built up over several years, and the backlog index reflects past performance. Court disposition time is an indicator of present conditions. The clearance rate indicates future trends, as it shows whether the backlog will increase or decrease. The combination of backlog index and clearance rate reveals a general picture of the pace of cases in courts. Surprisingly, no study was found comparing the backlog index of Brazilian courts to the index of other countries. The clearance rate was uniquely used in one cross-country study (DAKOLIAS, 1999), however, the research considered only two Brazilian cities (São Paulo and Brasília) and it was produced a long time before the collection of official judicial data by the Brazilian National Council of Justice.

Since there aren’t any studies that compare the duration of cases in Brazil to that of other countries, it is hard to know whether court disposition time in Brazil is excessive or not. To

fill in this gap in the literature, the present study (1) measures court disposition time in Brazil, using the backlog index, (2) measures the trend in court disposition time in Brazil, using the clearance rate, and (3) compares the results with the same performance indicators in European countries.

1. METHOD AND DATA

International comparisons of the length of judicial proceedings are complex and inaccurate, due to the differences between judicial structures, economic situations, demography, and legal characteristics from one country to another. One traditional international comparison considering judicial systems from different countries is carried out by The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). Since 2004, the commission has undertaken a regular process of evaluating the judicial systems of the Council of Europe member states. The data used by CEPEJ is provided by each country every two years. Each national correspondent answers a list of questions, using a specific collection system. All correspondents must read the explanatory notes carefully before replying to each question. This procedure promotes a common understanding and produces uniformity in the collection of data (CEPEJ, 2018). Therefore, the commission achieves data with a reasonable level of comparability between very different countries.

According to CEPEJ, focusing on civil and commercial litigious cases offers a clearer picture for comparative analysis as there are fewer differences in the definition used by different states (CEPEJ, 2018). The analysis produced by CEPEJ includes more than 40 countries with different judicial traditions, including civil law countries (e.g. Italy, Spain, Portugal), the same system adopted in Brazil. Considering the large number of countries analyzed by CEPEJ and the inclusion of some civil law countries, it seems reasonable to compare Brazil to European countries based on civil and commercial litigious cases.

The greatest methodological challenges of this study are (1) to understand the criteria used by CEPEJ to define “civil and commercial litigious cases” and (2) to apply these criteria in the Brazilian context. Serious flaws in either of those steps would affect the fairness of the comparison between Brazilian and European courts. Table 1 addresses both challenges, by displaying that CEPEJ in Europe and CNJ in Brazil adopt comparable criteria to define “civil and commercial litigious cases”.

TABLE 1 – JUDICIAL DATA COMPARABILITY BETWEEN EUROPE AND BRAZIL

CRITERIA FOR DATA SELECTION	EUROPE	BRAZIL
DOES IT INCLUDE TYPICAL CIVIL AND COMMERCIAL CASES?	YES “OTHER THAN CRIMINAL – CIVIL AND COMMERCIAL LITIGIOUS CASES” IS THE CATEGORY CONSIDERED IN THE ANALYSIS. IT INCLUDES FAMILY LAW CASES, DISPUTES REGARDING CONTRACTS, AND COMMERCIAL LAW CASES. DIVORCES AND BANKRUPTCY PROCEEDINGS ARE EXAMPLES OF CASES BELONGING TO THIS CATEGORY (CEPEJ, 2017).	YES IN BRAZIL, CIVIL AND COMMERCIAL CASES SUCH AS FAMILY CASES, DISPUTES REGARDING CONTRACTS AND BANKRUPTCY PROCEEDINGS ARE TYPICALLY ADDRESSED BY STATE COURTS. FOR THIS REASON, DATA INCLUDED NON-CRIMINAL CASES IN STATE COURTS, LITIGATED BOTH IN COMMON AND SPECIAL PROCEDURES, AS SPECIFIED IN TABLES 2 AND 5.
DOES IT INCLUDE LABOR-RELATED CASES, ESPECIALLY EMPLOYMENT DISMISSALS (TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT AT THE INITIATIVE OF THE EMPLOYER)?	YES THE CATEGORY “OTHER THAN CRIMINAL – CIVIL AND COMMERCIAL LITIGIOUS CASES” INCLUDES EMPLOYMENT DISMISSAL CASES. OTHER LABOR-RELATED CASES OF EMPLOYERS WORKING IN THE PRIVATE SECTOR ALSO BELONG TO THIS CATEGORY, AS THEY CANNOT BE CONSIDERED ADMINISTRATIVE (DISPUTES BETWEEN CITIZENS AND PUBLIC AUTHORITIES) OR CRIMINAL CASES (CEPEJ, 2017).	YES BRAZIL HAS SPECIFIC COURTS FOR LABOR-RELATED CASES. FOR THIS REASON, DATA INCLUDED CASES LITIGATED IN LABOR COURTS, AS SPECIFIED IN TABLES 2 AND 5.
DOES IT INCLUDE ADMINISTRATIVE LAW CASES (DISPUTES BETWEEN CITIZENS AND PUBLIC AUTHORITIES)?	PARTIALLY ADMINISTRATIVE LAW CASES ARE, IN SOME COUNTRIES, ADDRESSED BY SPECIAL ADMINISTRATIVE COURTS, WHILST IN OTHER COUNTRIES, THEY ARE HANDLED BY ORDINARY CIVIL COURTS. IF COUNTRIES HAVE SPECIAL ADMINISTRATIVE COURTS, SEPARATE ADMINISTRATIVE LAW PROCEDURES, OR ARE ABLE TO DISTINGUISH BETWEEN ADMINISTRATIVE LAW CASES AND CIVIL LAW CASES, THESE FIGURES ARE INDICATED SEPARATELY UNDER “OTHER THAN CRIMINAL – ADMINISTRATIVE LAW	PARTIALLY ADMINISTRATIVE LAW CASES ADDRESSED BY SPECIAL ADMINISTRATIVE COURTS IN BRAZIL (SUCH AS FEDERAL AND MILITARY COURTS) ARE NOT INCLUDED IN THE ANALYSIS. TAX ENFORCEMENT CASES (WHEN THE GOVERNMENT FILES A NEW CASE TO COLLECT UNPAID TAXES) ARE ADDRESSED UNDER A SEPARATE ADMINISTRATIVE LAW PROCEDURE AND ARE RECORDED IN A SPECIFIC CATEGORY (DIFFERENT FROM NON-CRIMINAL CASES) WHICH IS NOT INCLUDED IN THE ANALYSIS. SOME ADMINISTRATIVE LAW CASES LITIGATED IN STATE COURTS

(it continues)

	CASES". WHEN THE DISTINCTION IS NOT POSSIBLE, CASES ARE RECORDED AS "OTHER THAN CRIMINAL – CIVIL AND COMMERCIAL LITIGIOUS CASES" (CEPEJ, 2017).	CANNOT BE DISTINGUISHED FROM CIVIL CASES AND REMAIN IN THE DATA.
DOES IT INCLUDE ENFORCEMENT CASES RELATED TO THE ABOVE ISSUES?	YES ENFORCEMENT LITIGIOUS CASES (FOR EXAMPLE, A JUDICIAL APPEAL AGAINST DEEDS PROCESSED BY A BAILIFF) ARE INCLUDED IN THE CATEGORY "OTHER THAN CRIMINAL – CIVIL AND COMMERCIAL CASES" (CEPEJ, 2017).	YES ENFORCEMENT CASES ADDRESSED BY BOTH STATE AND LABOR COURTS ARE INCLUDED IN THE DATA, AS SPECIFIED IN TABLES 2 AND 5.
DOES IT INCLUDE CRIMINAL CASES?	NO CRIMINAL CASES BELONG TO A SEPARATE CATEGORY (CEPEJ, 2017) AND ARE NOT INCLUDED IN THE ANALYSIS.	NO CRIMINAL CASES ADDRESSED BY STATE COURTS BELONG TO A SEPARATE CATEGORY AND ARE NOT INCLUDED IN THE DATA (THOSE CASES ARE NOT SPECIFIED IN TABLES 2 AND 5).
DOES IT INCLUDE REGISTRATION DUTIES, SUCH AS BUSINESS AND LAND REGISTERS (DUTIES PERFORMED BY SOME COURTS IN EUROPE)?	NO BUSINESS REGISTERS AND LAND REGISTERS ARE CONSIDERED NON-LITIGIOUS CASES AND ARE RECORDED IN A SEPARATE CATEGORY (CEPEJ, 2017).	NO IN BRAZIL, BUSINESS REGISTRATION AND LAND REGISTRATION ARE NOT PERFORMED BY COURTS.

Source: Developed by the authors.

The document "Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems" (CEPEJ, 2017) offers a detailed explanation of all criteria used by the European Council. That document defines "civil and commercial litigious cases" to include typical civil cases, such as divorces and disputes regarding contracts; typical commercial cases, such as bankruptcies and enforcement litigious cases; and labor cases, such as employment dismissals (termination of the employment contract by initiative of the employer). Enforcement cases related to those issues are also included. The category does not include criminal cases, administrative cases (disputes between citizens and public authorities), and civil non-litigious cases, such as business and land registers (duties performed by some courts in Europe).

Aiming to apply those criteria as precisely as possible, a careful process of data collection and selection of Brazilian cases was carried out. In Brazil, civil and commercial litigious cases (such as family, contractual, and bankruptcy cases) are decided by state courts, whereas employment dismissals are decided by labor courts. Therefore, only cases filed in state and labor courts were considered. Cases filed in federal and military courts were not included, as those courts are responsible for deciding cases that are considered administrative under CEPEJ standards. Cases filed in electoral courts were also excluded as they are not civil or commercial litigious cases.

In state courts, all the non-criminal cases were considered, including the enforcement ones. However, tax enforcement cases (when the government files a case to collect unpaid taxes) were not included due to their administrative characteristics. Some other administrative cases filed in state courts remained in the pool, such as those filed by public servants against the state government or cases filed by citizens or companies against the tax authorities, as the available data is not enough to distinguish them from civil cases. This is not a serious concern, as some European countries face the same difficulty in including some administrative cases in the “civil and commercial litigious cases” category,¹ which affects a relatively small number of cases filed in Brazilian state courts.

All cases were considered in labor courts, including enforcement ones. Brazilian labor courts decide employment dismissals as well as other cases regarding professional relations between employees and employers, including moral damage or non-payment by employers. Although these cases are decided by labor courts in Brazil, they belong to the general category of “civil and commercial litigious cases” according to CEPEJ criteria and are included in the pool of cases analyzed.

Case disposition time in Brazilian courts was measured by the same formula adopted by CEPEJ (CEPEJ, 2018), obtained by dividing the number of pending cases at the end of the year by the number of decided cases within the same year, multiplied by 365 (days in a year):

$$\text{Court Disposition Time} = \frac{\text{Number of pending cases at the end of the year}}{\text{Number of decided cases during the year}} \times 365$$

...

1 CEPEJ argues that countries may be not able to distinguish between administrative and civil cases. “Administrative law cases are in some countries addressed by special administrative courts or tribunals, whilst in other countries, they are handled by the ordinary civil courts. If countries have special administrative courts/tribunals or separate administrative law procedures or are in any way able to distinguish between administrative law cases and civil law cases, these figures are indicated separately under administrative law cases” (CEPEJ, 2017, p. 20).

Clearance rates in Brazilian courts were also measured by the same formula adopted by CEPEJ (CEPEJ, 2018), obtained by dividing the number of decided cases by the number of incoming cases, expressed in a percentage:

$$\text{Clearance Rate (\%)} = \frac{\text{Decided cases in a year}}{\text{Incoming cases in a year}} \times 100$$

The Brazilian data was downloaded from the Brazilian National Council of Justice website² and covered the year 2019, the last available data at the time the research was carried out. Disposition time and clearance rate of European countries were obtained from CEPEJ website³ and covered the year 2016, the last year available.

2. RESULTS AND DISCUSSION

The final dataset used in the research captures the majority of litigation in Brazil. The number of new incoming cases filed in first-instance courts (15,295,613) represents 63% of all new cases filed in Brazilian courts at that level.

In Brazil, cases filed in state courts may follow the common procedure or the special procedure (designed for small claims). There is a similar division in labor courts, however, the data provided by the National Council of Justice about labor courts does not make such a distinction, so all cases are reported in a combined group ('all procedures'). In the first-instance, cases may be in the judgment phase (when the case is not decided yet) or in the enforcement phase (when the judicial decision or an extrajudicial credit will be enforced). Considering the method described in the previous section, the disposition time and the clearance rate of civil and commercial cases in Brazilian first-instance courts are displayed in Table 2.

...

² Available at: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>.

³ Available at: <https://www.coe.int/en/web/cepej/dynamic-database-of-european-judicial-systems/>.

TABLE 2 – **DISPOSITION TIME AND CLEARANCE RATE OF CIVIL AND COMMERCIAL CASES AT FIRST-INSTANCE COURTS IN BRAZIL**

COURT	PROCEDURE	PHASE	NEW CASES	PENDING CASES	DECIDED CASES	DISPOSITION TIME (DAYS)	CLEARANCE RATE
STATE COURTS	COMMON	JUDGMENT	5,837,356	15,045,830	7,766,410	707	133%
		ENFORCEMENT	1,838,812	6,161,576	1,728,814	1,301	94%
	SPECIAL	JUDGMENT	3,815,940	3,892,411	4,394,600	323	115%
		ENFORCEMENT	1,173,489	1,293,854	1,170,294	404	100%
LABOR COURTS	ALL PROCEDURES	JUDGMENT	1,814,400	1,243,785	2,304,063	197	127%
		ENFORCEMENT	815,616	2,416,904	924,348	954	113%
	TOTAL		15,295,613	30,054,360	18,288,529	600	120%

Source: Prepared by the authors based on CNJ data.

The disposition time of civil and commercial cases in Brazilian first-instance courts is 600 days, however, there is significant variation depending on the court, the procedure, and the phase of the case. The judgment of labor cases (197 days) is faster than the judgment in state courts, whether the judgment in the state court follows the common procedure (707 days) or the special procedure (323 days). Such a result is unexpected, considering that special procedures in state courts involve small claim cases which, in theory, are simpler to decide. The pace in the judgment of labor cases may reflect the specialization of those courts, the specific procedural rules for labor cases, or even the quantity and quality of available human resources. However, when it comes to disposition time in the enforcement phase, the special procedure (404 days) is faster than the common procedure (1,301 days) and the enforcement in labor courts (954 days). The maximum value of claims that follow the special procedure in state courts (40 times the minimum wage) may facilitate the enforcement of those cases. Cases following common procedure in state courts or cases brought to labor courts may be of any value.

The disposition time of judgments is always shorter than the time of the respective enforcement. This phenomenon occurs in state court common procedure (707 days in judgment vs. 1,301 days in enforcement), in state court special procedure (323 days in judgment vs. 404 days in enforcement), and labor courts (197 days in judgment vs. 954 days in enforcement).

The clearance rate of civil and commercial cases in Brazilian first-instance courts is 120%. It means that not only are first-instance courts coping with incoming cases, but also deciding cases in the backlog. The clearance rates during the judgment phase exceed the 100% threshold (133% in state court common procedure, 115% in state court special procedure, and 127% in labor courts). However, the clearance rates for enforcement are mixed. While they are high in labor courts (113%), they are around the 100% threshold in state court special procedure and low in state court common procedure (94%). There is a particular concern regarding the enforcement in state court common procedure, as it presents the highest disposition time (1,301 days) and the lowest clearance rate (94%) in the first-instance, which means that the backlog of those cases is increasing.

Tables 3 and 4 show the disposition time and clearance rates of civil and commercial cases in first-instance courts of Brazil and European countries.

TABLE 3 – **DISPOSITION TIME OF CIVIL AND COMMERCIAL CASES AT FIRST-INSTANCE COURTS IN BRAZIL AND EUROPEAN COUNTRIES**

POSITION	COUNTRY	DISPOSITION TIME (DAYS)
1	AZERBAIJAN	25
2	RUSSIAN FEDERATION	42
3	MOROCCO	86
4	LITHUANIA	88
5	LUXEMBOURG	91
6	UKRAINE	96
7	SWITZERLAND	107
8	NETHERLANDS	121
9	SLOVAKIA	130
10	AUSTRIA	133
11	ESTONIA	139
12	REPUBLIC OF MOLDOVA	140
13	CZECH REPUBLIC	153
14	ROMANIA	153
15	ALBANIA	159

(it continues)

16	HUNGARY	159
17	NORWAY	161
18	SWEDEN	164
19	DENMARK	176
20	ARMENIA	188
21	GERMANY	196
22	NORTH MACEDONIA	223
23	POLAND	225
24	GEORGIA	242
25	LATVIA	247
26	FINLAND	252
27	MONTENEGRO	267
28	SLOVENIA	280
29	SPAIN	282
30	PORTUGAL	289
31	SERBIA	315
32	ISRAEL	333
33	FRANCE	353
34	CROATIA	364
35	MONACO	372
36	TURKEY	399
37	MALTA	432
38	ITALY	514
39	BOSNIA AND HERZEGOVINA	574
40	BRAZIL	600
41	GREECE	610
	EUROPEAN AVERAGE	232

Source: Developed by the authors.

TABLE 4 — **CLEARANCE RATES OF CIVIL AND COMMERCIAL CASES AT FIRST-INSTANCE COURTS IN BRAZIL AND EUROPEAN COUNTRIES**

POSITION	COUNTRY	CLEARANCE RATE
1	SLOVAKIA	132%
2	FINLAND	125%
3	BRAZIL	120%
4	CROATIA	118%
5	BOSNIA AND HERZEGOVINA	115%
6	ITALY	113%
7	PORTUGAL	112%
8	CZECH REPUBLIC	110%
9	MALTA	107%
10	SLOVENIA	106%
11	GERMANY	103%
12	SPAIN	103%
13	AUSTRIA	102%
14	BELGIUM	102%
15	NORWAY	102%
16	ROMANIA	102%
17	RUSSIAN FEDERATION	102%
18	DENMARK	101%
19	LATVIA	101%
20	NETHERLANDS	101%
21	SWITZERLAND	101%

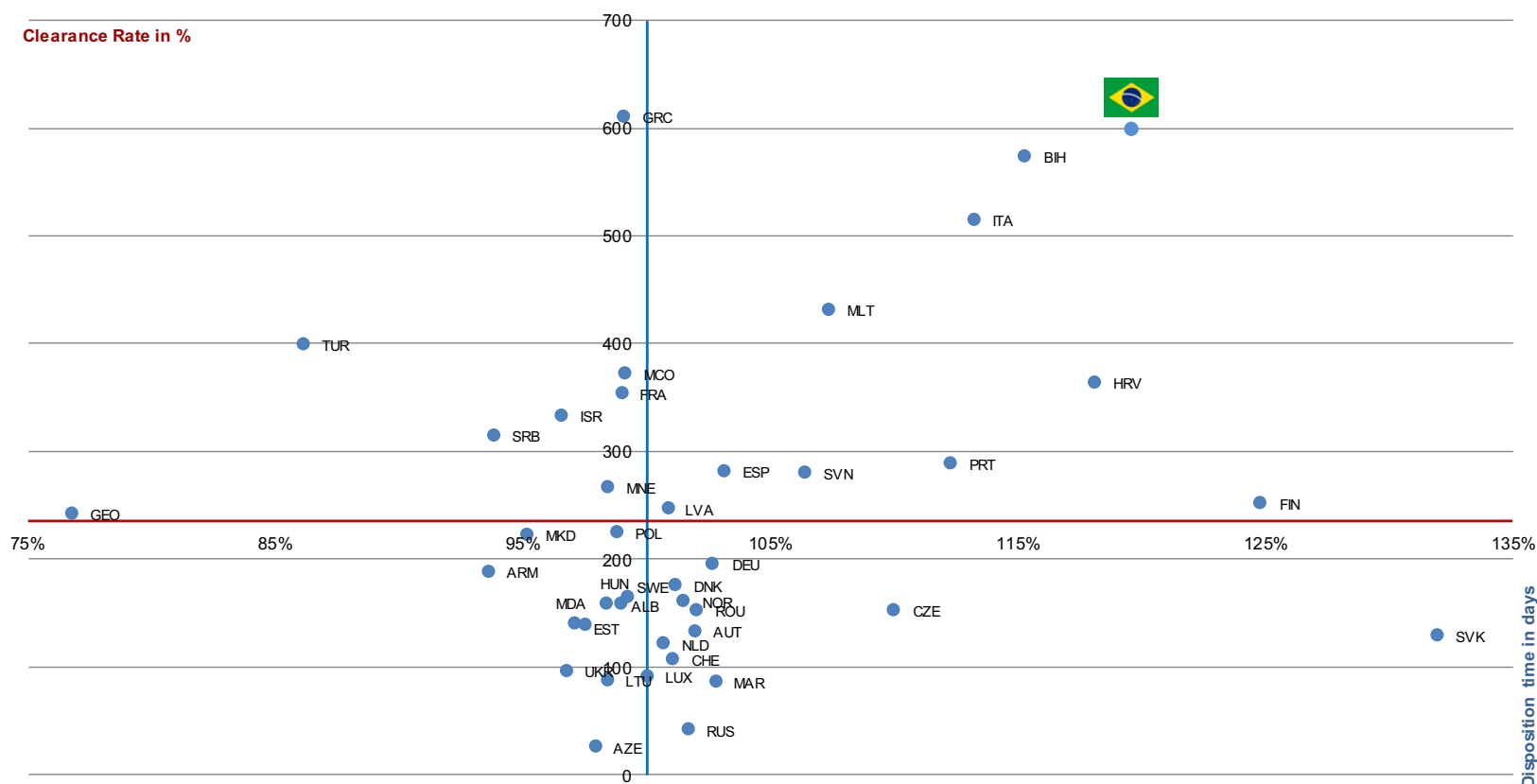
(it continues)

22	LUXEMBOURG	100%
23	ALBANIA	99%
24	FRANCE	99%
25	GREECE	99%
26	MONACO	99%
27	POLAND	99%
28	SWEDEN	99%
29	AZERBAIJAN	98%
30	ESTONIA	98%
31	HUNGARY	98%
32	LITHUANIA	98%
33	MONTENEGRO	98%
34	REPUBLIC OF MOLDOVA	97%
35	UKRAINE	97%
36	NORTH MACEDONIA	95%
37	ARMENIA	94%
38	SERBIA	94%
39	TURKEY	86%
40	UK-SCOTLAND	79%
41	GEORGIA	77%
42	IRELAND	59%
EUROPEAN AVERAGE		100%

Source: Developed by the authors.

As evidenced in Table 3, the average disposition time of civil and commercial litigious cases in Brazilian first-instance courts (600 days) is significantly higher than the average in Europe (232 days). It is also higher than in all European countries monitored by CEPEJ, except for Greece (610 days). On the other hand, as displayed in Table 4, the average clearance rate of civil and commercial litigious cases in Brazilian first-instance courts (120%) is higher than in almost all European countries. Only Slovakia (132%) and Finland (125%) achieve higher clearance rates than Brazil. A combination of disposition time and clearance rates of civil and commercial litigious cases at first-instance courts is shown in Figure 1, offering a complete background of the pace of cases in Brazil in comparison to European countries.

FIGURE 1 – **CLEARANCE RATE VS. DISPOSITION TIME FOR CIVIL AND COMMERCIAL CASES AT FIRST-INSTANCE COURTS IN EUROPE AND BRAZIL**



Source: CEPEJ (2018), adapted by the authors.

In Brazilian state courts, second-instance decisions may follow both common or special procedures. In Brazilian second-instance labor courts, there is a similar division, however, data provided by the National Council of Justice does not make such distinction, so all cases are reported in a combined group ('all procedures'). As the enforcement of cases is only applied in the first-instance, there is no division of phase (judgment or enforcement) in the second-instance. Considering the method described in the previous section, the disposition

time and the clearance rates of civil and commercial cases in Brazilian second-instance courts are shown in Table 5.

TABLE 5 — **DISPOSITION TIME AND CLEARANCE RATE OF CIVIL AND COMMERCIAL CASES AT SECOND-INSTANCE COURTS IN BRAZIL**

COURT	PROCEDURE	NEW CASES	PENDING CASES	RESOLVED CASES	DISPOSITION TIME (DAYS)	CLEARANCE RATE
STATE COURTS	COMMON	1,894,316	1,778,880	1,956,645	332	103%
	SPECIAL	805,881	702,283	836,884	306	104%
LABOR COURTS	ALL PROCEDURES	898,104	792,223	941,356	307	105%
		3,598,301	3,273,386	3,734,885	320	104%

Source: Developed by the authors based on CNJ data.

The disposition time of civil and commercial cases in Brazilian second-instance courts consists of 320 days, almost half of the time in first-instance courts (620 days). This result is expected considering that the collection of evidence in the second-instance takes less time than in the first-instance. Another possible reason is the absence of an enforcement procedure in the second-instance, resulting in an evidently time-consuming phase in the first-instance, as demonstrated above.

Tables 6 and 7 highlight disposition time and clearance rates of civil and commercial cases in second-instance courts of Brazil and European countries, evidencing a Brazilian clearance rate of around 104%. Although much lower compared to the clearance rate in the first-instance (120%), it is still above the 100% threshold, which means that second-instance courts are dealing with incoming cases and a reduced part of the backlog. The lower clearance rate is expected assuming that the backlog is smaller. Consequently, the pressure over second-instance judges to reduce the backlog is also smaller. It is also possible to evidence little variation in the clearance rates of second-instance courts, which are very close to the mean of 104%.

The average disposition time of civil and commercial litigious cases in Brazilian second-instance courts (320 days) is almost 50% higher than the average in Europe (215 days). As shown in Table 6, Brazilian second-instance courts are slower than 25 of the 33 countries monitored by CEPEJ. The clearance rate of 104% is higher than most European countries, as

indicated in Table 6, however, the position in the list (12th place) is not so consistent as the position of first-instance courts (3rd position).

TABLE 6 – DISPOSITION TIME OF CIVIL AND COMMERCIAL CASES AT SECOND-INSTANCE COURTS IN BRAZIL AND EUROPEAN COUNTRIES

POSITION	COUNTRY	DISPOSITION TIME (DAYS)
1	RUSSIAN FEDERATION	31
2	UKRAINE	54
3	ARMENIA	60
4	CZECH REPUBLIC	69
5	AZERBAIJAN	72
6	ESTONIA	95
7	SLOVENIA	97
8	SWITZERLAND	97
9	REPUBLIC OF MOLDOVA	100
10	SWEDEN	100
11	LITHUANIA	103
12	POLAND	105
13	TURKEY	109
14	NORTH MACEDONIA	111
15	PORTUGAL	114
16	HUNGARY	121
17	SLOVAKIA	121
18	LATVIA	124
19	ROMANIA	131

(it continues)

20	DENMARK	141
21	FINLAND	150
22	GEORGIA	153
23	SERBIA	180
24	SPAIN	181
25	GERMANY	245
26	BRAZIL	320
27	CROATIA	328
28	MONACO	435
29	BOSNIA AND HERZEGOVINA	462
30	FRANCE	487
31	LUXEMBOURG	553
32	MALTA	783
33	ITALY	993
34	GREECE	1 149
EUROPEAN AVERAGE		215

Source: Developed by the authors.

TABLE 7 – **CLEARANCE RATES OF CIVIL AND COMMERCIAL CASES AT SECOND-INSTANCE COURTS IN BRAZIL AND EUROPEAN COUNTRIES**

POSITION	COUNTRY	CLEARANCE RATE
1	SLOVAKIA	125%
2	FINLAND	119%
3	CROATIA	116%

(it continues)

4	ITALY	111%
5	NORTH MACEDONIA	111%
6	BELGIUM	110%
7	DENMARK	109%
8	ESTONIA	106%
9	LUXEMBOURG	106%
10	MALTA	106%
11	ROMANIA	106%
12	BRAZIL	104%
13	ARMENIA	103%
14	SWEDEN	103%
15	CZECH REPUBLIC	102%
16	SWITZERLAND	102%
17	GERMANY	101%
18	LITHUANIA	101%
19	HUNGARY	100%
20	RUSSIAN FEDERATION	100%
21	SLOVENIA	100%
22	UKRAINE	100%
23	GEORGIA	99%
24	REPUBLIC OF MOLDOVA	99%
25	SPAIN	98%
26	MONACO	97%
27	PORTUGAL	97%

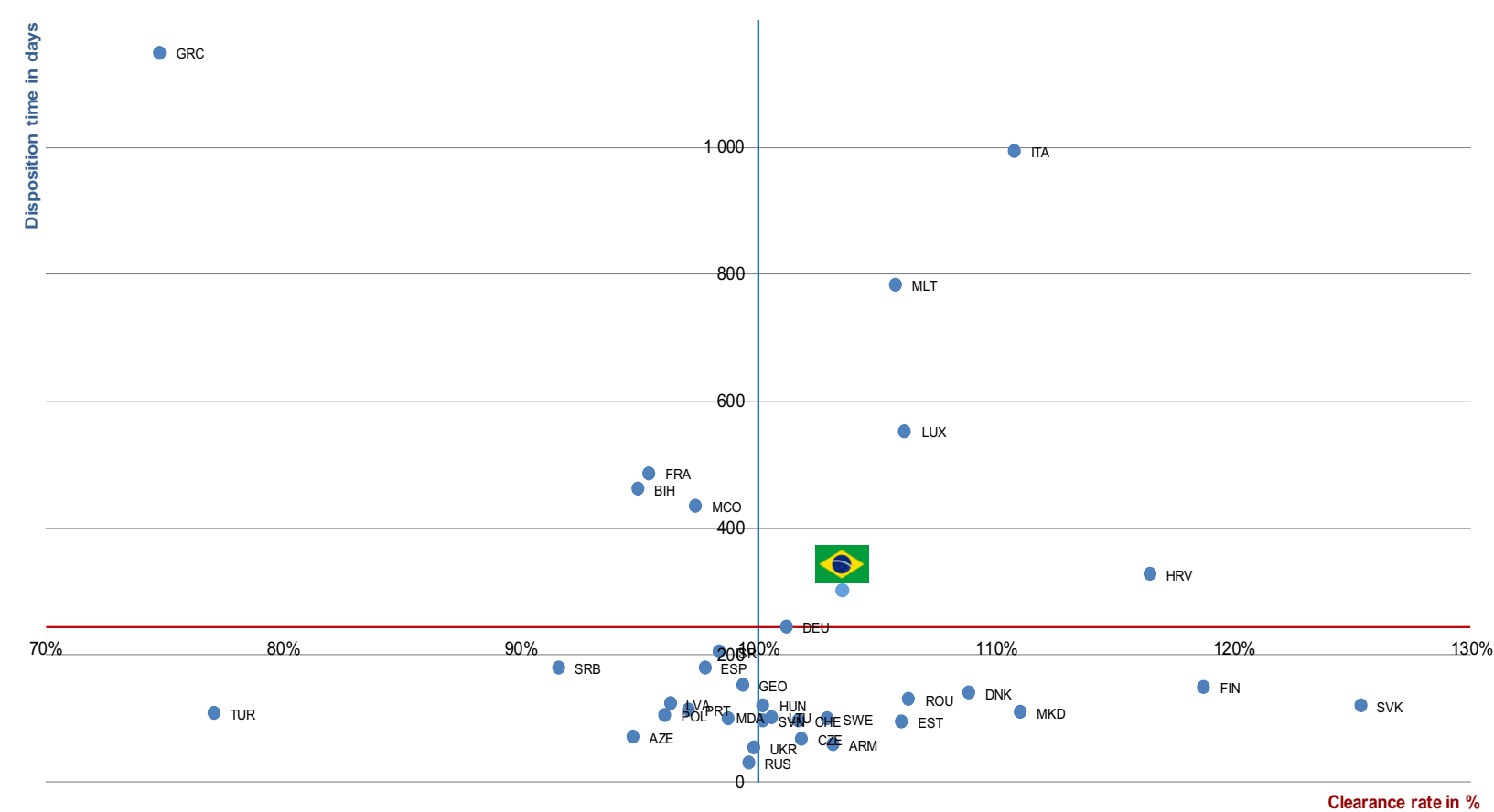
(it continues)

28	LATVIA	96%
29	POLAND	96%
30	AZERBAIJAN	95%
31	BOSNIA AND HERZEGOVINA	95%
32	FRANCE	95%
33	SERBIA	92%
34	IRELAND	82%
35	TURKEY	77%
36	GREECE	75%
	EUROPEAN AVERAGE	101%

Source: Developed by the authors.

A combination of disposition time and clearance rates of civil and commercial litigious cases at second-instance courts is introduced in Figure 2, providing a more complete scenario of the pace of cases in Brazil in comparison to European countries.

FIGURE 2 — **CLEARANCE RATE VS. DISPOSITION TIME FOR CIVIL AND COMMERCIAL CASES AT SECOND-INSTANCE COURTS IN EUROPE AND BRAZIL**



Source: CEPEJ (2018), adapted by the authors.

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

Comparing the performance of courts from different countries is a challenging task and should be carefully approached. The legal and institutional characteristics of countries may affect the comparability of their judicial systems. This type of study requires a thorough understanding of the concepts used by different countries and plenty of quantitative data. The European Commission for the Efficiency of Justice has made remarkable efforts to ensure a clear understanding of the concepts used to evaluate the judicial systems of European countries. The Brazilian National Council of Justice has conducted distinguished work to properly deliver detailed judicial data to the public. The efforts of both organizations enabled a consistent comparison of the duration of cases in Brazilian and European courts.

Broadly speaking, court disposition time in Brazil is significantly higher than in European countries. The situation is particularly critical in first-instance courts. While disposition time in civil and commercial litigious cases in first-instance European courts consists of 232 days, in Brazil, it is almost three times higher (600 days). This result would put those courts in the last place among 40 countries analyzed by CEPEJ, except for Greece. Second-instance Brazilian courts are also slower than their European counterparts. Though less

problematic than first-instance courts, the disposition time of civil and commercial litigious cases in Brazilian second-instance courts (320 days) is almost 50% higher than the European average (215 days). This result would put Brazilian second-instance courts in the last quartile of European countries. Considering this international comparison, it seems reasonable to conclude that case duration in Brazil is significantly long. The perception of Brazilian citizens about court disposition time is accurate. Court delay is a real issue in Brazil.

However, current court disposition times reflect a backlog of cases over several years. Currently, Brazilian courts are not accumulating cases. In fact, more civil and commercial cases are decided compared to the number of incoming cases. Both first and second-instance courts have clearance rates above 100%, which means that the backlog of cases is actually decreasing. The effort of first-instance courts is impressive. Considering its clearance rate of 120%, it is possible to state that these courts are quickly reducing their backlog. Such a scenario is higher than in almost all European countries. The disposition time in Brazilian courts is on a downward path.

Maintaining this trend will result in a great challenge to the Brazilian judicial system considering that the backlog of cases in Brazilian courts is huge. To achieve the average of disposition time in European countries, the clearance rate in Brazil must remain above the 100% threshold for several years. The legal agents in the judicial system may end up struggling to keep the clearance rate at this level for such a long time. Moreover, the pressure on judges will decrease by the time the backlog also starts decreasing, which usually reduces judicial productivity (BEENSTOCK and HAITOVSKY, 2004; DIMITROVA-GRAJZL *et al.*, 2012; GOMES, GUIMARAES and AKUTSU, 2017).

If judicial productivity declines, the number of decided cases diminishes and the clearance rate returns to a 100% level. In this scenario, the backlog of cases will stabilize and the trend toward faster court disposition times will end. To avoid this sequence of events, court administrators must control judicial productivity carefully, at least until court disposition times in Brazil get close to international standards. Quantitative goals defined by the Brazilian National Council of Justice may delay this possible decrease in judicial productivity. In fact, the first goal defined for each Brazilian court is to keep the clearance rate above 100% (CNJ, 2021). Questions such as if, when, and how much the lower pressure on judges will affect the clearance rate is an empirical issue that may be addressed by future research.

Another primary focus of Brazilian policy-makers is the enforcement of cases in state courts, where the number of decided cases is below the number of new cases, which means that the backlog is increasing. It is possible to evidence a special emphasis on the enforcement of cases following common procedure, whose disposition time is the highest among those surveyed in this study, surpassing the symbolic limit of 1,000 days. The clearance rate of this group is only 94%, which means that the backlog is growing rapidly. It would also be interesting to prospectively investigate the reason why the enforcement of cases in state courts is so challenging.

Future cross-country studies about court disposition time could focus on specific classes of civil cases. Comparative research about the duration of cases could also center attention on other legal fields, such as criminal or administrative cases, following distinct procedural rules that may produce different results from those previously studied. As this study has only evaluated courts of first and second-instance, a comparison of disposition time in superior courts may also be considered a topic for future research.

REFERENCES

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*. [S.l.]: AMB: FGV: IPESPE, 2019. Available at: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Accessed on: October 24, 2022.

BEENSTOCK, Michael; HAITOVSKY, Yoel. Does the Appointment of Judges Increase the Output of the Judiciary? *International Review of Law and Economics*, [s.l.], v. 24, n. 3, p. 351- 369, 2004.

BIELLEN, Samantha; MARNEFFE, Wim; VEREECK, Lode. A Cross-Country Analysis of the Impact of Regulatory Quality on Commercial Case Disposition Time. *European Journal of Law and Economics*, [s.l.], v. 39, n. 3, p. 455-474, 2015. <https://doi.org/10.1007/s10657-014-9469-5>

BIELLEN, Samantha *et al.* The Duration of Judicial Deliberation: Evidence from Belgium. *Working Paper*, n. 5947, Center for Economic Studies and Ifo Institute (CESifo), Munich, 2016.

BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria. *Comparative International Study of Court Performance Indicators: A Descriptive and Analytical Account*. Washington: The World Bank, 1999.

BUSCAGLIA, Edgardo; ULEN, Thomas. A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America. *International Review of Law and Economics*, [s.l.], v. 17, n. 2, p. 275-291, 1997. [https://doi.org/10.1016/S0144-8188\(97\)00007-0](https://doi.org/10.1016/S0144-8188(97)00007-0)

CASTRO, Alexandre. Court Performance in Brazil: Evidence from Judicature-Level Data. *SSRN Electronic Journal*, [s.l.], 2009.

CHEMIN, Matthieu. Does Court Speed Shape Economic Activity? Evidence from a Court Reform in India. *Journal of Law, Economics, and Organization*, [s.l.], v. 28, n. 3, p. 460-485, 2010. Available at: <https://www.jstor.org/stable/41653646>. Accessed on: October 24, 2022.

CHEMIN, Matthieu. Do Judiciaries Matter for Development? Evidence from India. *Journal of Comparative Economics*, [s.l.], v. 37, n. 2, p. 230-250, 2009.

CLARK, David; MERRYMAN, John. Measuring the Duration of Judicial and Administrative Proceedings. *Michigan Law Review*, [s.l.], v. 75, n. 1, p. 89-99, 1976.

COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ). *European Judicial Systems (Data 2016)*. Efficiency and Quality of Justice. CEPEJ Studies n. 26. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2018. Available at: <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>. Accessed on: October 24, 2022.

COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ). *Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems*. 2016-2018 Cycle. 2017. Available at: <https://rm.coe.int/explanatory-note-to-the-scheme-for-evaluating-judicial-systems/1680767c02>. Accessed on: October 24, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Metas Nacionais 2021 Aprovadas no XIV Encontro Nacional do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Available at: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIV-ENPJ.pdf>. Accessed on: October 24, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Justiça em Números 2020: Ano-base 2019*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Available at: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAnmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accessed on: October 24, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Anual da Ouvidoria 2018*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

DAKOLIAS, Maria. Court Performance around the World: A Comparative Perspective. *Yale Human Rights and Development Journal*, [s.l.], v. 2, p. 87-142, 1999.

DIMITROVA-GRAJZL, Valentina; GRAJZL, Peter; SUSTERSIC, Janez; ZAJC, Katarina. Judicial Incentives and Performance at Lower Courts: Evidence from Slovenian Judge-Level Data. *International Review of Law and Economics*, [s.l.], v. 32, n. 1, p. 19-29, 2012.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). *ICJ BRASIL: Relatório Índice de Confiança na Justiça no Brasil*. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2017.

GOMES, Adalmir; GUIMARAES, Tomas; AKUTSU, Luiz. Court Caseload Management: The Role of Judges and Administrative Assistants. *RAC*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 5, art. 3, p. 648-665, 2017.

GRAJZL, Peter; SILWAL, Shikha. The Functioning of Courts in a Developing Economy: Evidence from Nepal. *European Journal of Law and Economics*, [s.l.], v. 49, p. 101-129, 2020. <https://doi.org/10.1007/s10657-017-9570-7>

GRAJZL, Peter; ZAJC, Katarina. Litigation and the Timing of Settlement: Evidence from Commercial Disputes. *European Journal of Law and Economics*, [s.l.], v. 44, p. 287-319, 2017.

HAZRA, Arnab K.; MICEVSKA, Maja B. The Problem of Court Congestion: Evidence from Indian Lower Courts. *ZEF – Discussion Papers on Development Policy*, 88. Center for Development Research, University of Bonn, 2004. Available at: <http://hdl.handle.net/10419/21844>. Accessed on: October 24, 2022.

JIANG, Qing-Yun. *Court Delay and Law Enforcement in China: Civil Process and Economic Perspective*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag, 2005.

KONDYLIS, Florence; STEIN, Mattea. The Speed of Justice. Policy Research. *Working Paper*, n. 8372. World Bank, 2018. Available at: <http://documents1.worldbank.org/curated/fr/455021521720861143/pdf/The-speed-of-justice.pdf>. Accessed on: October 24, 2022.

MURRELL, Peter. Demand and Supply in Romanian Commercial Courts: Generating Information for Institutional Reform. *Journal of Economic Literature*. Manuscript: IRIS Center; University of Maryland, 2001.

PROCOPIUCK, Mario. Information Technology and Time of Judgment in Specialized Courts: What is the Impact of Changing from Physical to Electronic Processing? *Government Information Quarterly*, [s.l.], v. 35, n. 3, p. 491-501, 2018.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

CASTELLIANO, Caio; GUIMARAES, Tomas Aquino. Court Disposition Time in Brazil and European Countries. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2302, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202302>

Caio Castelliano

PHD IN ADMINISTRATION FROM UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA,
BRASÍLIA, BRAZIL.

caio.castelliano@hotmail.com

Tomas Aquino Guimaraes

PHD IN SOCIOLOGY FROM UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, SÃO
PAULO, BRAZIL.

tomas.aquino.guimaraes@gmail.com

1 Universidad de Concepción,
Concepción, VIII Región, Chile
<https://orcid.org/0000-0002-4783-4104>

2 Universidad de Concepción,
Concepción, VIII Región, Chile
<https://orcid.org/0000-0002-8123-0742>

3 Universidad de Concepción,
Concepción, VIII Región, Chile
<https://orcid.org/0000-0002-4633-7878>

4 Universidad de Concepción,
Concepción, VIII Región, Chile
<https://orcid.org/0000-0002-5965-0556>



El parricidio entre convivientes LGBTI en Chile

PARRICIDE AMONG LGBTI COHABITANTS IN CHILE

PARRICÍDIO ENTRE CONVIVENTES LGBTI NO CHILE

Rodrigo A. González-Fuente Rubilar¹, Valentina Parodi Soto²,
María Victoria Ulloa Becerra³ y Pablo Fuentealba-Carrasco⁴

Resumen

Este trabajo desarrolla una línea argumentativa para subsumir en el tipo penal de parricidio (artículo 390 Código Penal chileno) aquellas conductas homicidas cometidas dentro de una relación de convivencia LGBTI. Para ello, se expone un marco teórico y normativo que advierte la falta de neutralidad del discurso jurídico y postula la necesidad de juzgar con perspectiva de género, en consonancia con el principio de igualdad y no discriminación. Se presentan los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que suscita la indeterminación de la voz “convivencia”, concluyendo que restringir el tipo penal de parricidio a relaciones heterosexuales genera una discriminación arbitraria, repercutiendo en el derecho de acceso a la justicia. Así, un correcto uso de las reglas generales de interpretación, con enfoque de género, permite descartar un caso de analogía y tomar consciencia de que tal interpretación debe adaptarse al bien jurídico que busca proteger, al contexto social del momento en el cual se aplica la ley y a los derechos fundamentales de las personas LGBTI.

Palabras claves

Parricidio; acceso a la justicia; perspectiva de género; LGBTI; convivencia.

Abstract

This work develops an argumentative line to subsume in the criminal type of parricide (390 Penal Code) those homicidal behaviors committed within a LGBTI coexistence relationship. For this, a theoretical and normative framework is exposed that warns that the lack of neutrality of the legal discourse and postulates the need to judge from a gender perspective, in line with the principle of equality and non-discrimination. We show the main doctrinal and jurisprudential arguments that raises the indeterminacy of the word “cohabitation”, allowing to conclude that, restricting the criminal type of parricide to heterosexual relationships generates arbitrary discrimination, having repercussions in the right of access to justice. Thus, a correct use of the general rules of interpretation, with a gender perspective, allows to discard a case of analogy and become aware that this interpretation must take into account the legally protected good and the social context of the moment in which the law is applied and the fundamental rights of LGBTI people.

Keywords

Parricide; access to justice; gender perspective; LGBTI; cohabitation.

Resumo

Este artigo é o produto de um projeto de pesquisa cujo objetivo é desenvolver uma linha de argumentação que torne possível a subsunção de conduta homicida cometida em uma relação de convivência LGBTI sob o delito penal de parricídio (art. 390 do Código Penal chileno). Para tanto, é apresentado um marco teórico e normativo que alerta para a falta de neutralidade do discurso jurídico e postula a necessidade de julgar sob uma perspectiva de gênero, em consonância com o princípio de

igualdade e não discriminação. A apresentação dos principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais levantados pela indeterminação do termo “convivência”, com base nos resultados de uma análise dos julgamentos, leva à conclusão de que a restrição do delito penal de parricídio perante as relações heterossexuais gera discriminação arbitrária, com repercussões no direito de acesso à justiça. Assim, uma correta utilização das regras gerais de interpretação, sob uma perspectiva de gênero, permite descartar um caso de analogia e estar consciente de que tal interpretação deve ser adaptada ao bem jurídico que procura proteger, ao contexto social do momento em que a lei é aplicada e aos direitos fundamentais das pessoas pertencentes à comunidade LGBTI.

Palavras-chave

Parricídio; acesso à justiça; perspectiva de gênero; LGBTI; convivência.

INTRODUCCIÓN¹

La violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersex, queer o de género fluido (LGBTI)² es un fenómeno preocupante e históricamente omitido. Si bien el derecho penal puede generar un impacto simbólico al visibilizar dichas violencias, cuando se busca una tutela judicial efectiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) (en adelante CIDH) ha reconocido que las personas LGBTI enfrentan barreras específicas para acceder al sistema de justicia.

Con todo, la violencia en las relaciones sexoafectivas entre personas LGBTI está bastante oculta, a pesar de ser un fenómeno prevaleciente en dicha población (ORTEGA, 2015,

...

- 1 Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación Aplicada FONDEF ID 17I10111 “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, adjudicado en su Primera Etapa (2018-2020) a la Universidad de Concepción (Chile) y dirigido por la académica Dra. Ximena Gauché Marchetti. Colaboraron en la elaboración de este documento la directora del proyecto, Dra. Ximena Gauché Marchetti, y la investigadora Dra. Cecilia Bustos.
- 2 Conforme la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la sigla LGBTI se utiliza para describir los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Sobre esta sigla en particular, la Corte ha recordado que la terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, Queers, Trasvestis, Transexuales, entre otras. Luego indica que no se pronunciará sobre cuáles siglas, términos y definiciones representan de la forma más justa y precisa a las poblaciones analizadas y utilizará esta sigla de forma indistinta, según la práctica, sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual (párrafo 30, letra v).

p. 69-90) y que cuenta con características propias, como mayor silencio producto de la estigmatización (ROLLÈ *et al.*, 2018). Reconocerse como víctima en un ambiente de invisibilidad torna aún más difícil la búsqueda de justicia (VILLALÓN, 2015, p. 66-67). A esto se suma una respuesta heterosexista del sistema judicial en general, como, por ejemplo, la victimización secundaria, junto con el histórico temor y desconfianza de personas LGBTI a sufrir discriminación, especialmente de la policía (ORTEGA, 2015, p. 64-67).

Cuando estas agresiones tienen consecuencias fatales, estamos ante uno de los delitos más violentos que puede cometerse contra alguien con quien se comparte un vínculo de afecto y confianza. En Chile esta conducta se sanciona en el artículo 390 del Código Penal, bajo el delito de parricidio que, tras una reciente modificación,³ sanciona como parricida a quien, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre o madre o hijo, a cualquiera de sus otros ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente.⁴ Sin embargo, ante la ausencia de una definición de convivencia en esta norma, surge un disenso en la doctrina chilena sobre si excluir o incluir en este tipo penal las conductas homicidas ocurridas en el contexto de convivencia de personas LGBTI.

Si bien existe una evolución legislativa tendiente a extender la protección penal a la convivencia, ello no resuelve la indeterminación del concepto, pues no entrega una definición de convivencia, lo que mantiene las posturas dogmáticas y jurisprudenciales disímiles al respecto. Un punto de inflexión en esta discusión es el reconocimiento del estado civil de conviviente civil, con la publicación en el año 2015 de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil. Este permite a cualquier persona iniciar una convivencia civil, compartiendo un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Esto debiera permear la interpretación judicial en la resolución de estos casos, como se verá más adelante.

La exclusión de convivientes de la diversidad sexual para la aplicación del artículo 390 del Código Penal supone la presencia de estereotipos de género que restringen la concepción de convivencia. Por consiguiente, esto implica una discriminación arbitraria hacia personas

...

3 Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.212, de 4 de marzo de 2020, que establece modificaciones en el ámbito del femicidio, los delitos de parricidio y femicidio tenían una diferenciación meramente declarativa. Para el femicidio no se exigía un móvil especial en el sujeto activo que lo distinguiera del parricidio, pues la simple calidad del sujeto pasivo (mujer) y su vínculo especial con el sujeto activo (hombre) marcaban la diferencia nominal. Ello fue modificado por la citada ley, incorporándose dos nuevos artículos. Por un lado, el homicidio de hombre hacia una mujer con quien es o ha tenido una relación de matrimonio o de convivencia, o si tienen un hijo en común (art. 390 bis CPC). Por otro lado, el homicidio por parte de un hombre hacia una mujer en razón del género (art. 390 ter CPC).

4 Código Penal Chileno. Artículo 390. Publicada en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1874.

LGBTI, con la consecuente afectación a la garantía constitucional de igualdad ante la ley y al derecho de acceso a la justicia.

Con estos antecedentes, nuestro objetivo es proporcionar argumentos interpretativos desde la perspectiva de género y la dogmática penal para mostrar que la figura del parricidio debiese incluir a convivientes LGBTI. Lo anterior, por medio de la especificación del contenido del concepto “conviviente” y los casos que debiesen incorporarse. Con ello, se descarta que nuestro ejercicio consista en una interpretación analógica o analogía *in malam partem* que pueda afectar la legalidad de la aplicación del parricidio a convivientes LGBTI.

Con este fin, se utilizará la siguiente estructura argumentativa. En primer lugar, se expondrá cómo la generización del derecho obstaculiza el acceso a la justicia, y en qué medida la perspectiva de género lo resuelve al operativizar el principio de igualdad y no discriminación. Luego, se abordará el análisis dogmático del delito de parricidio, con especial énfasis en el debate sobre su vigencia como injusto penal, su bien jurídico protegido y la discusión sobre la indeterminación de la voz “convivencia” del artículo 390 del Código Penal, ilustrando esta disyuntiva mediante jurisprudencia. Finalmente, se especificará el contenido del concepto de convivencia a través de un ejercicio interpretativo con enfoque de género que permite incluir a parejas LGBTI en el delito de parricidio.

1. LA GENERIZACIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO COMO OBSTÁCULO EN EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA COMUNIDAD LGBTI

El discurso jurídico impacta diferenciadamente en personas pertenecientes a grupos vulnerables, como la comunidad LGBTI, lo que queda de manifiesto en la vigencia de normas discriminatorias⁵ o en la ausencia histórica de un marco regulatorio que reconozca y proteja diversas formas de familia.

Para combatir esta desigualdad estructural, el derecho internacional de los derechos humanos busca fortalecer el acceso a la justicia como forma de operativizar el ejercicio de los derechos humanos en general. La comprensión actual de este derecho engloba tanto el acceso de *iure* (de derecho) y *de facto* (de hecho) a instancias y recursos judiciales de protección frente

...

5 A modo de ejemplo, en Chile existen 2 tipos de divorcio. Uno es el divorcio por culpa o sanción, que busca castigar la violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, que torne intolerable la vida en común. Como causales contempladas en el artículo 54 de la Ley N° 19.447 sobre matrimonio civil, se consagraba la conducta homosexual como uno de los motivos que habilitaba para solicitar el divorcio sanción. En agosto del año 2021 se promulgó la Ley N° 21.367 que suprime esta causal y, el 27 de abril del mismo año, el Tribunal Constitucional chileno había declarado inconstitucional dicho precepto (Sentencia Rol N° 8.851-20-INA).

a actos de violencia (CIDH, 2007), evolucionando hacia una óptica material que incluye el acceso mismo al derecho (CANÇADO, 2012, p. 11-12). En este sentido, el acceso a la justicia se vincula con el principio de igualdad y no discriminación, pilar de todo Estado democrático (MAQUILÓN *et al.*, 2011, p. 16-17).

El derecho al acceso a la justicia tiene plena aplicación en la normativa chilena a través de la garantía constitucional de igualdad y no discriminación (artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de Chile), la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, junto con las dimensiones del debido proceso (artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de Chile). Por su parte, a nivel interamericano, el acceso a la justicia se reconoce en los artículos 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y su aplicación en Chile es directa, por la norma de reenvío contenida en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política.

Para que el derecho al acceso a la justicia en todas sus dimensiones se ejerza en condiciones de igualdad, es necesario asumir que el derecho en sí mismo puede configurar un obstáculo de tipo normativo (GAUCHÉ *et al.*, 2020, p. 18). La teoría *iusfeminista* plantea que el derecho está cimentado en una construcción androcéntrica de hegemonía masculina, blanca y heterosexual (FACIO, 2000), no siendo el derecho neutral ni objetivo, pudiendo afirmarse incluso, como señala Carol Smart (2000, p. 34-39), que el derecho tiene género. De esta manera, el discurso jurídico institucionaliza lo considerado legítimo en la sociedad, concluyendo, en palabras de Judith Butler (2007, p. 47), que “los sistemas jurídicos de poder producen a los sujetos a los que más tarde representan”.

Las personas LGBTI enfrentan además la tensión existente entre un cuerpo que escapa a la norma y la forma de concebir la subjetividad jurídica. Esto merma su facultad de adoptar decisiones autónomamente, y mantiene sus derechos habitualmente sometidos a una serie de restricciones legales, judiciales o simplemente de hecho (ZÚÑIGA, 2018, p. 218). Así, es posible cuestionar en qué medida una interpretación del delito de parricidio restringida solo a la convivencia heterosexual es un reflejo de una visión heterosexual del derecho.

Estas críticas son especialmente relevantes en el derecho penal que, siendo un mecanismo de control social (SEPÚLVEDA, 2020, p. 116-124), sanciona aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro intereses que la sociedad ha elevado a un rango esencial (LONDÑO, 2016, p. 87-119). Larrauri (2008) afirma que el derecho penal construye el género femenino al crear categorías binarias de sujetos merecedores de protección (*e.g.* visión de mujer) y, a su vez, legitima cualidades como únicas dentro de la sexualidad. La vigencia del delito de sodomía del menor adulto en el artículo 365 del Código Penal chileno es un claro ejemplo.⁶

...

⁶ Actualmente se encuentra un proyecto de ley en tramitación que busca la derogación del artículo 365 del Código Penal.

El efecto performativo del derecho penal también se materializa en la actividad de los operadores jurídicos, quienes incorporan elementos de índole político cultural al aplicar e interpretar normas aparentemente neutras (FACIO, 2009, pp. 192-199). La facilidad con que estas representaciones sociales son incorporadas al discurso jurídico se explica porque la imagen que tenemos de la realidad externa y objetiva es, en gran parte, construida socialmente por la subjetividad humana que asigna significados (BERGER y LUCKMANN, 1991). La capacidad creativa del psiquismo humano y las fronteras que imponen las dinámicas sociales (GUARESCHI y JOVCHELOVITCH, 1995) impactan en el género como categoría socialmente construida (BUTLER, 2007, p. 47) que, luego, se difunde mediante la socialización, determinando las características sociales asignadas para cada sexo (BLANCO *et al.*, 2013).

Es así como se generan los estereotipos y roles de género. Los primeros son entendidos como una “visión generalizada o una preconcepción sobre características y atributos de los miembros de un grupo en específico, asumiendo que comparten las mismas características” (COOK y CUSACK, 2009, p. 11). Los roles de género se conceptualizan como el comportamiento socialmente esperado (construido y naturalizado) para los miembros de un grupo de acuerdo a su sexo o género (GAUCHÉ *et al.*, 2020, p. 134).

Hay construcciones sociales fundantes en el discurso jurídico que han influido en el tradicional ideario de familia, como la heteronormatividad, que constituye un sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales como la única forma de relacionarse, por sobre las homosexuales (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, párr. 32, letra u); o el caso del binarismo (solo existen dos sexos, hombre y mujer), y la cisnormatividad, como creencia de que a un determinado sexo biológico debe corresponderle una identidad psíquica concordante con dicho sexo (GAUCHÉ *et al.*, 2020, p. 119).

Estas concepciones construidas cambian dependiendo del contexto histórico, social o espacial. Así lo demuestran los distintos tipos de familia, como las poligámicas (generalmente un varón con mujeres), nuclear biparental (constitución clásica, parejas informales, formales, con hijos/as), extendidas (incorporación de otros miembros consanguíneos), compuestas (entre miembros sin parentesco), las monoparentales (una figura paterna o materna con sus hijos/as), las reensambladas (dos cónyuges separados, y con descendencia, establecen compromiso) con padrastros, madrastras e hijastros, parejas intermitentes, y nuevas formas de ejercicios familiares como lo son las homo/lesboparentales, configuradas como dos varones/mujeres sin hijos o con descendencia, sea propia o adoptiva.

El categorizar con base en significados socialmente construidos es un acto inherente al ser humano, y por tanto incluye a los operadores jurídicos. Sin embargo, esto es perjudicial cuando, como resultado de aquello, se ignoran las cualidades y necesidades de quienes se encuentran “fuera” del estereotipo esperado, generando con ello una restricción de libertades o derechos (COOK y CUSACK, 2009, p. 23). Así, el elemento clave para identificar un estereotipo como obstáculo al acceso a la justicia es que, en tanto se presume que el grupo específico posee

tales atributos o características, se le atribuye a una persona una característica por el solo hecho de pertenecer a este (ARENA, 2016, p. 56).

Estas barreras pueden incidir en la interpretación de una norma o situación, afectando los derechos en litigio, especialmente de quienes trascienden las categorías que el derecho busca institucionalizar, como lo son las personas LGBTI (GAUCHÉ *et al.*, 2020, p. 18). Así, la presencia de representaciones sociales hegemónicas en la interpretación o aplicación de las normas jurídicas puede generar un problema de aplicación desigual de la ley. Por otra parte, al comprender el acceso a la justicia como un derecho que operativiza la igualdad, según Heim (2016, p. 39), la generización del derecho favorece que grupos subordinados se posicionen de manera desigual en la tutela efectiva de sus derechos.

La exclusión de la comunidad LGBTI en la aplicación del tipo penal de parricidio, sin una justificación razonable, se debe a estereotipos presentes en la concepción de familia que inciden en la decisión legislativa y judicial sobre qué clase de vínculos nuestro sistema jurídico desea proteger a través de estatutos como el derecho penal.

Recordemos que el delito de parricidio busca sancionar a quienes, dentro de un contexto familiar, con base en la confianza y afecto (y no atendiendo una relación meramente nominal de relación de parentesco según veremos más adelante), dan muerte a aquella persona con la que compartían esa relación material (MATUS y RAMÍREZ, 2021a, p. 70-71). Entonces, restringir la voz “conviviente” del artículo 390 del Código Penal a relaciones heterosexuales es parte de un discurso jurídico que integra preconcepciones provenientes de una representación social de género heteronormativa y de un tipo único de convivencia y familia.

Excluir la convivencia LGBTI en este delito supone una discriminación arbitraria que puede evitarse aplicando el enfoque de género en la interpretación judicial. La perspectiva de género visibiliza y explica la desigualdad social que sufren mujeres y personas LGBTI, permitiendo identificar estereotipos de género y proponer un esquema posible para abordar soluciones desde diferentes niveles normativos (GAUCHÉ *et al.*, 2020, p. 19).

Aunque se ha advertido un escepticismo en el derecho penal como respuesta por sí sola para solucionar fenómenos violentos (NÚÑEZ, 2019, p. 55-81), ello no implica que no es necesario erradicar los estereotipos de género presentes en las normas penales y sus interpretaciones por constituir obstáculos normativos o socioculturales para el acceso a la justicia.

De este modo, es clave prescindir de un concepto cerrado e inmutable de familia para no repetir interpretaciones discriminatorias como en el caso “Atala Riffo y niñas *vs.* Chile”. En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Chile por vulnerar, entre otros derechos, el derecho a la igualdad, por la utilización de argumentos estereotipados y/o discriminatorios en relación a la orientación sexual (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, párr. 314) y, además, por considerar que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos protegen a la familia en sentido amplio, incluyendo la convivencia entre parejas LGBTI (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, párr. 142 y 146).

Incorporar el enfoque de género para identificar y corregir la falta de neutralidad del propio intérprete y la heteronormatividad imperante va en línea con el respeto de la imparcialidad judicial,⁷ puesto que el juez o jueza debe considerar sus propios prejuicios instaurados (ESSER, 1970, p. 71) con la finalidad última de poder abstraerse de ellos al momento de juzgar. Así, excluir del delito de parricidio a parejas homosexuales transgrediría la imparcialidad judicial y el respeto del principio de igualdad y no discriminación por restringir la voz “conviviente” del artículo 390 del Código Penal a parejas heterosexuales basado en preconcepciones y estereotipos de género que solo reconocen un concepto cerrado de familia.

2. CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES DE LA VIGENCIA Y APLICACIÓN DEL DELITO DE PARRICIDIO

El delito de parricidio es una forma especial de homicidio tipificada en el artículo 390 del Código Penal, que señala: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

Es, desde luego, un delito contra la vida, que se caracteriza por los vínculos entre autor y víctima. Los sujetos activos de dicho delito están dados por tres grupos de relaciones; el parentesco por ascendencia o descendencia, el matrimonio (actual o pasado) y la convivencia (actual o pasada) (MATUS y RAMÍREZ, 2021a, p. 70-71).

En los últimos años se han producido importantes cambios legislativos sobre el delito de parricidio en Chile. La Ley N° 20.066 incluyó al conviviente como sujeto pasivo del delito de parricidio y, posteriormente, la Ley N° 20.480 incorporó a quien fue cónyuge o conviviente del hechor.

Sin embargo, desde la dogmática comparada, existe una postura que plantea su eliminación o mínimamente su restricción, por la dificultad de justificar jurídicamente una protección especial de los vínculos consanguíneos o los derivados del matrimonio, proponiéndose aplicar únicamente las reglas generales del homicidio en esos casos (GONZÁLEZ, 2015, p. 195).

A diferencia de lo anterior, en Chile no solo se ha mantenido dicho tipo penal, sino que, además, se ha incrementado su ámbito de aplicación como respuesta política criminal ante casos de violencia de género, siendo un buen ejemplo de ello la ampliación de las convivencias

...

⁷ Esta garantía constitucional ha sido criticada por estar basada en una igualdad formal (y no material). Véase Clérico (2018, p. 81-86).

y relaciones matrimoniales pasadas a través de la Ley N° 20.480, sustentado en el mayor desvalor que le asigna el legislador chileno a la conducta homicida en estos casos,⁸ lo que permite justificar la permanencia del delito de parricidio.

La pervivencia de este tipo penal también responde a que se ha desechado que el parricidio solo proteja los vínculos jurídicos y familiares, como tradicionalmente se había entendido, en vez de eso lo que realmente protege son las relaciones generadoras de confianza y afecto entre las personas (BACIGALUPO, 1994, p. 51). Así, el bien jurídico protegido en este delito es la vida en el marco de los vínculos generados por el parentesco, matrimonio o convivencia, constituyéndose el parricidio en la forma más grave de violencia intrafamiliar, según la definición de la legislación chilena en esta materia (MATUS y RAMÍREZ, 2021a, p. 70-71).⁹

Esto es lo que permite comprender la inclusión de los excónyuges y exconvivientes, pues el vínculo de confianza se mantendría con posterioridad al término de una relación, y es precisamente el aprovechamiento o abuso de la confianza en dicho vínculo lo que configura la antijuridicidad material del delito de parricidio (MATUS y RAMÍREZ, 2021a, p. 70-71). A la vez, el mismo criterio puede restringir la aplicación del parricidio y rechazar su uso cuando no se consiga acreditar en juicio que la acción homicida estuvo motivada por el vínculo de confianza derivado de la relación de convivencia o matrimonio pasada.

Respecto a la convivencia en el delito de parricidio, la indefinición de la voz “convivencia” en el tipo penal ha generado que su contenido quede entregado al desarrollo dogmático y jurisprudencial, generándose dos posturas al respecto en la dogmática chilena. La primera ha asimilado la convivencia al matrimonio, exigiendo requisitos basados en el vínculo marital y, por tanto, limitando el concepto solo a parejas heterosexuales (BARRIENTOS, 2006, p. 191-260; HERNÁNDEZ, 2011, p. 47-52).

En oposición, se ha señalado que la convivencia no puede ser considerada como una forma análoga de matrimonio, porque hoy la expresión conviviente en materia civil se ha ampliado expresamente a relaciones homosexuales, siendo extensible al campo del derecho penal por ser la convivencia un elemento típico de la norma (RAMÍREZ, 2021, p. 235-242; RODRÍGUEZ, 2014, p. 410). Abona ello que, en Chile, tras la publicación de la Ley N° 21.400, el matrimonio puede celebrarse entre personas del mismo sexo, lo cual desacredita también la primera postura.

...

⁸ Considerándolo un delito pluriofensivo, véase González (2015, p. 218).

⁹ El artículo 5° de la Ley N° 20.066 la define de la siguiente manera: “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar **todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica** de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente” (la negrita es nuestra).

En el análisis dogmático sobre la convivencia debe considerarse también que si el parricidio sanciona el abuso o aprovechamiento de vínculos de confianza y afecto, desde luego las convivencias LGBTI quedarían comprendidas dentro de esa clase de relaciones.

En el ámbito jurisprudencial la inclusión de la convivencia LGBTI tampoco está resuelta, ante la ausencia de una definición legal. Por ello, cobra vital relevancia que la interpretación judicial sea realizada con un enfoque de género para evitar incurrir en estereotipos de género o expectativas de roles en esta labor. Para desarrollar aquello, hemos seleccionado dos sentencias¹⁰ que son ilustrativas del debate que ha surgido en torno al tema y de los argumentos esgrimidos, para luego mostrar por qué a nuestro juicio se vulnera la igualdad ante la ley y el acceso a la justicia.

La Corte de Apelaciones de Chillán, acogiendo un recurso de nulidad en contra de una sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán por parricidio entre convivientes del mismo sexo (hombres), estima que la resolución impugnada había incurrido en una errónea aplicación del derecho al hacer extensivo el término “conviviente” a las relaciones de pareja homosexual, por no encuadrarse tales relaciones dentro del concepto de familia. Así, la sentencia señala que:

[...] la voz “**conviviente**” utilizada en el artículo 390 del Código Penal deriva de una convivencia entre un hombre y una mujer, estimando la citada familia como núcleo, sustento y proyección en el tiempo de la sociedad misma, por lo que en el caso de marras entre el sentenciado y la víctima no existía una relación de convivencia en los términos requeridos por la norma que fue erróneamente aplicada. (CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN, Rol N° 189-2017 17 de julio de 2017, considerando 4°, la negrita es nuestra)

La sentencia reconoce que la discusión se centrará en el alcance del término “conviviente” que emplea el artículo 390 del Código Penal, y realiza un ejercicio interpretativo conforme a las reglas que el Código Civil chileno establece en la materia. Concluyen los sentenciadores que el legislador quiso incorporar como sujetos del delito de parricidio a los convivientes, partiendo de la base que esa relación, que a su vez debe reunir determinados

...

10 Estas sentencias provienen de un análisis de 424 sentencias en materia de delito de parricidio y femicidio, que fueron proporcionadas por el Centro de Documentación de la Corte Suprema de Chile (CENDOC), abarcando el periodo entre los años 2015 a 2017. En 6 de ellas se presentaron hallazgos expresos de estereotipos o roles de género (5 de TOP y 1 de Corte de Apelaciones) y solo 2, que serán descritas a continuación, están relacionadas con personas del mismo sexo. Se debe dejar constancia que el periodo de sentencias recopilado es anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.212, de 4 de marzo de 2020, y que modificó el Código Penal en cuanto a la figura de femicidio.

requisitos para existir, debía necesariamente verificarse entre personas de distinto sexo.¹¹ Sostener lo contrario, implicaría realizar una analogía *in malam partem*.¹²

Cabe destacar que la sentencia anulada del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán había condenado por parricidio por estimar que el artículo 390 del Código Penal no excluye la convivencia homosexual y, al no realizar el legislador una distinción, esto no le es permitido al intérprete.¹³

En una acción similar, la Corte de Apelaciones de Valparaíso anuló una sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. Este último había establecido, en un esfuerzo hermenéutico, la comisión del delito de parricidio realizado por una mujer en contra de su pareja del mismo sexo, argumentando que la convivencia no supone necesariamente una relación heterosexual y haciendo alusión al principio de igualdad ante la ley.¹⁴ La Corte, por su parte, anuló la sentencia argumentando que a la fecha de ocurrencia del delito (21 de noviembre de 2014), el legislador no había incorporado, dentro del parricidio, el homicidio de una mujer contra otra mujer en relación de convivencia. Razona la Corte, a partir del espíritu de la Ley N° 20.066, que el legislador hizo extensible el parricidio a los convivientes, partiendo de la base de una relación heterosexual, haciendo suyo, además, el argumento de la recurrente, en el sentido de que los hechos son previos a la publicación de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC).¹⁵ Así, a partir de un análisis sistemático, pareciera agregar que si los hechos fueran posteriores a la promulgación de la Ley N° 20.830 (AUC), una interpretación distinta sería admisible.

A partir de las sentencias revisadas, se puede advertir una discrepancia entre los tribunales inferiores y superiores. Mientras los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal tienden a reconocer la posibilidad de incluir en el parricidio convivientes del mismo sexo, los tribunales superiores lo han rechazado, restringiéndolo a parejas heterosexuales.

De esta manera, la aplicación del delito de parricidio a convivencias de personas LGBTI está sujeta a la interpretación judicial (GUASTINI, 2015, p. 11-48). La falta de definición legal de la voz conviviente exige necesariamente recurrir a las reglas de interpretación y su resultado se relaciona estrechamente con la visión que se tenga del derecho y la actividad judicial, siendo relevante identificar aquella que permite evitar la mera aplicación de normas con el convencimiento de la neutralidad del derecho (FACIO, 2017, p. 302).

...

11 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 189-2017, 17 de julio de 2017, considerando 11°.

12 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 189-2017, 17 de julio de 2017, considerando 1° de la sentencia de reemplazo.

13 Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, Rit N° 81-2017, 30 de mayo de 2017, considerando 10° y 11°.

14 Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, Rit N° 47-2016, 16 de mayo de 2016, considerando 9°.

15 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 929-2016, 28 de junio de 2016, considerando 11°.

Las sentencias expuestas y otros estudios similares (GONZÁLEZ, 2015, p. 200) permiten argumentar que la línea jurisprudencial que restringe la convivencia solamente a parejas heterosexuales está sesgada por asumir un concepto tradicional y heteronormativo de familia, evidenciando la influencia de estereotipos y roles de género en la etapa de juzgamiento. En la sección posterior exponemos un argumento para considerar la convivencia desde un sentido integrador y vigente del concepto.

3. CONSTRUCCIÓN HERMENÉUTICA DE LA EXPRESIÓN “CONVIVIENTE” DEL DELITO DE PARRICIDIO CON ENFOQUE DE GÉNERO

Para determinar el sentido de la expresión “conviviente” habrá que indagar, en primer lugar, en el sentido literal posible, recurriendo al uso general de las palabras, de expresiones técnicas de una ciencia o arte, a las definiciones legales o al contexto de origen de la disposición según lo establecido en la misma ley, debiéndose respetar la calidad lingüística de las expresiones.

Sin embargo, el lenguaje literal es especialmente problemático en lo jurídico y en la dogmática penal. Aquí, el uso irreflexivo de la interpretación literal resulta complejo, puesto que, atendiendo al principio de legalidad, se excluyen ciertas interpretaciones por no respetar la prohibición de analogía (RAMÍREZ, 2017, p. 34-38).

En el caso que nos ocupa, esta regla debe descartarse, ya que la expresión “conviviente” es un elemento normativo cultural, esto es, aquello cuya comprensión exige una valoración con una norma social, por lo que no es factible recurrir a tal noción de elemento gramatical, al no existir definición legal que aclare el término. En definitiva, la expresión “conviviente” sería, gramaticalmente hablando, un término oscuro o dudoso, que impide establecer de manera inequívoca si incluye o no a las parejas LGBTI, y, frente a tal ambigüedad, su sentido debe determinarse desde criterios de especificidad.

Por su parte, al especificar el sentido literal posible, vale decir, determinar la finalidad o *telos* del precepto normativo, cuando el sentido literal sea confuso o ambiguo (DEL ROSAL, 1976, p. 319), se podrá recurrir a la política criminal expresada en la legislación, identificada con el espíritu de la ley. Para determinar el *telos* de la ley hay un recurso objetivo y otro subjetivo (ROXIN, 2006, p. 299). El espíritu de la legislación en sí misma como recurso objetivo refiere al elemento sistemático o lógico según el cual se puede determinar el sentido de una expresión oscura o dudosa por medio de otras leyes que versan sobre el mismo asunto, pues la legislación debe entenderse como un todo armónico. Así, pueden encontrarse dos argumentos que permiten dilucidar si el término “conviviente” incluye a personas LGBTI.

En primer lugar, la Ley de Violencia Intrafamiliar (Ley N° 19.325, modificada por la Ley N° 20.066) que incorporó por primera vez en materia penal a los convivientes, haciendo eco de una realidad social en la que existen diversas formas de familias, regulando dos tipos: aquella constituida legalmente a través del matrimonio y aquella que es fruto de la relación

de pareja basada en la cohabitación. Más tarde, ello fue reafirmado por la Ley N° 19.617, que modificó una serie de delitos de carácter sexual agregando la convivencia a ellos, y la Ley N° 20.480, encargada de incluir a los excónyuges y exconvivientes como sujetos activos de parricidio. A pesar de estas modificaciones, que tienden a reconocer la convivencia, ninguna de estas reformas desarrolló un concepto de ella. Con certeza, únicamente podía afirmarse que las uniones sentimentales de cohabitación dan lugar a familias distintas de aquellas legalmente constituidas, y que dichas personas se denominan convivientes.

Posteriormente, se produce un reconocimiento formal de la convivencia con la publicación de la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil. En este sentido, cabe señalar que, con la modificación, la relación entre conviviente y conviviente civil sería de género a especie; todo conviviente civil es un conviviente, pero no todo conviviente es necesariamente un conviviente civil. Por ende, el término conviviente del artículo 390 del Código Penal debe ser entendido en términos más amplios que el de conviviente civil (GONZÁLEZ, 2015, p. 213) —elemento normativo jurídico—, aun cuando no cuenten con un AUC. En esta línea se manifiesta la ya citada sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol N° 929-2016), que rechazó condenar por parricidio en un caso de homicidio entre convivientes lesbianas por haber ocurrido la conducta un año antes de la entrada en vigencia de la Ley de Acuerdo de Unión Civil (2015). Este criterio muestra más claramente que el término “conviviente” en el artículo 390 del Código Penal no es exclusivo de la convivencia heterosexual.

En definitiva, el ejercicio hermenéutico debe considerar los cambios legislativos destinados a reconocer y proteger distintas formas de convivencia y composición de grupo familiar, proceso que culmina con la promulgación en el año 2021 de la Ley N° 21.400 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual también contribuye a despejar las dudas que desde la dogmática se habían planteado por quienes asimilaban la convivencia al matrimonio concluyendo —ahora de manera errada— que solo podía ser heterosexual.

Por otro lado, **el espíritu de la legislación como recurso subjetivo** refiere a la historia fidedigna de la ley. Aquí, puede constatarse que la discusión parlamentaria emanada de la tramitación de la Ley N° 20.480 no aclara el concepto de conviviente. Si bien la mayoría se manifestó por admitir solo la convivencia heterosexual, dentro de las mismas actas del congreso había opiniones divergentes, tanto de parlamentarios como de expertos, quienes se manifestaron en el sentido de excluir del femicidio las relaciones de convivencia lésbicas, por estar dicha situación ya castigada en el artículo 390 del Código Penal vigente a la fecha (BCN, 2008, p. 88). En todo caso, sí puede extraerse con claridad que el término conviviente debe ser interpretado por el juez o jueza.¹⁶

...

16 Tribunal Constitucional, Rol N° 1.432/09, 5 de agosto de 2010, considerando 35°.

Con todo, se ha planteado que el elemento histórico debe atender al sentido de la norma al momento de su aplicación, considerando así el elemento evolutivo-histórico (FIGUEROA, 2010, p. 117) o el elemento “político social” (VELÁSQUEZ, 2009, p. 342). Para Guastini (1999, p. 51), la interpretación evolutiva no refiere a la voluntad del legislador, sino que esta norma debe interpretarse en función de la evolución y cambio social (GUASTINI, 2015, p. 28), buscándose su sentido jurídico no solo con base en nociones abstractas, sino también en las situaciones concretas de la vida (KAUFMANN, 1976, p. 84).

De este modo, la ambigüedad del término “conviviente” en el delito de parricidio, mantenida por su sentido literal, y no del todo eliminada desde una especificidad más objetiva, puede dilucidarse gracias a una especificidad subjetiva, en virtud de la cual las personas LGBTI pueden ser sujetos activos y víctimas de parricidio en el contexto de convivencia. Conforme a esto último, puede concluirse que, actualmente, convivientes son todas aquellas personas unidas por un vínculo de afecto y confianza que no solo comparten un techo común, sino que también se muestran socialmente como una pareja con un plan común de vida.¹⁷

Finalmente, la **existencia de un bien jurídico protegido** implica interpretar la norma desde los mismos principios del derecho penal. Desde el principio de lesividad y protección del bien jurídico protegido, pueden establecerse márgenes de aplicación de un tipo penal e, incluso, la determinación de la pena aplicable en cada caso (MATUS y RAMÍREZ, 2021b, p. 188-191) en que dilucidar cuál es el bien jurídico protegido en un delito equivale a determinar la finalidad de protección constitucionalmente reconocida en la norma que se quiere interpretar (MATUS y RAMÍREZ, 2021b, p. 189).

Para el caso que nos ocupa, el bien jurídico protegido es la vida desarrollada en vínculos personales creados en relaciones de afecto y confianza, entendiendo entonces que dar muerte a otra persona en este contexto es la manera más grave de transgredir ese vínculo (MATUS y RAMÍREZ, 2021a, p. 70-71). Sin embargo, como advertimos anteriormente, un límite de la aplicación de este principio es que, para proteger un determinado bien jurídico, no está permitida la extensión de un delito a situaciones no expresamente reguladas por él mismo, prohibiéndose así la analogía *in malam partem*. Sin embargo, en cuanto a la convivencia, al no ser claro su tenor literal, proponemos un ejercicio hermenéutico que lleve a reconocer la inclusión de la convivencia homosexual, en tanto estamos determinando su sentido, no ampliándolo. Es decir, solo determinamos el alcance del concepto y los casos que debiera incluir, sin emplear una analogía *in malam partem*, con lo cual excluimos las críticas que pudieran provenir desde dicho flanco. En resumen, este análisis permite concluir y considerar la expresión “conviviente” del artículo 390 del Código Penal como un concepto que incluye relaciones tanto de parejas heterosexuales como LGBTI.

...

17 Corte Suprema, Rol N° 26180-18, 12 de diciembre de 2018, considerando 18°.

Con la aclaración anterior, y frente a las sentencias estudiadas previamente, cabe cuestionarse por qué el Estado, en el delito de parricidio, haría una diferenciación basada en la orientación sexual, la identidad de género o cualquier otra categoría, cuando, precisamente, el espíritu de las últimas modificaciones legales ha sido extender los tipos penales para sancionar conductas transgresoras entre los distintos y variados tipos de vínculos sexoafectivos existentes.

Incluso sin estas reformas, resulta dudosa una interpretación a *contrario sensu*, puesto que el Estado está obligado, en virtud de los tratados internacionales ratificados y vigentes, a respetar el principio de igualdad y no discriminación, así como el deber de reconocimiento y protección de toda clase de familia. Por tanto, si el Estado se ha propuesto sancionar el acto más grave y reprochable que puede cometerse en el espectro de la violencia intrafamiliar, una distinción entre parejas heterosexuales y parejas LGBTI, no encuentra una justificación razonable, tornándose arbitraria y vulneradora de la igualdad ante la ley.

El órgano jurisdiccional, en la interpretación de normas, está sujeto al control de convencionalidad (MATUS y RAMÍREZ, 2021b, p. 183). Asumir una postura restringida del concepto convivencia, implica asumir que la ley penal chilena valora y desea proteger las relaciones sexoafectivas heterosexuales con mayor ímpetu que una convivencia entre personas de la diversidad sexual, generando un trato discriminatorio en el acceso a la justicia de víctimas LGBTI por conductas homicidas de sus parejas. Lo que pareciere ser una interpretación judicial con un sesgo a favor de las parejas heterosexuales, es posible de corregir mediante el uso de la perspectiva de género y del marco de derechos fundamentales propuesto en un inicio, que exige una alerta interpretativa ante la falsa neutralidad del derecho, una mirada crítica de la hermenéutica tradicional y que permitiría concretar la igualdad ante la ley.

CONCLUSIÓN

La desigualdad que afecta a la comunidad LGBTI se refleja y se reproduce en el discurso jurídico. La generización del derecho es un obstáculo normativo y un sesgo que supone discriminación arbitraria y vulneración del principio de igualdad contra quienes se apartan de la visión binaria y heteronormativa, afectando su derecho de acceso a la justicia.

De esta forma, para las víctimas fatales de violencia en contextos de convivencia LGBTI, la búsqueda de una tutela judicial efectiva se entrecruza con la invisibilización de dicha violencia, pero además con una respuesta discriminatoria desde el sistema de justicia cuando la aplicación e interpretación de la norma se hace desde una visión jurídica heterosexista.

La indefinición del concepto de convivencia en la ley penal gatilló la necesidad de determinar el contenido de este término en el delito de parricidio para identificar si el concepto debiera incluir o no a parejas LGBTI. Ante las interpretaciones judiciales y posiciones dogmáticas existentes, hemos mostrado, basándonos en la perspectiva de género y en el análisis

dogmático, que el alcance del concepto de convivencia debiese incluir a parejas heterosexuales y no heterosexuales.

Hemos planteado especialmente que nuestra posición no constituye una analogía o interpretación *in malam partem*, sino una determinación del contenido del tipo, que implica que incluir a parejas de la diversidad sexual para el caso del parricidio no supone una afectación al principio *in dubio pro-reo* o a la legalidad.

Así, una interpretación que excluya la convivencia LGBTI en el parricidio constituiría una discriminación arbitraria, que carece de justificación razonable, y vulneraría el principio de igualdad ante la ley. Además, ello no se condice con la concepción actual de familia, ni con el espíritu del derecho que ha mostrado una tendencia a reconocer y proteger diversas formas de familia, incluyendo —y no excluyendo— a personas de la diversidad sexual, como lo muestra el propio derecho civil chileno. La perspectiva de género nos permite identificar que una interpretación judicial en este sentido obedece a un sesgo sociocultural a favor de las relaciones heterosexuales.

La interpretación que se propone, en cambio, supone un refuerzo del principio de igualdad y no discriminación por proteger un bien jurídico —la vida dentro de relaciones de afecto y confianza— sin diferenciar según la orientación sexual de los involucrados. A su vez, la remoción de estos obstáculos que sesgan el actuar del derecho es lo que permite un mayor acceso a la justicia y, así, una tutela judicial efectiva que minimiza la discriminación en el sistema de justicia para las personas LGBTI.

REFERÊNCIAS

ARENA, Federico. Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 29, n. 1, p. 51-75, 2016. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100003>.

BARRIENTOS-GRANDON, Javier. Sobre la noción de ‘conviviente’ utilizada en el artículo 390 del Código Penal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, n. 7, p. 191-260, 2006.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. London: Penguin Books, 1991.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). *Historia de la Ley N° 20.480, 2010*. Primer Trámite Constitucional. Santiago: Informe de Comisión de Familia, 16 de abril de 2008.

BACIGALUPO, Enrique. *Estudios de la parte especial del derecho penal*. Madrid: Akal, 1994.

BLANCO, Amalio *et al.* Estudio psicosocial sobre las representaciones sociales de género. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, Bogotá, v. 9, n. 2, p. 243-255, 2013.

BUTLER, Judith. *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós, 2007.

CANÇADO, Antonio. *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. 2. ed. Santiago: Editorial Librotecnia, 2012.

CLÉRICO, Laura. Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 41, p. 67-96, jul./dic. 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. OAS/Ser. L/V/II. Rev.2, Doc. 36, 12 nov. 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 68, 20 en. 2007. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf>.

COOK, Rebeca; CUSACK, Simone. *Estereotipos de género: perspectivas legales trasnacionales*. Trad. Andrea Parra. Bogotá: Profamilia, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-24/17*. 24 de noviembre de 2017. San José de Costa Rica. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

DEL ROSAL, Juan. *Tratado de Derecho Penal español: parte general*. 3. ed. Madrid: Darro, 1976.

DI CORLETO, Julieta; ASENSIO, Raquel. Metodología feminista y dogmática penal. In: LAURENZO COPELLO, Patricia *et al.* *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad*. Eurosocia, Serie Cohesión Social en la Práctica, Madrid, n. 14, p. 19-42, 2020. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/06/doctrina89201.pdf>.

ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt am Main: Athenäum-Verlag, 1970.

FACIO, Alda. Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género. In: BERGALLO, Paola; MORENO, Alumine (eds.). *Hacia políticas judiciales de género*. Buenos Aires: Editorial JusBaires, 2017.

FACIO, Alda. Hacia otra teoría crítica del derecho. In: HERRERA, Gioconda (coord.). *Las fisuras del patriarcado, reflexiones sobre feminismo y derecho*. Programa de Género de la Facultad de Ciencias Sociales. Quito: Ágora, 2000. p. 15-44.

FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: ÁVILA, Ramiro *et al.* (comps.). *El género en el derecho: ensayos críticos*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 181-224.

FIGUEROA, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

GAUCHÉ, Ximena *et al.* *Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual*. Proyecto FONDEF ID17I10111. Concepción: Universidad de Concepción, 2020. Disponible en: <https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/>.

GONZÁLEZ, Diego. El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas. *Política Criminal*, Talca, v. 10, n. 19, p. 192-233, 2015. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100007>.

GUARESCHI, Pedrinho; JOVCHELOVITCH, Sandra. *Textos em representação social*. Petrópolis: Vozes, 1995.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Autónoma de México, 1999.

GUASTINI, Riccardo. Interpretación y Construcción Jurídica. *Isonomía*, México D. F., n. 43, 2015, p. 11-48.

HEIM, Daniela, *Mujeres y acceso a la justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2016. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/134680>.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La definición de ‘convivencia’ en el artículo 390 del Código Penal. *Informes en Derecho*. Doctrina Procesal Penal 2010, Santiago, v. 8, p. 47-52, oct. 2011.

KAUFMANN, Arthur. *Analogía y “naturaleza de la cosa”*: hacia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal*: violencia doméstica. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

LONDOÑO, Fernando. Legalidad y pena: orientación y retribución en el derecho penal. In: CÁRDENAS, Claudia; FERDMAN, Jorge (coords.). *El derecho penal como teoría y como práctica*: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy. Santiago: Thomson Reuters, 2016. p. 87-199.

MAQUILÓN, Daniela *et al.* *Manual autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1450/manual-autofor-chile-2010.pdf>.

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M. Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno*. Parte especial. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021a.

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M. Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno*. Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021b.

MOTTA, Cristina; SÁEZ, Macarena (eds.). *La mirada de los jueces: género en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008.

NÚÑEZ, Lucía. El giro punitivo, neoliberalismo, feminismos y violencia de género. *Revista Política y Cultura*, Xochimilco, Universidad Autónoma Metropolitana, n. 51, p. 55-81, 2019.

ORTEGA, Antonio. *Agresión en parejas homosexuales en España y Argentina*: prevalencias y heterosexismo. 373 p. Tesis (Doctorado en Psicología) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015. Disponible en: <https://1library.co/document/qvx78jdy-agresion-parejas-homosexuales-espana-argentina-prevalencias-heterosexismo.html>.

RAMÍREZ, Lorena. Interpretación literal y nuevas teorías de la referencia. *Derecho & Sociedad*, Lima, n. 48, p. 33-47, 2017.

RAMÍREZ, María Cecilia. Comentarios a la jurisprudencia de la Corte Suprema y el concepto de convivencia a propósito del delito de femicidio. *Revista de Ciencias Penales*, Santiago, v. XLVII, n. 1, p. 235-242, 2021.

RODRÍGUEZ-COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

ROLLÈ, Luca *et al.* When Intimate Partner Violence Meets Same Sex Couples: A Review of Same Sex Intimate Partner Violence. *Frontiers in Psychology*, Lausanne, v. 9, n. 1506, p. 1-13, 2018.

ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Tomo I. 4. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006.

SCHNEIDER, Elizabeth. Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición, identificación y desarrollo de estrategia. In: DI CORLETO, Julieta (comp.). *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Librería Ediciones, 2010. p. 23-42.

SEPÚLVEDA, Bárbara. *Género y Derecho Público: la construcción jurídica de la ciudadanía de las mujeres*. Santiago: Thomson Reuters, 2020.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 34-39.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

VILLALÓN, Lourdes. *La violencia en parejas homosexuales: aspectos sociales y jurídicos de la violencia en relaciones entre mujeres*. 102 p. Tesis (Magíster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal) – Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/67946>.

ZÚÑIGA, Yanira. Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 24, n. 3, p. 209-254, 2018.

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 189-20, 17 de julio de 2017.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 929-2016, 28 de junio de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Rizzo y niñas *vs.* Chile, 24 de febrero de 2012.

Corte Suprema, Rol N° 26.180-18, 12 de diciembre de 2018.

Tribunal Constitucional, Rol N° 8.851-20-INA, 27 de abril de 2021.

Tribunal Constitucional, Rol N° 1.432-09-INA, 5 de agosto de 2010.

Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, Rit N° 81-2017, 30 de mayo de 2017.

Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, Rit N° 47-2016, 16 de mayo de 2016.

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR,
Rodrigo A. *et al.* El parricidio entre
convivientes LGBTI en Chile. *Revista
Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2303,
2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202303>

Rodrigo A. González-Fuente Rubilar

ABOGADO. DOCTOR EN DERECHO POR LA GEORG-AUGUST-
UNIVERSITÄT DE GÖTTINGEN (ALEMANIA). JUEZ SUPLENTE 4º
JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, PODER JUDICIAL DE CHILE.

rodrigogonzalezfuente@gmail.com

Valentina Parodi Soto

ABOGADA. COLABORADORA TÉCNICA PROYECTO FONDEF ID
17I20111, UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (CHILE).

valentinaparodi.s@hotmail.com

María Victoria Ulloa Becerra

ABOGADA. COLABORADORA TÉCNICA PROYECTO FONDEF ID
17I20111, UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (CHILE).

mvictoriaulloa@gmail.com

Pablo Fuentealba-Carrasco

SOCIÓLOGO. MAGÍSTER EN INVESTIGACIÓN SOCIAL Y DESARROLLO,
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGÍA, UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN,
CHILE Y SCHOOL OF LAW, UNIVERSITY OF EDINBURGH, UK.

pablofuentealba1@gmail.com

Recebido: 07.10.2021

Aprovado: 06.09.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202304>

1 Universidad Externado de Colombia, Derecho, Bogotá, Bogotá, Colombia

2 Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-7157-6291>

3 Universidad Externado de Colombia, Derecho, Bogotá, Bogotá, Colombia
<https://orcid.org/0000-0001-6047-8063>



La regulación a prueba de futuro (“*future-proof regulation*”) como práctica de mejora regulatoria

FUTURE-PROOF REGULATION AS A PRACTICE OF QUALITY REGULATORY IMPROVEMENT

A REGULAÇÃO À PROVA DO TEMPO (“FUTURE-PROOF REGULATION”) COMO BOA PRÁTICA REGULATÓRIA

William Ivan Gallo Aponte^{1,2} y Luis Ferney Moreno Castillo³

Resumen

El futuro de la regulación impone la necesidad de pensar en regulaciones para los tiempos y circunstancias que se avecinan. Las respuestas regulatorias a los diferentes problemas sociales, económicos y medioambientales se enfrentan a un amplio crecimiento y aceleración de la innovación y la tecnología. En este sentido, es necesario incorporar buenas prácticas regulatorias que respondan a los diferentes retos y paradigmas de manera equilibrada y racional, alejándose de las posiciones fundamentalistas. A partir de esta necesidad, y utilizando una metodología hipotético-deductiva, este artículo pretende analizar la “regulación a prueba de futuro” (“*future-proof regulation*”) como práctica regulatoria dentro del ecosistema regulatorio brasileño. Se concluye que, basándose en el principio innovador, este tipo de regulación se muestra como una herramienta que permite entender y responder a las diferentes necesidades sociales, económicas y medioambientales, así como a los cambios rápidos, disruptivos y transformadores, que traen consigo las nuevas tecnologías. Las regulaciones deben dar prevalencia a un amplio contenido de participación social y de diálogo técnico interdisciplinario para la gestión de los procesos y estrategias regulatorias. Sin embargo, diseñar regulaciones a través de herramientas y métodos para hacer que las políticas públicas sean más eficaces y con visión de futuro es un desafío para los reguladores. La regulación a prueba de futuro está concebida como un estímulo o estrategia frente a este desafío.

Palabras clave

Regulación a prueba de futuro; prácticas de mejora regulatoria; regulación; OCDE; principio innovador.

Abstract

The future of regulation imposes the need to think about regulations for the times and circumstances ahead. Regulatory responses to different social, economic, and environmental problems are confronted with a broad growth and acceleration of innovation and technology. In this sense, it is necessary to incorporate good regulatory practices that respond to the different challenges and paradigms in a balanced and rational way, moving away from fundamentalist positions. Based on this need and using a hypothetical-deductive methodology, this article aims to analyze future-proof regulation as a regulatory practice within the Brazilian regulatory ecosystem. It concludes that, based on the innovative principle, this type of regulation is a tool that allows us to understand and respond to the different social, economic and environmental needs and the rapid, disruptive and transformative changes brought about by new technologies. Regulations should give precedence to a broad content of social participation and interdisciplinary technical dialogue to manage regulatory processes and strategies. However, designing regulations through tools and methods to make public policies more effective and forward-looking is challenging for regulators. Future-proof regulation is designed as a stimulus or strategy in the face of this challenge.

Keywords

Future-proof regulation; regulatory improvement practices; regulation; OECD; innovative principle.

Resumo

O futuro da regulação impõe a necessidade de pensar em regulações para os tempos e circunstâncias que se avizinham. As respostas regulatórias aos diferentes problemas sociais, econômicos e ambientais são confrontadas com um amplo crescimento e aceleração da inovação e da tecnologia. Neste sentido, é necessário incorporar boas práticas regulatórias que respondam aos diferentes desafios e paradigmas, de forma equilibrada e racional, afastando-se de posicionamentos fundamentalistas. Com base nesta necessidade, utilizando-se uma metodologia hipotético-dedutiva, este artigo objetiva-se analisar a “regulação à prova do tempo” (“future-proof regulation”) como prática regulatória, dentro do ecossistema regulatório brasileiro. Conclui-se que, com base no princípio inovador, este tipo de regulação se mostra como uma ferramenta que permite compreender e responder diante das diferentes necessidades sociais, econômicas e ambientais, bem como as mudanças rápidas, disruptivas e transformadoras, trazidas pelas novas tecnologias. As regulações devem dar precedência a um amplo conteúdo de participação social e diálogo técnico interdisciplinar para a gestão de processos e estratégias regulatórias. Entretanto, projetar regulações através de ferramentas e métodos para tornar as políticas públicas mais eficazes e voltadas para o futuro, é um desafio para os reguladores. A regulação à prova do tempo se projeta como um estímulo ou estratégia diante desse desafio.

Palavras-chave

Regulação à prova do tempo; boas práticas regulatórias; regulação; OCDE; inovação.

INTRODUCCIÓN¹

El futuro de la regulación, en especial luego de contextos de convulsión económica, social y ambiental, invita a repensar cuál debe ser la nueva respuesta de los reguladores para hacer frente y proponer caminos y estrategias frente a los problemas que surjan de esos contextos. En ese sentido, será fundamental diseñar regulaciones que permitan a los países seguir adelante, afrontar los desafíos globales y anticiparse a las circunstancias que presenten los tiempos venideros (OSPINA, 2020).

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), es necesario actuar con rapidez para que los gobiernos revisen sus estrategias encaminadas

• • •

¹ Esta investigación se desarrolló dentro del Proyecto de Investigación “*Building Consensus for a Sustainable Future: Anticipatory Governance and Administrative Foresight*” (Por un consenso de futuro sostenible: gobernanza anticipatoria y prospectiva administrativa) PROFUTURE. Un Proyecto I+D Generación de Conocimiento (PID2020-116401GB-I00).

a reducir mayores tensiones sociales, económicas y ambientales. Y, a pesar de que se vaticina un futuro económico menos preocupante, aunque sea frágil e inestable, resulta inquietante el aumento de la desigualdad y la vulnerabilidad, las tendencias crecientes de pobreza y pobreza extrema, la falta de cohesión social, la elevación de populismos y las manifestaciones de descontento popular (OCDE, 2019; AYUSO, 2020; CEPAL, 2020).

Por otro lado, la necesidad de pensar modos de diseñar normas y políticas regulatorias para contrarrestar los problemas anteriormente mencionados se enfrenta con un amplio crecimiento y aceleración de la innovación y la tecnología. Los problemas estructurales y clásicos sobre la desigualdad² se deben empezar a abordar dentro de un contexto en constante digitalización y disrupción. Este parece ser el gran reto de los operadores jurídicos, particularmente de los reguladores.

A partir de esas circunstancias, el presente artículo tiene por objetivo analizar la regulación a prueba de futuro (“*future-proof regulation*”) como práctica de mejora regulatoria que responda a las necesidades sociales, económicas y ambientales, así como al amplio desarrollo de la tecnología y la innovación dentro del ecosistema regulatorio brasileño.

Metodológicamente, con base en un análisis hipotético-deductivo, el artículo está estructurado en dos partes fundamentales, más las consideraciones finales. En primer lugar, se identifica el ecosistema de las prácticas de mejora regulatoria en Brasil, destacándose el papel actual de este país en la OCDE y los retos impuestos para la organización y simplificación de las normas sobre regulación. En segundo lugar, se analiza la regulación a prueba de futuro como práctica de mejora regulatoria para la innovación. De igual modo, previo a las consideraciones finales, se analizan algunos elementos para la incorporación de una regulación a prueba de futuro en Brasil, considerándose algunas lecciones y recomendaciones internacionales.

1. EL ECOSISTEMA DE PRÁCTICAS DE MEJORA REGULATORIA EN BRASIL

Dentro de la regulación se ha desarrollado la tendencia de las prácticas de mejora o calidad regulatoria, las cuales tienen su origen en el siglo pasado con las “*executive orders*” expedidas por diferentes gobiernos de Estados Unidos desde 1981, con el objetivo de suplir las falencias que presentaba la desregulación y enfrentar así la simplificación, la racionalización y la necesaria e inteligente política de regulación de los diferentes sectores. Asimismo, se adaptaban diferentes estándares, herramientas y procedimientos para la formulación de políticas regulatorias con el propósito de fomentar el desarrollo económico. Estas ideas hicieron eco en la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE) y, en 1995, este organismo

...

2 Para un análisis sobre ese carácter clásico e histórico de la desigualdad, ver: Piketty (2020).

internacional las adoptó y las enlistó como requerimientos y recomendaciones de mejora regulatoria, ya no solo para la rama ejecutiva, sino también para la legislativa de sus países miembros. Inicialmente, esa adopción se propuso tener un control técnico de la corrupción, el fomento del principio de legalidad, la lucha contra el terrorismo, la estabilidad política y, más recientemente, la adecuación de la transformación digital y la reducción de las desigualdades (MORENO-CASTILLO y GALLO, 2019).

Dentro de esta tendencia, Brasil se incorporó al movimiento que aboga por la necesidad de racionalizar las políticas regulatorias. Esa incorporación ha implicado una reformulación del papel del Estado, prevalentemente en la economía, más allá de otros factores como son los ambientales, sociales y culturales (THORSTENSEN y JÚNIOR, 2020). Desde 1997, Brasil ha asistido regularmente a las reuniones del Comité de Competencia, sometiéndose a pares de la OCDE, las leyes y políticas públicas de competencia económica. En 2019, esa participación llevó al país a ser miembro asociado de este comité. Asimismo, en junio de 2015, se firmó un acuerdo de cooperación con la OCDE para profundizar y sistematizar el relacionamiento bilateral. Este acuerdo permitiría al país participar en diversos foros promovidos por la OCDE y establecer mecanismos de trabajo a futuro. En 2017, en ese camino, se adhirió a los *Códigos de Liberalização de Movimento de Capital e de Operações Correntes Intangíveis da OCDE*, con el objetivo de promover ambientes abiertos para la inversión extranjera (BRASIL, 2017).

Además de estos intentos, desde la OCDE se han realizado varios análisis sobre diferentes sectores en Brasil; a modo de ejemplo, en 2018 se publicó un trabajo sobre la regulación de la educación superior en Brasil. Dentro de las recomendaciones, el organismo internacional destacó sus estándares de rigurosidad y calidad de la educación. Sin embargo, recomendó mejorar la pertinencia y eficacia de los procesos regulatorios y de evaluación de entrada al mercado de nuevos proveedores de educación, siempre atendiendo a parámetros de calidad y eficacia (OECD, 2018a). En ese mismo año, se publicó un resumen sobre el camino de la digitalización de la Administración pública (OECD, 2018b) y se analizaron las habilidades necesarias para la transformación del mercado del trabajo (OECD, 2018c).

Para el 2020, la OCDE publicó un informe sobre la gobernanza de las empresas estatales ("estatais"), que orienta a las *estatais* brasileñas a fomentar la definición de las funciones de las entidades públicas con respecto a las empresas estatales y los objetivos de desempeño en el Estado. Además, recomienda la adopción y mejora de la transparencia a través de la divulgación de informes sobre las finanzas, los costos y las políticas públicas de las *estatais* y el empoderamiento de los consejos de administración. Con el fin de mejorar el indicador comparativo de las buenas prácticas de gobernanza de las *estatais*, el informe promueve la contratación de un trabajo inédito para monitorear los costos y beneficios que estas empresas generan para la sociedad brasileña y una agenda de privatizaciones, incluyendo activos como *Eletrobras* y los *Correios* (OECD, 2020a).

Recientemente, el país recibió la aprobación de la OCDE de nuevos instrumentos legales en el área de ciencia y tecnología, aumentando los requisitos para su ingreso formal a este

organismo internacional. Esta circunstancia lo posiciona en una situación privilegiada dentro de los potenciales candidatos. Es de destacar que los instrumentos están relacionados con ciencia y tecnología, entre ellos, estudios para mejorar la capacidad del gobierno, construir un gobierno digital y fortalecer el Sistema Único de Salud (SUS), la educación básica, el sistema de tratamiento de basuras y la gestión del agua, entre otros (BRASIL, 2020).

Sobre el asunto concreto de la adopción de políticas o mejoras regulatorias, para identificar, entre otras cosas, si las decisiones regulatorias o normativas son adecuadas para generar espacios de participación de ciudadanos y empresarios, inspección, vigilancia y control, así como para aprender de experiencias internacionales sobre cómo regular mejor, el país no ha estado distante de su conocimiento o posible incorporación. Por el contrario, se destacan algunas iniciativas que están incluidas en la Tabla 1.

TABLA 1 — **ALGUNAS PRÁCTICAS DE MEJORA REGULATORIA O BUENAS PRÁCTICAS REGULATORIAS EN BRASIL³**

PRÁCTICA O MEJORA REGULATORIA*	INCORPORACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO
ANÁLISIS DEL IMPACTO REGULATORIO (AIR) (OECD, 2020B) ⁴	LEY 13.848, DE 2019, ARTÍCULO 6º LA ADOPCIÓN Y LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LOS ACTOS NORMATIVOS DE INTERÉS GENERAL DE LOS AGENTES ECONÓMICOS, CONSUMIDORES O USUARIOS DE LOS SERVICIOS PRESTADOS IRÁN PRECEDIDAS, EN LOS TÉRMINOS DEL REGLAMENTO, DE LA REALIZACIÓN DE UN ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO (AIR), QUE CONTENDRÁ INFORMACIÓN Y DATOS SOBRE LOS POSIBLES EFECTOS DEL ACTO NORMATIVO. ⁵
	LEY 13.874, DE 2019, CAPÍTULO IV, ARTÍCULO 5º "SOBRE ASUNTOS EXCLUSIVAMENTE ECONÓMICOS".

(continúa)

...

- 3 Además de la OCDE, existen otras organizaciones que trabajan las prácticas y mejoras regulatorias. Por ejemplo, en la Alianza del Pacífico, *Regulatory Coherence*; para el Banco Mundial y la Comisión Europea, *Better Regulation*; para la zona de libre comercio NAFTA, *Good Regulatory practices*; y para la APEC, *Regulatory Reform*. Ver: OECD (2020c); Moreno-Castillo (2019).
- 4 Sobre el Análisis del Impacto Regulatorio es necesario reflexionar que el ejercicio de esta práctica no corresponde únicamente a un mero ejercicio de preferencias arbitrarias, sino que, además de las particularidades legislativas, existen exigencias constitucionales que demandan el incremento de la calidad legislativa, con el debido proceso legislativo, por ejemplo. Sobre este tema, véase también: Nohara y Santanna (2021).
- 5 Traducción libre nuestra del Artículo 6º: "A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo".

DECRETO-LEY N.º 4.657, DE 1942, Y DECRETO N.º 9.830, DE 2019. CON LA LEY DE INTRODUCCIÓN A LAS NORMAS DEL DERECHO BRASILEÑO (LINDB) Y DECRETO REGLAMENTARIO SE DISPONE SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES, CONSIDERANDO LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LAS MISMAS.

DECRETO 10.411, DE JUNIO DE 2020. POR MEDIO DEL CUAL SE REGLAMENTA EL ANÁLISIS DEL IMPACTO REGULATORIO.

PORTARIA SEAE/ME N.º 6554, DE 22 DE JULIO DE 2022. ESTA NORMA TIENE POR OBJETIVO AUMENTAR LA TRANSPARENCIA Y EL ENGRANAJE DE LOS REGULADORES FEDERALES, POR MEDIO DEL INCENTIVO A LA ADOPCIÓN DEL AIR Y DEL ESTÍMULO A LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA CULTURA REGULATORIA.

CONSULTA PÚBLICA (OCDE, 2012)	<i>RESOLUCIÓN N.º 26, DE 2013,</i> DEL SENADO FEDERAL, QUE ESTABLECE UN MECANISMO DE PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA TRAMITACIÓN DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS EN EL SENADO FEDERAL. <i>EL DECRETO 10.411, DE JUNIO DE 2020.</i> POR MEDIO DEL CUAL SE REGLAMENTA EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO, CONTEMPLA CIERTAS DISPOSICIONES SOBRE LA CONSULTA PÚBLICA BAJO LA FIGURA DE PARTICIPACIÓN SOCIAL. EN ESE SENTIDO, INDICA QUE EL INFORME DE AIR SERÁ OBJETO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ANTES DE LA DECISIÓN SOBRE LA MEJOR ALTERNATIVA PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA REGULATORIO (ART. 8).
INSPECCIÓN Y PROMOCIÓN DEL CUMPLIMIENTO REGULATORIO (OECD, 2019A)	SIN REGULACIÓN.
COOPERACIÓN REGULATORIA INTERNACIONAL (CRI) (OECD, 2018)	ADEMÁS DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE ALGUNOS ORGANISMOS REGULADORES U OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (POR EJEMPLO, ANVISA, SENACON, PROYECTOS DE ASOCIACIÓN CON LA AGENCIA BRASILEÑA DE COOPERACIÓN (ABC) DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, ETC.), NO HAY UNA REGULACIÓN COMO HERRAMIENTA INDEPENDIENTE.
AGENDA REGULATORIA	<i>LEY 13.848, DE 2019, ARTÍCULO 21.</i> LA AGENDA REGULATORIA CORRESPONDE A UN INSTRUMENTO DE PLANIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD REGULADORA QUE CONTENDRÁ TODOS LOS TEMAS PRIORITARIOS QUE LA AGENCIA DEBERÁ REGULAR DURANTE SU VIGENCIA.⁶

(continúa)

...

6 Traducción libre nuestra del Artículo 21: “A agência reguladora implementará, no respectivo âmbito de atuação, a agenda regulatória, instrumento de planejamento da atividade normativa que conterà o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência. § 1º A agenda regulatória deverá ser alinhada com os objetivos do plano estratégico e integrará o plano de gestão anual. § 2º A agenda regulatória será aprovada pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada e será disponibilizada na sede da agência e no respectivo sítio na internet”.

ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA	SIN REGULACIÓN (JORDÃO, 2009).
INVENTARIO NORMATIVO	<i>PORTARIA N.º 48, DE 12 DE JUNIO DE 2020.</i> ACTUALMENTE, SE PROYECTA, EN EL ÁMBITO DEL GOBIERNO FEDERAL, EL “PROJETO CODEX”, CON EL OBJETIVO DE MODERNIZAR LA DIVULGACIÓN, GESTIÓN Y CUIDADO DEL ACERVO DE LA LEGISLACIÓN Y DE LOS ACTOS NORMATIVOS FEDERALES.
EVALUACIÓN EX ANTE Y EX POST	<i>DECRETO N.º 9203, DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2017.</i> DISPONE SOBRE LA POLÍTICA DE GOBERNANZA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL DIRECTA, AUTÁRQUICA Y FUNDACIONAL. SOLO EN TÉRMINOS GENERALES. <i>DECRETO N.º 9834, DEL 12 DE JUNIO DE 2019.</i>
SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA	<i>DECRETO N.º 9094, DEL 17 DE JULIO DE 2017.</i> DISPONE SOBRE LA SIMPLIFICACIÓN DE LA ATENCIÓN PRESTADA A LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. <i>PORTARIA [ORDENANZA] N.º 39, DEL 9 DE JULIO DE 2019.</i> DISPONE SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA UNIFICACIÓN DE LOS CANALES DIGITALES Y DEFINE LAS NORMAS PARA EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO DE LAS DIRECCIONES DE LOS SITIOS DE INTERNET Y LAS APLICACIONES MÓVILES DEL GOBIERNO FEDERAL. EN GENERAL, INCLUYE LA LEGISLACIÓN DE LA ESTRATEGIA DE GOBIERNO DIGITAL DESTINADA A SIMPLIFICAR Y ACCEDER A LOS TRÁMITES Y SERVICIOS PÚBLICOS. <i>PORTARIA N.º 48, DE 12 DE JUNIO DE 2020.</i>
REGULACIÓN A PRUEBA DE FUTURO	SIN REGULACIÓN.
CONTROL DE CALIDAD REGULATORIA	SIN REGULACIÓN ESPECÍFICA COMO PRÁCTICA REGULATORIA. NO OBSTANTE, EN TÉRMINOS GENERALES, SE TIENE LA ACTUACIÓN DE CONTROL POR LOS TRIBUNALES DE CUENTAS (WILLEMANN, 2020).
OBSERVATORIO PARA EL MANTENIMIENTO DE LAS NORMAS VIGENTES	SIN REGULACIÓN.

Fuente: Elaboración de los autores.

De acuerdo con lo anterior, algunas consideraciones son necesarias. En relación con las políticas de regulación o buenas prácticas, Brasil no cuenta con un marco normativo unificado y adecuado que las identifique. Por el contrario, aunque se ha avanzado en su incorporación, la mayoría de ellas se han realizado de forma independiente por parte de diferentes

instituciones públicas, en particular las agencias reguladoras. Esta incorporación aleatoria y desordenada impide que la mayoría de las entidades estatales incorporen buenas prácticas de regulación, ya que carecen de puntos de referencia, experiencia y uniformidad. Además, en muchos casos, su adopción se basa en el éxito que hayan podido tener en otros países, lo cual es arriesgado, porque cada país tiene sus propias costumbres y particularidades que no son comparables.

Por otro lado, si bien es deseable que el Estado avance hacia la adopción de recomendaciones que permitan una mejor gestión en el ejercicio de la actividad administrativa —que permitan la competencia, pero al mismo tiempo una adecuada prestación de los servicios públicos y una efectiva garantía de los derechos constitucionales fundamentales—, la lectura y adopción de estas recomendaciones, especialmente las de nacionalización o privatización, deben ser pensadas y leídas de manera equilibrada, alejándose de posiciones fundamentalistas. Por ejemplo, hay reformas de gestión que promueven opciones seguras y razonables para la creación y mantenimiento de empresas estatales para impulsar el desarrollo del país. Por otro lado, las buenas privatizaciones se promueven siempre que existan estructuras de mercado capaces de absorber adecuadamente los servicios privatizados, asegurando la competitividad y ventajas significativas. El uso de los instrumentos de intervención estatal previstos en la Constitución requiere una aplicación racional, consciente de que los modelos de desarrollo son cíclicos, dinámicos y responden a contextos históricos y culturales propios de cada país. Ante contextos de crisis y transformación, renunciar a las herramientas existentes en el ordenamiento jurídico para asegurar el crecimiento y, además, intentar reformarlas, pone en jaque a la institucionalidad (NOHARA, 2013). El crecimiento económico debe estar acompañado de racionalidad y pauta para evitar un impacto no deseado.

2. LA REGULACIÓN A PRUEBA DE FUTURO (“*FUTURE-PROOF REGULATION*”) COMO PRÁCTICA DE MEJORA REGULATORIA PARA LA INNOVACIÓN Y LOS DESAFÍOS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

La regulación a prueba de futuro (“*future-proof regulation*”) mantiene una relación estrecha con la tecnología y la necesidad de adaptarse a los cambios rápidos y transformadores. En el 2016, desde el Comité Económico y Social Europeo, se publicó un dictamen exploratorio sobre las “normas preparadas para el futuro”. En este, se reiteró el carácter innovador del concepto, cuya finalidad se centra en garantizar una mayor adecuación de la legislación, promover la competitividad de los Estados de la Unión Europea, promover una regulación de alta calidad, sencilla, coherente y comprensiva, aplicada con prudencia e inteligencia, sobre parámetros de protección social y medioambiental (COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, 2016).

De acuerdo con el dictamen, las normas preparadas para el futuro —o la regulación a prueba de futuro— tienen un componente innovador. La innovación corresponde a una condición

necesaria para el crecimiento sostenible, generando un escenario en el que los ciudadanos y las empresas se beneficien de los mercados internos y eviten cargas administrativas inútiles. No obstante, el componente innovador no se puede limitar a una visión superficial. La consolidación de la innovación como imperativo de las sociedades contemporáneas debe alejarse del supuesto según el cual el mercado no cambia y el Estado representa un estorbo burocrático para impedir la innovación. Sobre este entendimiento, se reconoce que el Estado es quien tiene más y mejores condiciones para inyectar capital de riesgo para que el capitalismo se transforme dentro de las transformaciones disruptivas (NOHARA, 2021). La idea de pensar la existencia de un conflicto del mercado en contrapunto con el Estado, en que el Estado incomodaría al mercado en su innovación, ha perdido toda vigencia. Realmente lo que se requiere es crear una simbiosis en relación al mercado y al Estado, en que este último no sería un "parásito disfuncional" desde el punto de vista de la innovación (MAZZUCATO, 2014).

Así, la regulación a prueba de futuro es proactiva, previsor y comunitaria; reconoce la importancia de la deliberación política amplia y ciudadana de los procesos de creación normativa y ofrece seguridad jurídica. Sobre este último, la sociedad debe ser la "caja de resonancia" de las normas preparadas para el futuro (COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, 2016).

Adicionalmente, el principio innovador trae consigo la necesidad de considerar la investigación y la innovación al momento de elaborar normas y revisar las regulaciones existentes. Su aplicación impone la utilización de buenas prácticas regulatorias, entre ellas, la elaboración del balance de oportunidades y la repercusión de las decisiones. No obstante, la innovación requiere un marco normativo de calidad, pautado por el respeto en el reparto de competencias, las evaluaciones de impacto y la simplificación administrativa (CONSEJO DE COMPETITIVIDAD, 2016).

En cuanto a la simplificación administrativa, puede contribuir al fortalecimiento y también a facilitar la necesaria revisión de las políticas públicas ante las transformaciones de la sociedad. Una simplificación guiada por el principio innovador apunta a la promoción de la sostenibilidad en sus diferentes dimensiones. Es decir, promueve no solo la eliminación de la burocracia, la agilización de los trámites y la reducción de los costos, sino que también pretende ofrecer una idea de gestión racional de los recursos naturales, promoviendo la creación de empleo, la inclusión social y la reducción de la pobreza y las desigualdades sociales.⁷

...

7 D'Oliveira (2019, p. 180-193) presenta algunos ejemplos de cómo la simplificación administrativa puede ser compatible con la idea de sostenibilidad. En particular, destaca el programa de simplificación de EE.UU. durante el gobierno de Obama que incluía, entre otras, normas para limpiar el aire y para hacer seguras las carreteras y el suministro de alimentos y la certificación *Round on Sustainable Biofuels* para la sostenibilidad de los biocombustibles en las cadenas de suministro. También el programa filipino *Trees for Legacy* (Árboles para

No obstante, se debe tener cuidado a la hora de apreciar la innovación y los efectos de su positivización. Las propuestas encaminadas a la positivización de la innovación como un principio con carácter normativo —a pesar de lo importante e imperativo que sea para guiar las organizaciones en la sociedad contemporánea y con el rápido avance de las disrupciones tecnológicas—, no deben ser impuestas como una obligación para cualquier situación o contexto. Véase, por ejemplo, la complejidad que supone editar un acto administrativo que no se adecúe al principio de la innovación; la legalidad de este acto puede ser cuestionada en un sentido amplio y heterogéneo, sin una base conceptual jurídica y sólida (NOHARA, 2021).

Una política regulatoria pautaada o proyectada sobre el futuro debe ser consecuente con una economía social de mercado. Es imperativa la consecución de un equilibrio entre los objetivos económicos y sociales. De esta manera, es plausible la promoción de la cohesión económica y social, la solidaridad entre los Estados miembros —para el caso de la Unión Europea— y el respeto por los derechos humanos. Este respeto es verificable a partir de consideraciones de legitimidad por los ciudadanos. En otras palabras, las normas están preparadas para el futuro si son consideradas como legítimas por los ciudadanos a partir de mecanismos de representación, consenso, participación y búsqueda de soluciones a los problemas colectivos. A la luz de este entendimiento, la regulación a prueba de futuro es un mecanismo de fortalecimiento de la democracia.⁸

Esta herramienta de concebir la regulación representa una novedad dentro del derecho regulatorio y las prácticas de mejora regulatoria. Su concepción supone la anticipación de múltiples preguntas sobre el cómo regular la innovación, particularmente, las tecnologías emergentes. Por destacar un ejemplo, en el 2016, el *United States Department of Commerce* solicitó comentarios sobre el papel del gobierno en el fomento, la promoción y la regulación del Internet de las cosas (“IoT”). Para algunos defensores de la privacidad, el gobierno estadounidense debía, sobre todo, emitir requisitos legales que garantizaran que las empresas que prestan servicios a través de Internet de las cosas adoptaran tecnologías para la mejora de la privacidad. Para el sector privado, por ejemplo, es preferible asumir una conducta de regulación preventiva y anticipatoria para prever riesgos regulatorios. Esta anticipación buscaba que los reguladores aplicaran una especie de principio de procrastinación (“*procrastination principle*”), dilatando, aplazando o aprendiendo de la experiencia antes de intervenir o regular (CHANDER, 2017).

De acuerdo con Sofia Ranchordás y Mattis Van’t Schip, la preparación para los próximos tiempos corresponde a una perspectiva interdisciplinaria que ofrece un marco sistemático

...

el legado) para la tenencia de la tierra de los ciudadanos locales y que ofrece incentivos financieros a quienes promuevan la reforestación.

⁸ Véase los puntos 2.1- 2.14 del dictamen del Comité.

para enfrentar los requisitos y las incertidumbres que presenta el futuro, no solo cada vez más innovador y disruptivo, sino también en emergencia. Esta emergencia está delineada por las transformaciones ambientales del planeta, la insostenibilidad del consumo, la falta de una política de conciencia y de reglamentación alimentaria, el advenimiento de nuevas enfermedades, pandemias, etc. Una forma de asumir esa preparación, que resista los nuevos eventos de años venideros, que sean inmunes o menos lesivos a la realidad y al Derecho, es entender la regulación como una prueba para el futuro (*"future-proof regulation"*). El objetivo de esta propuesta consiste en garantizar que la regulación no se vuelva oscura o inútil debido a los cambios que podrían haberse anticipado, o porque no fue diseñada con la flexibilización requerida para adaptarse a nuevas circunstancias (RANCHORDÁS, 2020, p. 12).

La regulación a prueba de futuro no es un asunto exclusivo del Derecho. Así como algunas de las prácticas o herramientas de mejora regulatoria encuentran fundamento en la economía, esta idea también se sustenta y aporta en áreas como el diseño, la arquitectura y la innovación, siempre atendiendo la brecha que impone el acelerado ritmo de los cambios tecnológicos y la regulación. La regulación a prueba de futuro no sofoca la innovación, pues su función va encaminada a buscar equilibrios entre las necesidades de regulación con la importancia de promover la investigación en los países (RANCHORDÁS, 2020, p. 12). Es decir, tecnificar los procesos públicos, que no implica, *per se*, reducir el margen de discrecionalidad de los funcionarios públicos. Por el contrario, les dota de herramientas que permiten tomar una decisión con un análisis sobre el impacto que pueda generar, reduciendo ostensiblemente los riesgos y efectos negativos de los procesos regulatorios. Esta herramienta constituye una categoría que puede incluir y/o considerarse dentro de las buenas prácticas regulatorias para el fomento de estudios legislativos y la promoción de la innovación a partir de un enfoque flexible. Supone, con todo, la adopción de una nueva propuesta proactiva en vez de reactiva de la regulación y las normas.

De acuerdo con Chander (2017, p. 14), una de las formas de promover una agenda o marco para incorporar la regulación a prueba de futuro, para buscar equilibrios entre las necesidades de regulación, particularmente cuando se trata de regular las tecnologías emergentes, requiere que los reguladores aborden la planeación y/o planificación del futuro con humildad, reconociendo la dificultad que supone anticipar las tecnologías emergentes, y cómo las mismas se utilizarán o impactarán a los seres humanos. En ese sentido, es interesante considerar algunos criterios a la hora de decidir si regular o no.

En primer lugar, es relevante considerar que *las tecnologías suelen empeorar la desigualdad*. La innovación suele acompañar a los más poderosos, haciendo que los más ricos puedan explotar en mayor medida a los pobres. Tecnologías como la inteligencia artificial pueden operar bajo uniformidades que desconocen la realidad y sus diferentes contextos. Para contribuir con la reducción de las desigualdades, es necesaria la planificación de pruebas de resistencia basadas en la igualdad para las nuevas tecnologías. Estas pruebas estarían pautadas

por el reconocimiento de los intereses de productores, diseñadores y los propios usuarios de las tecnologías.⁹

Por ejemplo, Facebook ha desactivado una función de recomendación de temas que asociaba erróneamente a los hombres negros con "primates" en un video publicado en la red social. Esta función se desarrolla a través de un *software* de recomendación, basado en la inteligencia artificial. No muy lejos de esta realidad, en Brasil, algunos ciudadanos están siendo arrestados por fallas en el reconocimiento de fotos dudosas en el sistema de la Policía Federal. Cabe señalar que todos ellos son hombres negros de zonas periféricas (MIGLIACCI, 2021; BERNARDES, 2021).

En segundo lugar, como las tecnologías no suelen adecuarse a la regulación existente desafiando los paradigmas normativos inteligentes, la regulación debe diseñarse con base en la *funcionalidad* más allá de la propia tecnología, abarcando así diferentes tecnologías que desempeñen la misma función en el futuro (CHANDER, 2017). Por ejemplo, en Brasil, los servicios de *streaming* están cada vez más presentes en la vida cotidiana, pero no están regulados. Es necesario adoptar una normativa que fomente su funcionalidad, centrada en el consumo de contenidos audiovisuales para el entretenimiento. Esta regulación debe reconocer la existencia de modelos de negocio disruptivos que permitan la creación de nuevas y diferentes formas de prestar servicios de audio y video. De este modo, es plausible fomentar la innovación para todos los actores implicados (SAIKALI, 2020).

En tercer lugar, se debe entender que *las tecnologías tienen nacionalidades, mas no fronteras*. Este entendimiento supone reconocer que las tecnologías no pueden ser reguladas o incorporadas de manera idéntica si no se reconoce la realidad en la cual se pretenden implantar. El análisis sobre la cobertura o infraestructura tecnológica necesaria para el desarrollo de ciertas tecnologías es fundamental a la hora de decidir si regular o no (CHANDER, 2017, p. 18-24).

En cuarto lugar, *regular por sí solo no puede disciplinar las tecnologías*. La regulación se convierte en un instrumento de defensa de los ciudadanos, particularmente consumidores, de los perjuicios que puedan generar las tecnologías (CHANDER, 2017, p. 18-24).

En quinto lugar, es necesario tratar de *interpretar mejor las tecnologías*. Una mejor comprensión de la tecnología es fundamental para entender sus riesgos, como para elaborar mejores soluciones frente a los problemas que puedan surgir (LHER y OHM, 2017). Un ejemplo de cómo materializar este supuesto corresponde al trámite del Proyecto de Ley (PL) que crea el Marco Legal de la Inteligencia Artificial en Brasil, una vez publicada la *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (Ebia)*. El proceso de creación normativa de este Marco Legal ha estado

...

9 Un ejemplo de cómo las tecnologías contribuyen con la desigualdad corresponde a los *softwares* de identificación de rostro, que pueden ser discriminatorios si se pautan bajo la uniformidad de rasgos propios de una cultura (CALO, 2017; FRANKS, 2017).

antecedido de críticas. Entre ellas, que la estrategia precedente parece más una carta de deseos que realmente una estrategia; que el proyecto no presenta directrices presupuestarias claras para poner en práctica proyectos, basados en inteligencia artificial, que fomenten la educación, por ejemplo. Que la regulación en Brasil carece de una adecuada relación de impacto sobre los derechos humanos; y, en general, que la regulación es más un compendio de normas generalistas sin una adecuada interpretación de su funcionalidad (LEMOS, 2021).

En sexto lugar, relacionado con esa funcionalidad, principalmente con la necesidad de proteger y considerar los derechos humanos, *las tecnologías podrían no ser tan buenas, inclusive, podrían profundizar la vigilancia*. Una prueba clara de esto corresponde a la regulación de los datos personales y los temas relacionados con la privacidad, la sensibilidad de los datos, el consentimiento, la manipulación y el tratamiento. Con relación a la vigilancia, se debe considerar el relevante valor de los derechos y las libertades frente a las amplias brechas de desigualdad social y el acceso transparente a la información. La vigilancia no puede ser una prerrogativa arbitraria del Estado regulador, por el contrario, debe ser garante de la plenitud del consentimiento de los datos tratados, más aún, de aquellos que no tienen acceso ni cobertura plena a Internet (GALLO y HACHEM, 2020).

En séptimo lugar, además de estos criterios, la elección regulatoria, es decir, la decisión de regular o no, debe estar guiada por *criterios de precaución y prevención*. En la Unión Europea, por destacar un ejemplo, estos dos fundamentos coexisten, son complementarios y son respetados por sus instituciones. Desde la innovación, estos dos criterios y/o principios deben analizarse a partir de una relación dinámica, conciliable y, prevalentemente, no violenta. Usualmente, la regulación está sujeta a la presión de poderosas instancias privadas para que el resultado satisfaga intereses particulares. Para intentar minimizar estos perjuicios del interés público, es necesario sembrar la legitimidad en las primeras etapas de la elaboración de normas, ampliando la visión periférica de las evaluaciones de impacto normativo. La ejecución de estas evaluaciones representa un terreno fértil para el desarrollo y la difusión de prácticas basadas en pruebas (BALDOLI y RADELLI, 2021).

La ciencia, el paradigma de la tecnología y la sociedad deben ser objeto de regulación a partir de pruebas sólidas y valores equilibrados. La aplicación de *criterios de prevención y precaución* en la regulación invita a invertir en el análisis de diferentes mecanismos de la responsabilidad, en la reunión, unificación, identificación y mejora de experimentos y prácticas socialmente responsables para hacer frente a los nuevos problemas y emergencias a ser regulados, sin caer en tentaciones populistas (BALDOLI y RADELLI, 2021, p. 202).

Finalmente, la regulación de las tecnologías emergentes estará precedida por amplios niveles de competencia, de oferentes y prestadores de servicios tecnológicos. En este sentido, a futuro, es importante *determinar umbrales indicativos y una guía detallada sobre el significado de la suficiencia de la pluralidad*. Esta determinación permitiría abrir el espectro y dar cabida a nuevos usos tecnológicos, garantizando la protección frente a sistemas de interferencia perjudiciales (GIUDICCI, FARIS y CARRASCOSA, 2018). Aunque a este argumento le antecede

un amplio criterio técnico, desde el punto de vista regulatorio, considerar y anticipar la pluralidad reconocería que los intermediarios digitales no son una fuerza inherente pluralizadora, por lo que se necesita una intervención reguladora para evitar la concentración del poder de medios. Una regulación anticipatoria pautada por la pluralidad proporciona una base más sólida para incorporar los intermediarios a la interacción del control de acceso a la tecnología y al espacio electromagnético (SCHLOSBERG y FREEDMAN, 2020).

Véase, por ejemplo, cómo las nuevas tecnologías de banda ancha hacia el 5G plantean desafíos sobre la evaluación de interferencia entre usuarios que compiten por el uso del espectro y la definición de estrategias adecuadas. Bajo este contexto, la *Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)* aprobó recientemente la convocatoria para licitar la tecnología 5G en Brasil para el 2022. Además de buscar una conexión de Internet móvil más rápida, económica y ágil, la adaptación de la tecnología 5G busca impactar directamente la prestación de servicios públicos como el transporte y la salud. Es por ello que se dice que esta tecnología ha revolucionado la industria. La mayor búsqueda de productividad alertará usuarios y prestadores tecnológicos, es ahí donde la suficiencia de la pluralidad como una herramienta preventiva de regulación debe operar. La evolución de las empresas deberá estar pautada por la amplia competencia, por el control estatal y social, siempre garantizando un acceso en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos (GOVERNO DO BRASIL, 2021).

Por otro lado, en lo que tiene que ver con los desafíos para la incorporación de la regulación a prueba de futuro, particularmente en Brasil, es importante destacar que, de acuerdo con la OCDE, dicha regulación debe estar respaldada por una política regulatoria innovadora. Dada la rapidez en las transformaciones del tiempo, la disrupción económica y digital, las tensiones internacionales, la disminución de la confianza gubernamental y la incertidumbre política, se aumenta la complejidad de los asuntos que deben ser regulados.

En sus recomendaciones para la República Eslovaca, por ejemplo, la OCDE resaltó la importancia de que la única forma de intentar abordar estos desafíos será a través del cambio en la forma de pensar y abordar los problemas de políticas y la efectividad de las regulaciones heredadas. En su concepto, se hace necesario actualizar los procesos políticos, las formas de modernizar la regulación y la adopción de métodos innovadores de formulación de políticas para anticipar y pronosticar estos cambios, para adaptarse a los nuevos tiempos, para hacer políticas regulatorias "a prueba de futuro" (OECD, 2020a).

Esta nueva forma de entender la regulación fomentaría un equilibrio entre la previsibilidad del entorno regulatorio y la adaptabilidad al progreso científico y tecnológico. En ese sentido, el principio innovador, eje central de la regulación a prueba de futuro, debe implementarse desde el establecimiento y formulación de la agenda regulatoria, su redacción, la fase legislativa y la implementación (OECD, 2020b).

En estas fases, los reguladores deben preparar y gestionar la tecnología futura. Además de las preguntas clásicas sobre ¿cuál es el estado actual de la regulación?, ¿cuál es el momento más adecuado para regular?, ¿cuál debe ser el mejor enfoque?, es necesario analizar elementos

de prospectiva estratégica e innovación anticipatoria. La prospectiva estratégica (“*strategic foresight*”) permite a las autoridades regulatorias identificar desarrollos futuros plausibles a través de la exploración de impactos que pueden implicar ciertas políticas. Dentro de las herramientas que permiten desarrollar esta prospectiva se encuentra la exploración del horizonte, el análisis de megatendencias, la planificación de escenarios y el desarrollo de una imagen de un estado de futuro ideal o indeseable, inclusive de retroceso, para identificar qué pasos tomar o evitar (OECD, 2020c). A su vez, estas herramientas deberían analizar la regulación a partir de cinco áreas para la construcción de sistemas de prospectiva: demanda, capacidad, instituciones para coordinar, integración y retroalimentación (OECD, 2020d).

Por su parte, la innovación anticipatoria (“*anticipatory innovation*”) corresponde al marco a partir del cual se incorpora y aplica la prospectiva estratégica. En otras palabras, corresponde a la institucionalización y operacionalización de los métodos de prospectiva estratégica, la exploración de nuevos marcos de referencia y paradigmas sobre cómo pueden funcionar las cosas (ROBERTS, 2018). Esta innovación pretende captar señales débiles y comprometerse con ellas para buscar salidas y desbloques. Para garantizar esta fase, es necesario garantizar una autonomía estructural que proteja las prioridades, una cobertura política o institucional que dote de credibilidad y legitimidad a la emergencia de las tecnologías, y compromisos a largo plazo para investigar y probar nuevos conocimientos, incluso potencialidades de las tecnologías que serán reguladas (ROBERTS, 2018).

Una vez considerados los diferentes procesos estratégicos para preparar soluciones para escenarios futuros, es necesario verificar qué estrategias regulatorias podrían hacerse más innovadoras a lo largo de la formulación de las políticas. Entre estas estrategias se destacan la regulación basada en resultados o desempeño, que permite identificar las oportunidades alcanzadas por la innovación; las regulaciones basadas en la gestión (“*enforced self-regulation*”), que permiten trasladar la decisión a los reguladores —inclusive privados— con mayor información y conocimiento de riesgos y beneficios de un sector determinado (AYRES y BRAITHWAITE, 1992); la cooperación regulatoria internacional (IRC), más aún cuando la tecnología tiene nacionalidad, pero no fronteras; la regulación y la corrección (GALLO y PINILLA, 2020); y, entre otros, experimentos regulatorios como cláusulas de caducidad (“*sunset clauses*”) que definen objetivos y permiten ajustes a lo largo del tiempo o “*sandbox*” regulatorio que permita al sector privado implementar y probar nuevas ideas sin verse obligadas a cumplir con la regulación actual (OECD, 2020e).

Al considerar los diferentes procesos y estrategias regulatorias, la regulación a prueba de futuro puede constituir una práctica de mejora regulatoria que, junto con las tradicionalmente conocidas y presentadas previamente, pueden aplicarse de manera coordinada para incluir categorías que midan los impactos de los cambios regulatorios en elementos claves de la economía, en grupos sociales marginados o subrepresentados, en el medioambiente y en la cultura. De acuerdo con la OCDE, la posibilidad de que estos grupos puedan incluir, aún más, sus voces en los diferentes procesos de participación de las partes interesadas ayudaría a los

órganos reguladores a comprender de manera profunda cómo las políticas pueden afectar a estos grupos ahora y en el futuro (OECD, 2020f).

Esta visión de futuro de la regulación permitiría concretizar el hábito de compatibilizar el desarrollo y la sustentabilidad como una de las características de las decisiones públicas. La incorporación de criterios de sostenibilidad al proceso regulatorio también es consecuente con una regulación a prueba de futuro. De acuerdo con Juarez Freitas, la regulación que se pretende es aquella que se presente en condiciones de operar con un menor impacto negativo, y, simultáneamente, con mayores beneficios sociales, económicos y ambientales. En este contexto, el Estado debe insistir y cobrar de los actores sociales la concreción de la sostenibilidad en diferentes procesos, sean productivos, de consumo o posteriores al mismo. Regular con base en la sostenibilidad hace de la regulación una función con un amplio contenido constitucional, por lo menos en lo que concierne a Brasil (FREITAS, 2016).

A grandes rasgos, la incorporación y aplicación de la regulación a prueba de futuro requiere un amplio rigor y conocimiento técnico e interdisciplinario. El diseño de regulaciones a través de herramientas y métodos para hacer políticas públicas más efectivas y proyectadas hacia el futuro, es un desafío para los reguladores. La disrupción de la innovación y la tecnología propone nuevos paradigmas, frente a los cuales el derecho regulatorio debe responder. La regulación a prueba de futuro puede ser una respuesta que pondere beneficios y riesgos del acelerado mundo digital.

CONSIDERACIONES FINALES

La aceleración de la transformación tecnológica y la incorporación de un ecosistema digital público, representa una gran oportunidad para hacer de los procesos del Estado, en especial, aquellos relacionados con la producción normativa y regulatoria, una oportunidad para contextualizar Brasil dentro de la tendencia de las prácticas de las mejoras o calidad regulatorias. No obstante, a pesar de que el país ha realizado tentativas, la mayoría de ellas se presenta de forma independiente y desorganizada. Aún falta una adecuada articulación de los instrumentos, así como investigación de los supuestos generales que posibiliten el aprovechamiento de esta oportunidad.

La tendencia en materia de incorporación de las prácticas de mejora regulatoria se ha dado considerablemente en sede administrativa y sobre supuestos exclusivamente económicos. En un país como Brasil, con una Constitución de amplio contenido social, con la garantía de un derecho fundamental al desarrollo sostenible, esta incorporación no puede seguir únicamente ese camino. Por el contrario, debe valorar dentro de la regulación, además de supuestos económicos, aspectos relacionados con la regulación social, ambiental y cultural.

Es precisamente esa noción de desarrollo que impone una lectura cuidadosa en la adopción de recomendaciones internacionales para una mejor gestión en el ejercicio de la actividad administrativa. Esta lectura, pautada por la competencia, la prestación adecuada de los

servicios públicos y la garantía efectiva de los postulados constitucionales, reconoce un equilibrio, alejándose de posiciones fundamentalistas. La utilización de los instrumentos de intervención estatal previstos en la Constitución requiere una aplicación racional y consciente de que los modelos de desarrollo son cíclicos y dinámicos, responden a contextos históricos y culturales propios de cada país.

Frente al desafío de incorporar mejoras regulatorias para pensar y proponer soluciones a diferentes problemas sociales, económicos, ambientales y culturales, se presenta un paradigma: la tecnología y la innovación que entran en un ritmo acelerado. La posibilidad y necesidad de armonizar estos desafíos y paradigmas obliga a pensar nuevas formas de entender la regulación. En ese sentido, la regulación a prueba de futuro ("*future-proof regulation*") se muestra como una herramienta que permite comprender los cambios rápidos, disruptivos y transformadores.

A partir del principio innovador, esta herramienta implica desarrollar una política regulatoria pautada o proyectada sobre el futuro, que sea consecuente con una economía social de mercado, con la necesidad de superar las amplias brechas de desigualdad social, las alarmantes transformaciones ambientales del planeta y la pérdida del patrimonio cultural de las naciones. Para tal fin, las normas preparadas para el futuro deben dar prevalencia a un amplio contenido de participación social y al diálogo interdisciplinario para la gestión de procesos y estrategias para una mejora regulatoria. No obstante, el diseño de regulaciones a través de herramientas y métodos para hacer políticas públicas más efectivas y proyectadas hacia el futuro, es un desafío para los reguladores.

REFERENCIAS

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation*. Transcending the Deregulation Debate. New York: Oxford University Press, 1992. Disponible en: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Consultado el 15 de junio de 2021.

AYUSO, Silvia. La OCDE vaticina un futuro económico menos sombrío, pero aún muy frágil. *El País*, 1 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2020-12-01/la-ocde-vaticina-un-futuro-economico-menos-sombrio-pero-aun-muy-fragil.html>. Consultado el 15 de junio de 2021.

BERNARDES, Luanna. Homem preso após reconhecimento por foto 3X4 de quando era adolescente deixa a cadeia no RJ. *UOL*, 13 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.band.uol.com.br/noticias/homem-presos-apos-reconhecimento-por-foto-3x4-de-quando-era-adolescente-deixa-a-cadeia-no-rj-16448420>. Consultado el 17 de junio de 2021.

BALDOLI, Roberto; RADELLI, Claudio M. Foundations of Regulatory Choice: Precaution, Innovation... and Nonviolence? *Journal of Contemporary European Research*, v. 17, n. 2, p. 187-204, 2021. 10.30950/jcer.v17i2.1177. Consultado el 18 de agosto de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *O Brasil e a OCDE*. Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Consultado el 18 de agosto de 2021.

BRASIL. *Brasil recebe aprovação da OCDE de novos instrumentos legais na área de Ciência e Tecnologia*. Disponible en: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/educacao-e-pesquisa/2020/07/brasil-recebe-aprovacao-da-ocde-de-novos-instrumentos-legais-na-area-de-ciencia-e-tecnologia>. Consultado el 15 de mayo de 2021.

CALO, Rayan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. *UC Davis Law Review*, Davis, v. 51, n. 1, p. 400-435, nov. 2017. Disponible en: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/2/Symposium/51-2_Calo.pdf. Consultado el 19 de mayo de 2021.

CEPAL. El desafío social en tiempos del COVID-19. *Informe Especial*, 12 de mayo de 2020. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/5/S2000325_es.pdf. Consultado el 15 de junio de 2021.

CHANDER, Anupam. Future-Proofing Law. *UC Davis Law Review*, Davis, v. 51, n. 1, nov. 2017. Disponible en: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/1/Symposium/51-1_Chander.pdf. Consultado el 15 de junio de 2021.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. *Dictamen: normas preparadas para el futuro* SC/045, 14 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/future-proof-regulation-exploratory-opinion-slovak-presidency>. Consultado el 15 de junio de 2021.

CONSEJO DE COMPETITIVIDAD. *Better Regulation to Strengthen Competitiveness*. 26 de mayo de 2016. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9580-2016-INIT/en/pdf>. Consultado el 19 de junio de 2021.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *A simplificação no direito administrativo e ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 180-183.

FRANKS, Mary Anne. The Desert of the Unreal: Inequality in Virtual and Augmented. *Miami Law*, Miami, v. 51, n. 1, nov. 2017. Disponible en: https://repository.law.miami.edu/fac_articles/539/. Consultado el 15 de junio de 2021.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 16, n. 63, p. 93-105, en./mar. 2016.

GALLO-APONTE, William Ivan; PINILLA, Diego Enrique. Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el Derecho administrativo. Un análisis comparado. *Revista Direito Público IDP*, Brasília, v. 17, n. 93, 2020. Disponible en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4073>. Consultado el 17 de junio de 2021.

GALLO-APONTE, William; HACHEM, Daniel Wunder. Protección de datos y transparencia de la información: perspectivas para la regulación pospandémica en una sociedad digital a partir de algunas experiencias latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 14, n.1, p. 69-101, 2020.

GIUDICCI, Dorian; FARIS, Peter; CARRASCOSA, José. How to Evolve Regulation with Technologies for the Effective Spectrum Management. *IEEE International Symposium on Personal, Indoor and Mobile Radio Communications, PIMRC*, Bologna, v. 18, p. 795-799, dic. 2018. 10.1109/PIMRC.2018.8581014.

GOVERNO DO BRASIL. *Brasil terá 5G em 2022*. 22 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2021/03/brasil-tera-5g-em-2022>. Consultado el 25 de marzo de 2021.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. *Revista Brasileira de Direito Público*, Brasília, v. 24, p. 127-154, 2009.

LEMOS, Amanda. Brasil apressa lei para inteligência artificial, dizem especialistas. Críticos apontam falta de espaço para debate do marco legal. *Folha de São Paulo*, 18 de julio de 2021. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/07/brasil-apressa-lei-para-inteligencia-artificial-dizem-especialistas.shtml>. Consultado el 23 de julio de 2021.

LHER, David; OHM, Paul. Playing with the Data: Legal Scholars Should Learn. About Machine Learning. *UC Davis Law Review*, Davis, v. 51, n. 1, p. 653-717, nov. 2017. Disponible en: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/2/Symposium/51-2_Lehr_Ohm.pdf. Consultado el 25 de marzo de 2021.

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014.

MIGLIACCI, Paulo. Inteligência artificial do Facebook rotulou homem negro como primata. *Folha de S.Paulo*, 4 de setembro de 2021. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/09/>

inteligencia-artificial-do-facebook-rotulou-homem-negro-como-primata.shtml. Consultado el 23 de abril de 2021.

MORENO-CASTILLO, Luis Ferney; GALLO, William. De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria. *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 17, 2019. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22174>. Consultado el 23 de abril de 2021.

MORENO-CASTILLO, Luis Ferney. *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

MORENO-CASTILLO, Luis Ferney; MONTES, Karina. *Mejora regulatoria: análisis de impacto normativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2021. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/f0de4c7e-3d00-4d0c-a5a2-a0d9f8dbcf8f/content>. Consultado el 23 noviembre de 2022.

NOHARA, Irene. Estatal para Além do Maniqueísmo Superficial. *Direito Administrativo*, 2013. Disponible en: <https://direitoadm.com.br/182-estatal-para-alem-do-maniqueismo-superficial/>. Consultado el 23 de abril de 2021.

NOHARA, Irene. 5 pontos explosivos da PEC 32 da Reforma Administrativa. *Direito Administrativo*, 7 de febrero de 2021. Disponible en: <https://direitoadm.com.br/5-pontos-explosivos-da-pec-32-da-reforma-administrativa/>. Consultado el 23 de abril de 2021.

NOHARA, Irene Patrícia, SANTANNA, Gustavo da Silva. Análisis del impacto de la regulación y las nuevas tecnologías en la gestión pública. Mejora de la regulación y la tecnología en el derecho administrativo contemporáneo. In: MORENO-CASTILLO, Luis; GALLO-APONTE, William; VALLE, Vivian Cristina Lima. *Tecnología, Administración Pública y Regulación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021. p. 57-90.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Recomendación del consejo sobre política y Gobernanza Regulatoria*. 2012. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>. Consultado el 23 de abril de 2021.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Rethinking Quality Assurance for Higher Education in Brazil: Reviews of National Policies for Education*. Paris: OECD Publishing, 2018a. <https://doi.org/10.1787/9789264309050-en>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Digital Government Review of Brazil: Towards the Digital Transformation of the Public Sector*, OECD Digital Government Studies. Paris: OECD Publishing, 2018b. <https://doi.org/10.1787/9789264307636->

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Getting Skills Right: Brazil, Getting Skills Right*. Paris: OECD Publishing, 2018c. <https://doi.org/10.1787/9789264309838-en>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Estudio de cooperación regulatoria internacional de México*. Paris: OECD Publishing, 2018d. <https://doi.org/10.1787/9789264305762-es>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones*. Paris: OECD Publishing, 2019a. <https://doi.org/10.1787/0fe43505-es>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Strategic Foresight for Better Policies: Building Effective Governance in the Face of Uncertain Futures*. Oct. 2019b. Disponible en: <https://www.oecd.org/strategic-foresight/ourwork/Strategic%20Foresight%20for%20Better%20Policies.pdf>. Consultado el 23 de abril de 2021.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Regulatory Policy in the Slovak Republic: Towards Future-Proof Regulation*. Paris: OECD Publishing, 2020a. <https://doi.org/10.1787/ce95a880-en>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Regulatory Impact Assessment. In: OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*. Paris: OECD Publishing, 2020b. <https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Regulatory Quality and COVID-19. Managing the Risk and Supporting the Recovery*. 2020c. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=131_131923-jisarlbai9&title=Regulatory-Quality-and-COVID-19-Managing-the-Risk-and-Supporting-the-Recovery

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Review of Corporate Governance of State-Owned Enterprises: Brazil*. Paris: OECD Publishing, 2020d. Disponible en: <https://www.oecd.org/corporate/SOE-Review-Brazil.pdf>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Es necesario actuar con rapidez para que las personas puedan afrontar los retos de un mundo laboral en constante cambio, asegura la OCDE*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/informeperspectivasdeempleo2019delaocde.htm>. Consultado el 18 de mayo de 2021.

OSPINA, Frank. Covid-19 y el futuro de la regulación. *Centro de Estudios Regulatorios*, 24 marzo de 2020. Disponible en: <https://www.cerlatam.com/publicaciones/covid-19-y-el-futuro-de-la-regulacion/>. Consultado el 18 de mayo de 2021.

PIKETTY, Thomas. *Capital e ideologia*. Trad. Dorothée de Bruchard y Maria de Fátima Oliva do Couto. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

RANCHORDÁS, Sofia; VAN'T SCHIP, Mattis. Future-proofing legislation for the digital age. In: RANCHORDÁS, Sofia; ROZNAI, Yaniv (coords). *Time, Law, and Change an Interdisciplinary Study*. Oxford: Hart Publishing, 2020.

ROBERTS, Alex. *OCDE Innovation facets part 6: Anticipatory innovation*, 2018. Disponible en: <https://oecd-opsi.org/innovation-facets-part-6-anticipatory-innovation/>. Consultado el 18 de mayo de 2021.

SAIKALI, Lucas Bossoni. *Regulação dos serviços de streaming sob demanda*. Dissertação [Tesis de Magíster] (Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

SCHLOSBERG, Justin; FREEDMAN, Des. Opening the gates: Plurality regulation and the public interest. *Journal of Digital Media & Policy*, v. 11, n. 2, p. 115-132, jun. 2020. https://doi.org/10.1386/jdmp_00017_1

THORSTENSEN, Vera; JÚNIOR, Mauro Kitthi Arima. Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE. *Working Paper*. CCGI, São Paulo, n. 22, mayo 2020. Disponible en: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29175/TD%20527%20%20CCGI_22.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado el 18 de mayo de 2021.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Tribunais de Contas e o controle das agências reguladoras: um diálogo possível para o fortalecimento da justiça administrativa à luz da Lei Federal n. 13.848/2019. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 286-310, sept./dic. 2020. Disponible en: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n3/revista_v22_n3_286.pdf. Consultado el 18 de mayo de 2021.

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

GALLO-APONTE, William Ivan Gallo; MORENO-CASTILLO, Luis Ferney. La regulación a prueba de futuro (“*future-proof regulation*”) como práctica de mejora regulatoria. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2304, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202304>

William Ivan Gallo Aponte

CANDIDATO A DOCTOR EN DERECHO ECONÓMICO (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ – PUCPR). L.L.M FELLOW EN GLOBAL RULE OF LAW AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY. MAGISTER EN DERECHO ECONÓMICO Y DESARROLLO. ABOGADO HABILITADO EN BRASIL Y COLOMBIA.

williamg.aponte@gmail.com

Luis Ferney Moreno Castillo

ABOGADO DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. DOCTORADO EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE LOVAINA, BÉLGICA. DIRECTOR DE LA FIRMA MORENO SERVICIOS LEGALES. PROFESOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO MINERO-ENERGÉTICO DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

luis.moreno@uexternado.edu.co

A regulação de conteúdo nas redes sociais: uma breve análise comparativa entre o *NetzDG* e a solução brasileira

THE REGULATION OF CONTENT ON SOCIAL NETWORKS: A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN NETZDG AND THE BRAZILIAN SOLUTION

Gabriel Ribeiro Brega¹

Resumo

O presente artigo busca analisar a responsabilização normativa, no sistema brasileiro, dos provedores de redes sociais pelo conteúdo publicado *on-line*. Nesse âmbito, almeja perquirir os reflexos de uma possível responsabilização de tais agentes pela sua recusa em excluir determinada publicação após receberem uma notificação que aponta para sua ilegalidade. Para tal fim, em um primeiro momento, o artigo expõe o atual regime de responsabilização de provedores de aplicação no Brasil, consagrado pelo Marco Civil da Internet. Em seguida, a pesquisa recorre ao direito comparado, valendo-se do método funcional para estudar a regulação alemã nesse sentido (o *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* – *NetzDG*), que foi um dos primeiros e mais influentes diplomas a trazer uma exigência mais rigorosa para que os provedores de redes sociais exerçam um controle mais efetivo sobre o conteúdo publicado *on-line*. A conclusão a que se chegou é a de que o sistema brasileiro não deve modificar seu atual regime, mas pode incorporar exigências de formalização e transparência que o regime alemão adota.

Palavras-chave

NetzDG; direito comparado; responsabilidade civil; internet; redes sociais.

Abstract

This article aims to analyze the normative accountability, in the Brazilian system, of social network providers for content published online. In this context, it aims to investigate the effects of a possible liability of such agents for their refusal to remove a certain publication, after receiving a notification that points to its illegality. To this end, the article first exposes the current regime of liability of application providers in Brazil, enshrined in the Internet Civil Framework. Subsequently, the research uses Comparative Law, resorting to the functional method to study German regulation in this sense (the *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* – *NetzDG*), which was one of the first and most influential texts to bring a stricter requirement for social network providers to exercise more effective control over content published online. The conclusion reached is that the Brazilian system should not change its current regime, but may incorporate requirements of formalization and transparency that the German regime adopts.

Keywords

NetzDG; Comparative Law; Tort Law; internet; social networks.

INTRODUÇÃO

No dia 26 de junho de 2020, as ações do Facebook sofreram uma queda de 8,31% na bolsa de valores eletrônica Nasdaq. Somente do dia 22 ao dia 27 daquele mês, o valor de mercado da empresa foi reduzido em US\$ 74,6 bilhões (GAGLIONI, 2020). O motivo: mais de 150 empresas – entre as quais constam nomes como Unilever, Ford e Adidas – anunciaram um boicote à rede social, comprometendo-se a deixar de anunciar na plataforma no mês de julho.

A ação é resultado da campanha *Stop Hate For Profit* (pare de lucrar com o ódio, em tradução livre), que demanda do Facebook uma postura mais ativa – e combativa – ante as publicações na rede que veiculem discurso de ódio. Segundo disponibilizado no próprio *site* da campanha, que é encabeçada por organizações como *Anti-Defamation League* (ADL), *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) e *Sleeping Giants*, o Facebook estaria adotando uma postura leniente com relação ao discurso de ódio e à violência presentes na plataforma. Em 2019, após enfrentar críticas de mesmo teor, o *Chief Executive Officer* (CEO) da empresa, Mark Zuckerberg, mostrou-se resistente à exclusão de conteúdo *on-line*, por considerar que isso prejudicaria a liberdade de expressão que, a seu ver, sua rede cria (PAUL, 2019).

Tal cenário, que também atingiu o Twitter, revela uma nova tendência para os provedores de redes sociais, impulsionada tanto pela sociedade civil quanto pelo meio empresarial – que tem tais plataformas, hoje, como principal meio para divulgação de seus produtos e serviços. Essa nova tendência acaba por mover, gradativamente, a responsabilidade daquilo que é publicado na internet para a plataforma provedora, substituindo a ideia de que somente a conta que publicou o conteúdo seria por ele responsável. Contudo, referida dinâmica pode representar graves riscos para a liberdade de expressão, pois poderia levar a uma remoção excessiva de conteúdos publicados.

Diante dessa mudança de perspectiva, mostra-se necessário questionar o papel do Direito nesse processo: deve ele reforçar, normativamente, a exigência de que os provedores de redes sociais regulem o conteúdo nelas veiculado, ou deve tal dinâmica ser exercida pelos agentes econômicos apenas? Assim, o presente artigo almeja constatar se deve o Direito, especificamente, o brasileiro, modificar sua forma de responsabilização das empresas provedoras de redes sociais¹ – atualmente regulada pelo Marco Civil da Internet –, a fim de se coadunar com esses movimentos. A hipótese ante o questionamento feito é de que tal modificação não deve ser feita, tendo em vista que transferiria para as redes sociais o poder de decidir

...

1 Aqui, as redes sociais são entendidas como uma espécie de “provedores de aplicações de internet”, na nomenclatura utilizada pelo Marco Civil da Internet. Assim, não será analisada a responsabilidade dos provedores de conexão, nem de outras formas de provedores. Ademais, dentro da noção de “provedores de aplicações de internet”, somente serão estudadas as redes sociais, de modo que outras aplicações, como serviços de busca, não se incluem no escopo deste artigo.

sobre o que deve ou não permanecer nas plataformas, que hoje possuem enorme importância para a democracia.

A pesquisa ora desenvolvida se mostra de grande relevância tendo em vista o enorme impacto que essa mudança de paradigma causaria no debate nas redes sociais, que hoje dominam os cenários político e social. Ademais, tal responsabilização sobre conteúdo publicado já vem sendo intensamente discutida no Brasil e no mundo, sobretudo conectada à problemática da desinformação; esta, no momento, está sendo debatida no Congresso Nacional com o Projeto de Lei (PL) n. 2.630/2020.²

Vale ressaltar que este artigo não se ocupará da questão da regulação do comportamento dos usuários pelas redes sociais, mas tão somente da regulação do conteúdo postado. Assim, temas como comportamento inautêntico e *bots* não serão abordados com profundidade.

Outrossim, a pesquisa se iniciou com uma revisão bibliográfica consistente na leitura de textos que tratam da abordagem normativa sobre conteúdo publicado *on-line*. O estudo inicial sugeriu a relevância de se recorrer ao direito comparado, tanto pela universalidade do tema tratado quanto pelo fato de outros sistemas jurídicos já terem promovido a mudança aludida – responsabilizando os provedores das redes pelo conteúdo publicado após notificação. Ainda, destacou-se o sistema alemão para promover este estudo comparativo: a Alemanha foi um dos primeiros países a adotar uma forma mais rigorosa de responsabilização das redes sociais pelo conteúdo publicado, e, como a lei que promoveu tal modificação – o *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (*NetzDG*) – traz a obrigação da elaboração de relatórios pelas redes, existem amplos e profundos estudos acerca de suas consequências.

Ademais, vale ressaltar que existem pesquisas que indicam que esse projeto alemão de responsabilização de redes sociais influenciou processos legislativos semelhantes em muitos países. Essa influência não se limita somente ao âmbito europeu, em que o diploma germânico serviu de inspiração para regulações na França e na Rússia; na realidade, estendeu-se por todo o globo, e há registros de menções a ela nos debates parlamentares e até mesmo nas partes introdutórias de leis, em países como Singapura, Malásia, Filipinas, Venezuela e Honduras. Tal influência também pode ser constatada em outros tantos, como Austrália e Índia (MCHANGAMA e FISS, 2019).

Assim, o presente estudo recorre ao direito comparado para tentar trazer uma resposta à questão proposta, e, na seara comparativa, vale-se do método funcional, que busca identificar respostas jurídicas similares ou distintas, funcionalmente equivalentes, para conflitos sociais semelhantes (DUTRA, 2016). Aliás, encontrando-se a equivalência funcional, ainda que

...

2 O artigo, vale dizer, não se debruçará sobre os atuais projetos de lei em trâmite no Congresso brasileiro, tendo em vista que, neste momento, os PLs ainda estão em discussão. Ademais, o foco destes é a regulação sobretudo de comportamento, e não de conteúdo.

em bases normativas distintas, pode-se levar a problemática a um nível de maior abstração (REITZ, 1998, p. 625).

Portanto, o artigo discutirá, primeiro – e de forma breve –, a atual relação existente entre as redes sociais e o debate, percorrendo as diferentes formas de responsabilização de seus provedores. Em seguida, descreverá o regime jurídico vigente no Brasil de responsabilização de redes sociais por conteúdos publicados. Após isso, explicitará como era a regulação na Alemanha antes do *NetzDG*, as mudanças que a lei trouxe e quais as suas consequências. Por fim, buscará extrair conclusões a partir da comparação desenvolvida.

1. O PAPEL E A RESPONSABILIDADE DAS REDES SOCIAIS NO DEBATE DEMOCRÁTICO

1.1. O DISCURSO NAS REDES E AS BOLHAS

Em 2018, o Facebook atingiu a marca de 127 milhões de usuários ativos no Brasil (OLIVEIRA, 2018). Tal dado revela a importância que as redes sociais possuem na sociedade contemporânea, cada vez mais conectada e interligada pela internet. Em certa medida, a internet promoveu uma democratização dos meios de comunicação, antes restritos às grandes editoras. Conforme ressalta Branco (2017, p. 56), em nenhuma outra plataforma a liberdade de expressão se manifestou de forma tão intensa como nas redes sociais, pois nelas não há nenhum tipo de controle prévio sobre o que é publicado – o conteúdo postado depende somente da vontade do autor.

Embora isso tenha trazido enormes benefícios, como o incentivo ao debate, o maior acesso à informação e a possibilidade de manifestação a atores até então sem destaque nos meios de comunicação em massa, foi também responsável por um processo de desgaste das instituições e da própria verdade. Incentivados pela sensação de impunidade que o meio digital – com o aparente anonimato – oferece, a desinformação e o discurso de ódio dominaram a internet nos últimos anos, influenciando processos políticos e a prática discursiva como um todo.

Tal realidade se mostra ainda mais preocupante quando se considera que ela opera sob a assim chamada “bolha de filtros”. Na obra *O filtro invisível*, Eli Pariser (2011) afirma que os algoritmos de personalização do conteúdo *on-line* levam à criação de uma bolha digital, na qual o usuário entra em contato somente com aquilo que lhe interessa. As redes sociais, com base em comportamentos e interações dos usuários, traçam um perfil de cada pessoa, que engloba seus interesses, seus posicionamentos políticos, suas áreas de estudo e pesquisa, entre outros. Assim, as redes sociais criam um *feed* ou uma linha do tempo específica para cada usuário, que contém uma combinação daquilo por que ele mais se interessa e daquilo que está sendo mais comentado no momento.

Embora, de um lado, essa filtragem gere maior interesse pelas redes sociais e maior engajamento no espaço virtual, ela possui graves consequências para o debate e para a formação de opinião. A partir do momento em que o usuário está inserido em uma “bolha de filtros”,

que só lhe mostra aquilo pelo qual tem interesse, ele deixa de estar exposto a outras ideias e a outros posicionamentos; o usuário passa a estar cercado de ideias com as quais já está familiarizado, o que lhe dá uma certeza excessiva sobre sua convicção. Dessa maneira, perde-se a possibilidade de enxergar um tópico determinado sob outras perspectivas e o usuário perde o interesse por aprender coisas novas. Segundo Pariser (2011), esse processo prejudica o equilíbrio existente entre o fortalecimento das ideias que já possuímos e a aquisição de novas ideias. Nesse sentido, vale destacar:

Tal qual uma lente, a bolha dos filtros transforma inevitavelmente o mundo que vivenciamos, determinando o que vemos e o que não vemos. Ela interfere na inter-relação entre nossos processos mentais e o ambiente externo. Em certos casos, pode atuar como uma lente de aumento, sendo muito útil quando queremos expandir a nossa visão sobre uma área específica do conhecimento. No entanto, os filtros personalizados podem, ao mesmo tempo, limitar a variedade de coisas às quais somos expostos, afetando assim o modo como pensamos e aprendemos. Podem perturbar o delicado equilíbrio cognitivo que nos ajuda a tomar boas decisões e a ter novas ideias. E como a criatividade também resulta dessa inter-relação entre a mente e o ambiente, os filtros podem prejudicar a inovação. Se quisermos saber como o mundo realmente é, temos que entender como os filtros moldam e distorcem a visão que temos dele. (PARISER, 2011, p. 58)

Essa lógica de funcionamento das redes sociais leva a uma crescente polarização e extremização dentro de determinadas posições. Isso se reflete nos conteúdos publicados, entre os quais, conforme supracitado, cada vez mais se encontram o discurso de ódio e a desinformação. Ante esse cenário, surge a reflexão a respeito da responsabilidade que os provedores de redes sociais têm sobre o conteúdo publicado nas plataformas. Questiona-se se as publicações seriam, de alguma forma, a eles imputáveis, e o papel deles diante da proliferação da desinformação e do discurso de ódio nas redes.

Passa-se, na próxima seção, a analisar as diferentes vertentes teóricas a respeito da responsabilização dos provedores de redes sociais pelos conteúdos publicados nas plataformas.

1.2. A RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES

De acordo com a sistematização promovida por Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos (2016) em sua obra *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*, existem três principais vertentes de pensamento acerca de como os provedores de aplicação (e, entre eles, os provedores de redes sociais) devem ser responsabilizados por conteúdos disponibilizados nas plataformas. Assim, pela relevância dessas contribuições para a compreensão da opção normativa feita pelos sistemas jurídicos ora estudados, vale elucidar suas ideias.

Conforme uma primeira vertente, os provedores não têm nenhuma responsabilidade sobre as publicações, tendo em vista que são encarados como meros intermediários entre o usuário

ofendido e o que fez a ofensa. Assim, não há conduta do provedor que possa fazer com que a responsabilidade seja atraída para si (de modo que nem mesmo pode figurar no polo passivo desse tipo de demanda).

Entretanto, há aqueles que defendem uma responsabilização objetiva dos provedores, ideia pela qual estes passariam a ter um dever de monitoramento sobre todo conteúdo publicado. Essa vertente se baseia, segundo alguns defensores, na ideia de que os provedores desenvolvem uma atividade de risco, que, de acordo com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, dá ensejo à aplicação de uma responsabilização objetiva. Já na visão de outros, tal regime deveria ser aplicado, pois entre o usuário e o provedor existiria uma relação de consumo, e o fato de o usuário ter recebido uma ofensa, por exemplo, configuraria um defeito no serviço prestado.

Por fim, existe uma vertente, intermediária a essas duas, que defende a responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicação. Nessa perspectiva, deve haver um comportamento (seja comissivo, seja omissivo) do provedor para que este possa atrair para si a responsabilização pela conduta do usuário, sendo que a teoria se bifurca em relação ao comportamento que ensejaria dita responsabilidade. De um lado, o provedor poderia ser responsabilizado caso recebesse uma notificação acerca de um conteúdo que viola certo direito e não atendesse ao aviso; de outro lado, ele poderia ser responsabilizado somente se não acatasse uma decisão judicial que ordenasse a retirada de certa publicação.

Conforme será constatado, tanto no Brasil quanto na Alemanha adota-se a teoria da responsabilidade subjetiva do provedor. No Brasil, antes do Marco Civil, utilizava-se a interpretação pela qual a responsabilidade seria decorrente do não atendimento a uma notificação; o Marco, por sua vez, passou a adotar a concepção da responsabilidade somente no caso de descumprimento de decisão judicial. Já na Alemanha, a interpretação prevalente é a da responsabilidade por notificação, embora existam algumas *nuances* que devem ser analisadas.

2. REGULAÇÃO BRASILEIRA

Ao longo dos anos 2000, a questão da responsabilidade civil dos provedores de redes sociais no Brasil era tratada sobretudo pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que analisava a aplicação dos dispositivos do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor aos conflitos surgidos no meio digital. O Tribunal, ao longo de seus julgamentos, firmou o entendimento de que os provedores de aplicações não possuem responsabilidade objetiva sobre o conteúdo postado (afastando a incidência da teoria do risco) e não têm o dever de monitorar as publicações; contudo, estabeleceu que tinham uma responsabilidade subjetiva a partir do momento que fossem notificados sobre a existência de um conteúdo violador de algum direito. Dessa forma, de acordo com o entendimento da Corte, os provedores de aplicação seriam solidária e subjetivamente responsáveis pelos conteúdos ofensivos caso recebessem uma notificação acerca deles e não os

removessem imediatamente (SOUZA e LEMOS, 2016, p. 82-83). Nessa toada, vale transcrever a seguinte ementa:

Direito civil e do consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no *site* pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de conteúdo ofensivo. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada imediata do ar. Dever. Disponibilização de meios para identificação de cada usuário. Dever. Registro do número de IP. Suficiência.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. [...] 8. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, 2010)

Em abril de 2014, após anos de discussão, foi aprovado no Brasil o Marco Civil da Internet. O debate acerca do Marco teve suas origens em 2007, com as reações contrárias a projetos de leis de caráter criminal para a regulação do meio digital. Em lugar de regulações normativas que criminalizariam condutas típicas na internet e restringiriam a inovação digital, a comunidade acadêmica e a sociedade civil passaram a defender um marco regulatório civil para a internet. Assim, opondo-se tanto à proposta de uma regulação repressiva quanto à ideia de que uma “internet livre” seria aquela sem leis, tais grupos passaram a defender a

criação de um diploma que pudesse garantir e promover direitos e liberdades na rede (SOUZA e LEMOS, 2016).

Em 2009, as discussões chegaram ao governo federal, que, então, por meio do Ministério da Justiça, convocou um grupo de acadêmicos especializados no tema para iniciar o processo de construção do almejado diploma. A elaboração do anteprojeto foi acompanhada por um amplo e profundo debate público que se deu por meio do próprio meio a ser regulado: a internet. O processo foi dividido em duas fases, que contaram com contribuições dos mais diversos setores – desde indivíduos interessados até empresas e organizações da sociedade civil –, e que buscaram absorver da forma mais eficiente possível as opiniões e sugestões enviadas (SOUZA e LEMOS, 2016). Em 2011, o projeto, fruto dessa consulta, foi enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo. No Legislativo, a proposta enfrentou ainda um longo e intenso debate, e foi aprovada após três anos, entrando em vigor no dia 23 de junho de 2014, como a Lei n. 12.965/2014.

O diploma (BRASIL, 2014) estabelece um regime subjetivo de responsabilização dos provedores de redes sociais (que se enquadram no que a lei chama de provedores de aplicações), pelo qual estes, via de regra, só podem ser responsabilizados caso deixem de cumprir uma decisão judicial que determina a exclusão de um conteúdo – mudando o entendimento desenvolvido pelo STJ. Nesse sentido, vale transcrever a disposição:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (BRASIL, 2014)

Assim, consagrou-se a responsabilização subjetiva dos provedores, não a partir da notificação do usuário, como vinha sendo construído pelo STJ, mas sim a partir de notificação judicial. Não há, nesse caso, a estipulação, de forma geral, de um prazo para a retirada do conteúdo, sendo este estabelecido em cada decisão judicial. Dessa forma, o provedor será responsabilizado caso, no prazo constante da decisão judicial, não retire o conteúdo para cuja remoção foi notificado.

Caitlin Mulholland (2015) sustenta que há, no Marco Civil, quatro requisitos necessários para a responsabilização legal do provedor de aplicações por conteúdos gerados por terceiros: (1) o pedido de notificação judicial formulado por pessoa que alega ter tido seu direito violado; (2) a avaliação judicial, ainda que liminar e antecipada, no sentido de que o conteúdo tem potencial lesivo; (3) a decisão judicial que notifica o provedor para a retirada do conteúdo, com sua devida indicação e estipulação de prazo para cumprimento; e (4) o descumprimento da notificação judicial.

Com isso, constata-se que:

[...] i) restou clara a responsabilidade subjetiva por omissão do provedor que não retira o conteúdo ofensivo, após a devida notificação judicial; ii) a mera notificação extrajudicial, em regra, não ensejará o dever jurídico de retirada do material; iii) esta opção de responsabilidade parece buscar o objetivo de assegurar a liberdade e evitar a censura privada; iv) o Judiciário foi considerado a instância legítima para definir a eventual ilicitude do conteúdo em questão; e v) a remoção de conteúdo não dependerá exclusivamente de ordem judicial, de forma que o provedor poderá a qualquer momento optar por retirar o conteúdo, e quando responderá por conduta própria. (TEFFÉ e MORAES, 2017, p. 131-132)

O STJ, assim, passou a adotar o entendimento de que: (1) para fatos ocorridos anteriormente à entrada em vigor do Marco Civil, aplica-se a responsabilização subjetiva a partir da mera notificação do usuário; e (2) para fatos ocorridos já sob a vigência do Marco Civil, aplica-se a responsabilização subjetiva a partir da notificação judicial. Nesses termos, vale colacionar recente julgado da Corte:

Processual civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Pedido de remoção de publicações alegadamente ilícitas e concessão de registros de conexão e acesso. Litisconsórcio passivo necessário entre o provimento de aplicação e o suposto autor do conteúdo. Ausência.

[...]

4. A responsabilidade dos provedores de aplicações por conteúdos gerados por terceiros é subjetiva, tornando-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo a partir do conhecimento da lesão que determinada informação causa, se não tomar as providências necessárias para a sua remoção e caso o fato tenha se verificado quando não estava em vigor a Lei n. 12.965/14, ou a partir da notificação judicial para remoção do conteúdo, nos termos do art. 19 do MCI. 5. São dois os fundamentos do litisconsórcio necessário: (i) a existência de específica determinação legal, em razão do juízo de conveniência formulado pelo legislador; (ii) a incindibilidade das situações jurídicas de dois ou mais sujeitos (art. 114 do CPC/2015). O segundo fundamento refere-se aos casos de litisconsórcio passivo unitário, nos quais não é possível que um sujeito da relação jurídica suporte determinado efeito sem atingir todos os que dela participam. 6. Tratando-se de demanda na qual se busca impor ao provedor de aplicação a obrigação de remover determinadas publicações e de fornecer registros de acesso e conexão, não há litisconsórcio passivo necessário com o autor dos conteúdos. Tais providências incumbem ao provedor, mantenedor da rede social. Ou seja, eventual procedência dos pedidos não atingirá a esfera jurídica do autor das publicações. Ademais,

eventual ilicitude do conteúdo da publicação e que poderá, eventualmente, resultar na responsabilização do seu autor, não acarretará, necessariamente, a responsabilidade do provedor. 7. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2022)

Ademais, prevê o artigo 19, § 1º, do Marco Civil da Internet, que a ordem judicial deve conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo a ser removido, permitindo sua localização. Não houve, dessa maneira, exigência expressa do fornecimento da *Uniform Resource Locator* (URL), o que, dada a possibilidade de os conteúdos se tornarem virais, replicando-se, poderia limitar a efetividade da solução judicial. No entanto, estudos apontam que isso não tem sido seguido pelos Tribunais, que comumente pedem a indicação do endereço da página (TEFFÉ e MORAES, 2017).

O artigo 20 do mesmo diploma, por seu lado, dispõe que, na hipótese de o provedor de aplicações possuir o contato do usuário cujo conteúdo foi removido, caberá à empresa comunicá-lo do motivo da indisponibilização do conteúdo e fornecer-lhe informações que lhe permitam o exercício do contraditório e da ampla defesa em juízo. Pelo parágrafo único, poderá o usuário solicitar a substituição do conteúdo que foi tornado indisponível pela motivação ou ordem judicial motivadora da remoção.

O Marco, entretanto, traz duas exceções a esse regime de responsabilização. No artigo 19, § 2º, estabelece que violações de direitos autorais devem ser tratadas por “previsão legal específica” (BRASIL, 2014), o que, no caso, refere-se à Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1998), a qual dispõe que o provedor pode ser responsabilizado caso receba notificação acerca de um conteúdo que viole direitos autorais e não proceda à sua exclusão. Já no artigo 21, o diploma prevê que os provedores de aplicação podem ser responsabilizados caso sejam notificados sobre “violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” (BRASIL, 2014) – o que enquadra os famosos casos de pornografia de vingança –, e não procedam à indisponibilização do conteúdo.

Percebe-se, assim, clara opção do diploma pela maior proteção da liberdade de expressão, mesmo diante de conteúdos que possam ser vistos como ofensivos pelos usuários. Nessa perspectiva:

Pode-se afirmar, em resumo, que no artigo 19 do Marco Civil: i) restou clara a responsabilidade subjetiva por omissão do provedor de aplicações de internet que não retira o conteúdo ofensivo após a devida ordem judicial; ii) como regra, a mera notificação extrajudicial não ensejará o dever jurídico de retirada do material questionado; iii) a opção de responsabilidade de viés subjetivo coaduna-se com o fim de assegurar a liberdade e evitar a censura privada na rede; iv) o Poder Judiciário foi considerado a instância legítima para definir a eventual ilicitude do conteúdo questionado e para construir limites mais legítimos para a expressão na rede, o que, por consequência, também promove

uma maior segurança para os negócios desenvolvidos na Internet; e v) a remoção de conteúdo não dependerá exclusivamente de ordem judicial, de forma que o provedor poderá, a qualquer momento, optar por retirar o conteúdo caso ele vá contra os termos de uso que regem a plataforma. (SOUZA e LEMOS, 2016, p. 102)

Portanto, no atual regime jurídico brasileiro, que passou a ser seguido pelos tribunais após a entrada em vigor do Marco, os provedores das redes sociais ora em análise não podem, via de regra, ser responsabilizados por conteúdos publicados nas plataformas, mesmo que sejam notificados, pelos usuários, acerca de sua alegada ilegalidade – salvo nos casos de “pornografia de vingança” e de violação de direitos autorais. Assim, somente podem ser responsabilizados caso se recusem a cumprir mandado judicial que exige a retirada de determinado conteúdo.

Vale destacar que, apesar dessa forma de regulação, ainda assim as redes sociais removem, no Brasil, certos conteúdos contrários às suas diretrizes – seja a partir de denúncias, seja por constatação própria. De acordo com um relatório de transparência divulgado pelo Google, somente entre janeiro e março de 2020, 484.536 vídeos foram removidos no YouTube por violarem sua política interna (GOOGLE, 2020a). Desse modo, percebe-se que este é um procedimento relativamente comum, que ocorre ainda que o provedor não possa ser responsabilizado por não atender a uma notificação.

Apresentada a regulação brasileira da matéria, passa-se a explicitar a solução alemã para a questão.

3. REGULAÇÃO ALEMÃ

3.1. PRECEDENTES

Funcionalmente equivalente ao Marco Civil, tem-se, no âmbito da União Europeia, o *E-Commerce Directive* (Directive 2000/31/EC), que, em seu artigo 15(1), estabelece a proibição de que seus Estados-Membros obriguem os provedores a ativamente vigiar os conteúdos publicados em busca de ilegalidades (UNIÃO EUROPEIA, 2000). Entretanto, o artigo 14, cujo escopo inclui as redes sociais ora em discussão (*host providers*), prevê que os provedores não devem ser responsabilizados pelas publicações, desde que não tenham conhecimento efetivo acerca de sua ilegalidade. Tais disposições acabam por constituir um incentivo para que as empresas não promovam uma supervisão das publicações, a fim de evitar sua eventual responsabilização (SCHMITZ e BERNDT, 2019).

Essa perspectiva, de certa forma voluntarista, e que acabava por vincular as redes sociais às suas próprias diretrizes, foi reforçada quando da realização de um Código de Conduta (UNIÃO EUROPEIA, 2016) para as empresas digitais, assinado, inicialmente, pelo Facebook, pelo Twitter, pelo YouTube e pela Microsoft, que se comprometeram a adotar medidas mais efetivas para o combate do discurso de ódio *on-line*.

No âmbito legislativo alemão, essas normas do *E-Commerce* são, em sua essência, reproduzidas no *Telemediengesetz* (Lei das Telecomunicações), parágrafos 7 a 10. Assim, aplicou-se na Alemanha, às empresas provedoras de redes sociais, a doutrina do *Störerhaftung* (responsabilidade por interferências, em tradução livre), que, em linhas gerais, estabelece que um intermediário (no caso em tela, as redes sociais) só pode ser responsabilizado se conscientemente contribuir para a violação de determinado direito; dessa forma, quando um conteúdo ilegal publicado *on-line* for reportado, o provedor tem a obrigação de tomar as devidas diligências (*due diligence*) para prevenir que violações semelhantes ocorram no futuro (SCHMITZ e BERNDT, 2019).

Nesse bojo, havia um entendimento de que duas semanas após o recebimento de uma denúncia sobre um conteúdo seriam um tempo razoável para que as redes sociais começassem a tomar providências quanto a ele (WISCHMEYER, 2019). Entretanto, o que deveria ser considerado discurso ilegal, ou não, era determinado pela própria política interna das redes sociais, vinculadas sobretudo à legislação dos Estados Unidos. Além disso, a forma como essa análise era feita permanecia desconhecida: não havia nenhuma exigência de uniformidade com relação aos modos como as reclamações deveriam ser recebidas, ou qual deveria ser a postura ante o seu recebimento.

Na perspectiva da sistematização supramencionada, a Alemanha (e a União Europeia) adotava uma responsabilização subjetiva dos provedores. Todavia, o momento em que tal responsabilidade poderia ser invocada não era claro, tendo em vista que não se pode definir com precisão o instante em que se tem conhecimento efetivo acerca da ilegalidade de um conteúdo (se depois da notificação, depois de duas semanas após a notificação ou depois de uma sentença nesse sentido).

Em 2015, a Alemanha recebeu em seu território mais de um milhão de refugiados, fato que gerou intenso debate no país (DEUTSCHE WELLE, 2016). Os refugiados, bem como os políticos responsáveis pelo aceite dos pedidos de asilo, passaram a ser alvo de desinformação e de discurso de ódio, notadamente em redes sociais (ECHIKSON e KNODT, 2018).

Diante de tal cenário, o então Ministro da Justiça alemão, Heiko Maas, criou uma força-tarefa com representantes das principais redes sociais no país, Facebook, Twitter e Google (por conta do YouTube), além de Organizações não Governamentais (ONGs) especializadas no tema, a fim de combater sobretudo o discurso de ódio do espaço digital. Para isso, criou-se uma espécie de código de conduta para as empresas, de caráter eminentemente voluntarista, pelo qual elas se comprometeram a, com auxílio das ONGs, promover maior controle do conteúdo veiculado em suas plataformas a partir de denúncias dos usuários (ALEMANHA, 2015). Tratava-se de mais uma aposta na capacidade de autorregulação das redes sociais, com base em suas próprias diretrizes e políticas internas.

Todavia, no início de 2017, a percepção de que as empresas de tecnologia não cumpriram suas promessas, e de que as leis de proteção contra discurso de ódio e desinformação continuavam sem uma devida eficácia no meio digital, foi largamente reforçada. Em 2015,

Modamani, um refugiado sírio, tirou uma foto sua com a chanceler alemã, Angela Merkel. A imagem viralizou e passou a aparecer em *posts* difamatórios, sobretudo no Facebook, nos quais se dizia que Modamani era responsável por ataques terroristas, e que Merkel teria uma conexão com isso. Diante dessa situação, a vítima solicitou uma postura do Facebook, que excluiu *posts*, mas se recusou a fazer uma filtragem sobre as novas publicações, para evitar novos ataques; ante tal recusa, Modamani entrou com uma ação contra a empresa (WISCHMEYER, 2019). Contudo, em março de 2017, a Corte Regional de Würzburg decidiu, com base no artigo 10 do *Telemediengesetz* e nos artigos 14 e 15 da *E-Commerce Directive*, que o Facebook não poderia ser obrigado a preventivamente bloquear conteúdo que pudesse ofender o autor (ALEMANHA, 2017a).

Somado a isso, a ONG *jugendschutz.net* conduziu um estudo para verificar a efetividade das medidas adotadas, e a pesquisa revelou que, dos conteúdos reportados por usuários como ilegais, o Facebook apagou 46%, o YouTube 10% e o Twitter 1% (JUGENDSCHUTZ.NET, 2017). Em atenção a esse estudo, Heiko Maas, convencido da necessidade de um marco legal mais severo para lidar com o problema, apresentou, em abril de 2017, o rascunho de uma lei para regular conteúdo nas redes sociais. O projeto foi aprovado após poucos meses, dando origem a “*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)*”, que entrou em vigor a partir de 1º de outubro de 2017.

3.2. A LEI

O *NetzDG* (ALEMANHA, 2017b) em si consiste no artigo primeiro da Lei n. 1.9.2017 I 3352, que, além de a criar, fez alterações no *Telemediengesetz*.

A lei define seu escopo em sua primeira seção, e, já nesse ponto, traz uma importante contribuição para os debates acerca do tema ao fazer uma definição de “redes sociais”, que é a que se segue:

Provedores de serviços de telecomunicações, que, com a intenção de obter lucro, operam plataformas na Internet, as quais são destinadas ao compartilhamento de conteúdo entre usuários ou sua disponibilização ao público (redes sociais). (ALEMANHA, 2017b, tradução livre)

Entretanto, faz uma exclusão explícita de duas figuras para esse conceito: das plataformas jornalísticas, que se responsabilizam pelo conteúdo que postam, e dos comumente denominados “aplicativos de mensagem”, como WhatsApp e Telegram (*Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind*). Ademais, limita o escopo da lei às redes sociais que possuem mais de dois milhões de usuários no país.

Ainda em sua primeira seção, o *NetzDG* faz uma definição de o que seriam os “conteúdos ilegais” (*rechtswidrige Inhalte*) a que se refere, e por cuja remoção as redes sociais passaram

a ser responsáveis. No lugar de fazer uma definição de *fake news*, de desinformação e de discurso de ódio, a lei faz referência direta a tipos penais já existentes no Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*), entre os quais cabe citar (em tradução livre): divulgação de material de propaganda de organizações inconstitucionais (§ 86); falsificação por traição (§ 100a); incitação pública ao crime (§ 111); violação da paz pública ao ameaçar cometer ofensas (§ 126); formação de organizações criminosas (§ 129); apologia ao ódio (§ 130); disseminação de representações de violência (§ 131); difamação de religiões e de associações religiosas e ideológicas (§ 166); injúria (§ 185); difamação (§ 186); difamação intencional (§ 187); violação da privacidade íntima por meio de fotografias (§ 201a); e falsificação de dados destinados a fornecer provas (§ 269).

Entretanto, constata-se que a lei teve o intuito de combater a desinformação e o discurso de ódio a partir da análise de sua motivação: a questão dos crimes de ódio aparece diversas vezes no documento, e o termo *fake news* é citado explicitamente, tanto na versão em inglês quanto na correspondente alemã (*Falschnachrichten*) – faz-se, inclusive, uma referência às eleições de 2016 dos Estados Unidos (ALEMANHA, 2017c).

Dessa forma, embora não haja uma definição precisa do conceito de desinformação no diploma, é possível fazer uma subsunção do fenômeno a alguns dos tipos penais elencados. Claussen (2018) vê tal correspondência na difamação intencional (§ 187), na falsificação por traição (§ 100a) e na falsificação de dados destinados a fornecer provas (§ 269). Pode-se, ainda, depreender disso que o Parlamento alemão teve a percepção de que a desinformação não se trata de um conceito jurídico, mas sim de um complexo fenômeno, composto tanto de condutas criminosas quanto daquelas juridicamente irrelevantes, devendo a regulação, assim, debruçar-se somente sobre as primeiras (LADEUR e GOSTOMZYK, 2017).

Após definir seu escopo, o diploma alemão estabelece, na seção 2, a obrigação de que as redes sociais publiquem, semestralmente, relatórios (*Berichte*) sobre como lidaram com as denúncias dos usuários acerca de conteúdos ilegais. Tal obrigação, porém, é limitada às redes que recebam mais de 100 denúncias desse tipo. Os relatórios devem conter, entre outros elementos, o número total de denúncias feitas pelos usuários (discriminadas por sua motivação), o número de conteúdos excluídos ou bloqueados e o tempo entre o recebimento das denúncias e a tomada de ações. Essa exigência foi uma das mais elogiadas da lei e recebeu apoio quase unânime, tendo em vista que dá maior transparência e fornece material para estudo da temática (TWOREK e LEERSEN, 2019).

Na seção seguinte, a lei prescreve aos provedores obrigações diretas quanto ao procedimento a ser adotado diante de uma denúncia de “conteúdo ilegal”. De início, determina que as redes sociais disponibilizem aos usuários um procedimento para a denúncia de conteúdos ilegais, que seja facilmente reconhecível, diretamente acessível e permanentemente disponível. Em seguida, ao receber uma reclamação, o provedor deve analisá-la e escutinar a legalidade do conteúdo; caso o conteúdo seja ilegal, tem a obrigação de removê-lo ou de bloquear o acesso a ele. No caso da remoção, o conteúdo é deletado globalmente, deixando

de existir na rede social. Já no caso do bloqueio, a restrição pode ser mais seletiva, tornando-o, por exemplo, indisponível somente para usuários com IP na Alemanha (SCHMITZ e BERNDT, 2019).

O *NetzDG* faz ainda uma distinção entre conteúdos ilegais (*rechtswidriger Inhalt*) e manifestamente ilegais (*offensichtlicher rechtswidriger Inhalt*): os primeiros devem ser removidos (ou bloqueados) em até sete dias, ao passo que os segundos têm de ser indisponibilizados em até 24 horas. O prazo de sete dias pode ser estendido caso a avaliação do conteúdo como ilegal dependa da análise da falsidade de uma alegação feita ou de outras circunstâncias factuais ou caso a plataforma delegue a decisão a uma instituição autorregulada (*Einrichtung der regulierten Selbstregulierung*). Essa instituição, destinada a realizar uma análise da legalidade dos conteúdos, deve ser independente e formada coletivamente pelas redes sociais, as quais têm de aceitar suas decisões como obrigatórias; porém, até 2019, nenhuma havia sido criada (SCHMITZ e BERNDT, 2019).

Outrossim, a seção 4 (*Bußgeldvorschriften*) traz provisões relativas às multas a que as empresas estão sujeitas caso não cumpram com as obrigações que a lei impõe, podendo a penalidade chegar a 5 milhões de euros.³ Entretanto, conforme entendem Echikson e Knodt (2018), a multa é aplicada diante de uma falha sistemática em cumprir as provisões do *NetzDG*, e não de erros pontuais; ante sinceros julgamentos do provedor pela legalidade do conteúdo, ele não seria responsabilizado. Vale notar, ainda, que

[...] todas as multas dizem respeito a exigências formais e a realizações do *NetzDG*, e não à eliminação ou ao bloqueio efetivo do conteúdo. Mesmo que os provedores tenham que decidir se devem remover ou apagar o conteúdo dentro de 24 h, a lei não declara o que acontece se esse período de tempo não for satisfeito. (KASAKOWSKIJ *et al.*, 2020, p. 3, tradução livre)

Nesse sentido, a multa não seria imposta porque a rede social deixou de eliminar uma publicação em específico, mas porque, sistematicamente, não adotou os procedimentos adequados para que essa checagem fosse feita, como o treino de seus funcionários, a disponibilização de uma forma de denúncia conforme a exigida, entre outros.

A propósito, conforme anteriormente mencionado, as redes sociais têm estruturas internas de monitoramento de publicações e análise de reclamações de usuários. Essas estruturas, porém, em geral, seguem códigos de conduta internos, cuja violação, pelo usuário, enseja, até sob uma perspectiva contratual, possibilidade de remoção da publicação. O que o *NetzDG* fez

...

3 De acordo com provisões do *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG – Código de Infrações Administrativas), a multa de 5 milhões pode chegar a até 50 milhões de euros, para pessoas jurídicas.

foi atribuir a esses órgãos a função de analisar as postagens com base nos tipos penais que elenca, sob pena de, perante falhas sistemáticas, impor-lhes multas.

Nessa toada, o diploma alemão ora analisado também estabelece uma responsabilização subjetiva do provedor da rede social; não obstante, a conduta que o torna responsável não é nem a negativa em atender a uma notificação (como uma primeira leitura poderia indicar), nem a recusa a seguir uma decisão judicial. O provedor se torna responsável a partir de falhas sistemáticas, reiteradas, em adotar as disposições organizacionais previstas na lei. Percebe-se, porém, que esse regime é mais rigoroso do que aquele adotado pelo *Telemediengesetz*, tanto porque vincula o conteúdo a ser removido à legislação penal quanto porque estabelece procedimentos específicos e multas pelo descumprimento.

Todavia, conforme ressaltam Echikson e Knodt (2018), o *NetzDG*, desde as discussões que levaram à sua aprovação, foi intensamente criticado. Ainda durante os debates legislativos, David Kaye, relator especial das Nações Unidas sobre liberdade de expressão e de opinião, criticou a possibilidade de o projeto de lei violar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao desrespeitar a liberdade de expressão prevista no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do qual a Alemanha é signatária (KAYE, 2017). A crítica foi seguida pela *Human Rights Watch*, que, além de tecer considerações semelhantes relativamente ao risco à liberdade de expressão, alertou para a possibilidade de a lei abrir precedente para países não democráticos (HUMAN RIGHTS WATCH, 2018). O diploma foi, ainda, criticado por diversas organizações, como o *Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien* (Bitkom), o ECO – *Verband der Internetwirtschaft*, entre outras, que chegaram a publicar uma declaração conjunta em protesto à adoção da lei (BITKOM *et al.*, 2017).

Uma das principais críticas feitas ao *NetzDG* diz respeito à possibilidade de a remoção (ou o bloqueio) de conteúdos *on-line* resultar em uma restrição à liberdade de expressão nas redes sociais. De acordo com diversos especialistas, a análise da legalidade das publicações exige, na maioria dos casos, tempo e conhecimento técnico. Dessa forma, os provedores seriam incapazes de realizar um exame efetivo ante os severos limites de tempo que a lei impõe. Tal fato, associado às altas multas cominadas pelo diploma, levaria a uma posição preventiva das empresas de, na dúvida, deletar, visando evitar as penalidades (ECHIKSON e KNODT, 2018, p. 7), fenômeno conhecido como *over-blocking*. O *over-blocking* (ou *over-removal*) seria a indisponibilização de um conteúdo, sem justificativa razoável, porque há um maior incentivo a deletá-lo do que a realizar a complexa análise de sua legalidade (HELDT, 2019, p. 4). Para isso, contribui também a omissão da lei com relação a casos de remoção de conteúdos legais, os quais, em uma primeira visão, não seriam passíveis de penalização com a multa – somente podendo levantar questões contratuais com os usuários (CLAUSSEN, 2018, p. 121).

Por outro lado, certos autores sustentam que a própria estrutura das redes sociais impediria a ocorrência de *over-blocking*. Isso porque, para serem lucrativas, elas dependem de

engajamento e utilização constantes, os quais, certamente, seriam prejudicados pela deleção recorrente de conteúdos; assim, para manterem seu funcionamento, elas evitariam fazê-lo (THEIL, 2018).

Outrossim, critica-se ainda que o *NetzDG* poderia levar a uma “privatização da função jurisdicional”. Afirma-se que, com o diploma, quem faz o controle do discurso que é considerado legal ou ilegal são as redes sociais, e não os Tribunais ou outras instituições democráticas (CLAUSSEN, 2018). Aliás, não há a necessidade de que uma corte determine a exclusão de um conteúdo, por ser ilegal, para que ele seja removido (TWOREK e LEERSEN, 2019).

Contudo, essa ideia da “privatização da função jurisdicional” é vista com ressalva por diversos autores. Aqueles contrários a essa crítica sustentam que, como – segundo o parágrafo quinto da seção 4 da Lei – se faz necessária uma decisão judicial que declare a ilegalidade do conteúdo, para que o provedor da rede seja responsabilizado por sua manutenção, o Judiciário se mantém como o último intérprete da lei (SCHMITZ e BERNDT, 2019). Ademais, afirma-se que não houve grandes mudanças com relação ao regime do *Störerhaftung* quanto à responsabilidade pela exclusão do conteúdo: também antes da promulgação do *NetzDG*, as redes sociais eram responsáveis pela decisão sobre qual conteúdo excluir (WISCHMEYER, 2019). Não obstante, é inegável que, nos casos de exclusão que não são levados à Justiça, a rede social se mantém como intérprete última da lei; já no que diz respeito à continuidade do regime do *Störerhaftung*, enquanto neste as redes eram vinculadas mais às próprias políticas internas, no atual regime são vinculadas à interpretação de tipos penais.

Destarte, embora tanto o Marco Civil, no Brasil, quanto o *NetzDG*, na Alemanha, estipulem uma responsabilização subjetiva dos provedores com relação aos conteúdos publicados na plataforma, aquele dispõe que essa responsabilidade surge somente a partir da negativa da empresa de apagar o conteúdo, ante uma decisão judicial determinando que o faça, e este estabelece que a responsabilidade decorre da constatação de falhas sistemáticas e reiteradas na adoção das práticas e dos controles legalmente definidos.

A norma brasileira tem o mérito de privilegiar a liberdade de expressão do usuário, repelindo a lógica da exigência de censura prévia dos conteúdos pelo provedor – embora não impeça a adoção de controles internos pelas plataformas com base em suas próprias políticas. Não há, porém, exigências relativas a essas estruturas de controles internos. Parte da doutrina critica essa solução, pois, dada a morosidade da apreciação judicial, e, inversamente, a celeridade dos compartilhamentos em redes sociais, a publicação pode se propagar e o dano se intensificar (TEFFÉ e MORAES, 2017). No entanto, é justamente essa lógica que impede que a decisão a respeito do que é ou não ilegal seja delegada a agentes privados. Os provedores podem remover conteúdos porque estes violam suas políticas internas (que podem, em maior ou menor medida, refletir disposições legais), mas não porque foram incumbidos, pela lei, de aferir se determinadas condutas são ou não ilegais.

Todavia, a norma alemã aposta nas estruturas e nos controles internos dos próprios provedores. Com isso, garante maior celeridade à análise e à eventual remoção de conteúdos, e

evita o aprofundamento do dano com a permanência ou replicação da publicação. Entretanto, essa lógica acaba por atribuir aos agentes privados a decisão sobre a legalidade das publicações, encarregando-os, inclusive, de associar as condutas a tipos penais previstos no ordenamento jurídico alemão. A isso, soma-se o risco de *over-blocking*, anteriormente exposto, diante do receio de recebimento de multas.

Feitos esse panorama da norma alemã e uma breve comparação de sua lógica com aquela consignada pela legislação brasileira, passa-se à análise dos resultados dos relatórios exigidos pelo *NetzDG*.

3.3. OS RESULTADOS

Conforme disposto na segunda seção do *NetzDG*, as redes sociais são obrigadas a divulgar um relatório, a cada seis meses, informando o número de reclamações que receberam com base na lei, as atitudes que tomaram perante essas reclamações, o tempo que levaram para agir, entre outros aspectos. Até agosto de 2020,⁴ já haviam sido feitos cinco relatórios (por cada uma das redes), os quais, embora não permitam tirar uma conclusão definitiva a respeito da adequação da lei, trazem importantes informações para o debate. Dessa forma, este artigo procederá a uma breve análise dos resultados divulgados no primeiro (janeiro a junho de 2018) e no último (janeiro a junho de 2020) relatórios, restringindo-se aos elaborados pelo Twitter, pelo Facebook e pelo YouTube (com exceção, portanto, do Change.org).

Nas três redes sociais, foi disponibilizado um campo próprio para denúncias fundamentadas no *NetzDG*, separado do campo para as denúncias baseadas nas diretrizes internas, por exemplo. Entretanto, ainda assim, todas adotaram um procedimento de duas etapas ante o recebimento de uma denúncia com base no *NetzDG*: primeiro, avaliavam se o conteúdo violava a política interna do *site*, de modo que, em caso afirmativo, a postagem era removida da rede; caso se considerasse que o conteúdo não violava a política interna, procedia-se à sua análise com base na lei, de forma que, se fosse contrária ao diploma, a publicação seria bloqueada somente na Alemanha (SCHMITZ e BERNDT, 2019, p. 35). Em todos os casos, o volume de conteúdos (denunciados com base no *NetzDG*) deletados por violarem a política interna das plataformas foi muito superior ao volume dos deletados por violarem somente o *NetzDG*.

O YouTube (Google) incluiu a opção de denúncia com base no diploma como uma nova possibilidade de *flagging* (sinalização), mas no mesmo lugar onde são disponibilizadas as demais opções. Para facilitar a denúncia, a rede social não exige que se indique o tipo penal específico violado pelo conteúdo; ela agrupou os tipos penais em classes e pede apenas a indicação de

...

⁴ Este artigo foi encaminhado para publicação no dia 18 de agosto de 2020. Dessa forma, foram considerados, para análise, apenas os relatórios publicados até referida data.

uma destas. No primeiro semestre após a entrada em vigor da lei, o YouTube recebeu um total de 214.827 denúncias de conteúdo; destas, cerca de 27% foram removidas (ou bloqueadas), e em aproximadamente 93% dos casos a decisão foi tomada em menos de uma hora. Em nenhum dos casos aquele que postou o conteúdo foi convocado para se defender. Já no primeiro semestre de 2020, a rede social recebeu 388.824 denúncias, das quais 23,36% resultaram em remoção ou bloqueio, e cerca de 92% das decisões foram tomadas em menos de 24 horas (GOOGLE, 2020b). Isso mostra que ao longo desses dois anos a ação do YouTube diante das denúncias se manteve a mesma.

O Twitter também possibilitou que a denúncia de conteúdos com base no *NetzDG* fosse feita, da mesma forma como as demais reclamações, diretamente a partir da publicação. Porém, ao contrário do YouTube, exigiu a especificação do tipo penal em violação, além de outras informações. De janeiro a junho de 2018, a rede social recebeu 264.818 denúncias baseadas no *NetzDG*, das quais 10,8% resultaram no bloqueio ou na remoção de um conteúdo, e cerca de 98% das decisões foram tomadas em menos de 24 horas (TWITTER, 2018). Já de janeiro a junho de 2020, o Twitter recebeu 765.715 denúncias, das quais em torno de 16% foram atendidas, e cerca de 90% das medidas foram tomadas dentro de 24 horas (TWITTER, 2020). Assim, apesar do aumento considerável no número de denúncias, o Twitter também manteve um mesmo padrão de ação, com uma taxa de eliminação relativamente baixa.

Por fim, o Facebook, diferentemente das demais plataformas, disponibilizou a opção de fazer uma denúncia com base no *NetzDG* não na própria publicação (como é feito com os demais tipos de denúncias), mas em uma página separada, sendo necessário, para achá-la, acessar a aba de ajuda e suporte. A página de denúncia exigia não só a indicação do tipo penal exato que supostamente estaria sendo violado pela publicação, como também o *link* da publicação (já que era em outra página), dados do denunciante e breve descrição sobre o porquê de o conteúdo violar a lei. No primeiro semestre de 2018, a rede social recebeu somente 886 denúncias baseadas na lei, das quais 24,6% foram atendidas, e 86% das decisões foram tomadas em menos de 24 horas (FACEBOOK, 2018). Por sua vez, de janeiro a junho de 2020, o Facebook recebeu 4.292 reclamações, das quais 31,3% resultaram no bloqueio ou na remoção de conteúdos, e cerca de 91% das decisões foram tomadas dentro de 24 horas (FACEBOOK, 2020). O baixo número de denúncias feitas no Facebook, em comparação às demais redes sociais, pode ser explicado pela forma como foi disponibilizado o formulário para denúncias com base no *NetzDG*, bem como pelas diversas informações exigidas.⁵

...

⁵ A conduta adotada pela empresa, inclusive, levou à imposição de uma multa, com fulcro na quarta seção do *NetzDG*, no montante de 2 milhões de euros, em julho de 2019. A multa, imposta pelo *Bundesamt für Justiz*,

Esses dados mostram que, de certa forma, o receio de que o *NetzDG* levaria a uma exclusão em massa dos conteúdos denunciados (*over-blocking*) não se concretizou. Aliás, em nenhuma das redes sociais ora analisadas a taxa de exclusão dos conteúdos denunciados ultrapassou um terço. Isso parece indicar que, mesmo diante do risco de serem penalizados com multas que podem chegar a 50 milhões de euros, os provedores de redes sociais apresentam certa resistência à exclusão de publicações, a não ser que sua contrariedade às diretrizes seja evidente. Tal constatação poderia ser explicada, de um lado, pelo fato de que as redes sociais dependem de conteúdos polêmicos, com elevado volume de interações, para seu próprio funcionamento, e de outro, por uma predisposição dos usuários em, ao se deparar com uma publicação de que discordam, denunciá-la. Contudo, os números divulgados não permitem chegar a uma conclusão efetiva.

Outrossim, é válido notar que as três plataformas adotaram uma sistemática de análise em duas etapas, que confronta o conteúdo primeiro com as diretrizes internas, e, depois com os tipos penais do *NetzDG*. Além disso, conforme explicitamente mencionado por algumas redes sociais em seus relatórios, a maioria do conteúdo que foi excluído a partir de denúncias com base na lei foi removida por violação da política interna, e não por violação do diploma. Cabe questionar, assim, se também não teria sido removido caso as denúncias tivessem sido feitas pelos procedimentos comuns (os que não são baseados na lei).

Não obstante, apesar de o temor do *over-blocking* não ter se concretizado conforme previsto, o *NetzDG* alocou um enorme poder para as redes sociais, que, legalmente, passaram a ser responsáveis por promover a interpretação de tipos penais e sua aplicação a casos concretos — o que se mostra ainda mais relevante ante tipos penais de difícil enquadramento prático, que se encontram na área cinzenta entre o discurso protegido pela liberdade de expressão e aquele criminalmente vedado. A propósito, o diploma exige ainda que os provedores façam uma análise sobre se o conteúdo é manifestamente ilegal ou não, devendo proceder à imediata remoção caso seja, interpretação essa que, via de regra, deveria ser reservada aos Tribunais.

No entanto, vale mencionar que parte dos riscos atrelados a essa “delegação jurisdicional” às plataformas tem sido combatida pelos próprios agentes. O Facebook, por exemplo, criou, em maio de 2020, o *Oversight Board*, órgão independente destinado a decidir, em última instância, sobre publicações no Facebook e no Instagram. Trata-se de um conselho externo, que não se confunde com o Facebook, tampouco é por este governado. Possui um orçamento autônomo e membros cujos mandatos são fixos. Assim, buscou-se eliminar preocupações relacionadas à submissão das decisões de tal órgão aos interesses lucrativos do

...

baseou-se sobretudo na alegação de que o formulário disponibilizado pelo Facebook para denúncias com base na lei não era transparente o suficiente (ALEMANHA, 2019).

provedor (LEMOS, 2020). Ressalta-se, porém, que o *Oversight Board* não foi criado tendo em vista o *NetzDG*, nem possui atuação restrita à Alemanha. Traz-se ele à discussão tão somente pelo fato de ser um exemplo de estrutura que mitigou os riscos atrelados à questão ora apontada.

Embora se argumente que essa delegação decisória aos agentes privados já havia sido realizada por meio do *Telemediengesetz* (WISCHMEYER, 2019) e da doutrina do *Störerhaftung*, estes promoviam mais uma exigência de que as plataformas adotassem uma devida diligência no cumprimento de suas diretrizes, ainda que pudessem ser responsabilizadas por uma inobservância; o *NetzDG*, por seu lado, vincula as redes sociais ao enquadramento de condutas a tipos penais explicitamente discriminados, exigindo ainda que façam um juízo sobre se a conduta é apenas ilegal ou manifestamente ilegal.

Portanto, percebe-se que o diploma alemão ora analisado não promoveu mudanças profundas na esperada “regulação do meio digital”: a maior parte dos conteúdos indisponibilizados ainda o são com base nas diretrizes da plataforma. No entanto, pode trazer prejuízos para o debate democrático no meio digital, com essa alocação legal de um poder de controle de discurso às redes sociais. Assim, eventuais benefícios trazidos pelo diploma não compensam as suas aparentes falhas. O que parece ser o mais acertado e adequado nele é a exigência de maior transparência por parte das redes sociais, com a elaboração de relatórios.

CONCLUSÃO

O sistema brasileiro de regulação da internet, inaugurado pelo Marco Civil, pode parecer leniente quanto à publicação de conteúdos ilegais *on-line*; aliás, um provedor de aplicação (como, no caso, uma rede social) só poderia ser responsabilizado caso se recusasse a cumprir uma decisão judicial que determinasse a exclusão de uma publicação, salvo nas exceções feitas.

Contudo, ao se analisar um sistema jurídico que adotou um regime de responsabilização distinto, mais severo, percebe-se que o resultado obtido não é satisfatório. Os provedores de redes sociais, ainda que ameaçados por multas milionárias, acabaram por remover mais aquilo que está em desacordo com sua política interna. Ainda que se imponha maior celeridade ao processo de análise, e que certos conteúdos que antes não seriam removidos passem a ser, as consequências negativas de tal disposição não compensam os parques ganhos. A propósito, além dos riscos para a liberdade de expressão, há a alocação de um poder excessivo nas mãos dos provedores, que passam a exercer a função de interpretação da lei (e não somente de suas diretrizes internas), o que deveria ser feito somente pelo Poder Judiciário.

Portanto, com relação à regulação do conteúdo *on-line*, o Marco Civil não deve ser modificado. Entretanto, mostrar-se-ia extremamente benéfica a incorporação de exigências formais promovidas pelo *NetzDG*. Nesse sentido, destacam-se a obrigação de que sejam disponibilizados formulários para a denúncia de conteúdos, bem como de elaboração de relatórios de transparência, que mostrem as ações tomadas ante essas denúncias. Tais medidas poderiam

gerar maior pressão da própria sociedade civil para que as redes sociais cumpram suas diretrizes, sem provocar os prejuízos que o *NetzDG* traz.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesamt für Justiz erlässt Bußgeldbescheid gegen Facebook. *Bundesamt für Justiz*, Bonn, 3 jul. 2019. Disponível em: <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Presse/Archiv/2019/20190702.html?nn=3449818>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ALEMANHA. Landgericht Würzburg. Case 11 O 2338/16 UVR. *Würzburg*, Deutschland, 7 mar. 2017a.

ALEMANHA. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352)*. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG). Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 61, ausgegeben am 07 nov. 2017b, Seite 3352.

ALEMANHA. *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)*. Drucksache 18/12356. Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Berlin, 16 maio 2017c. Disponível em: <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/123/1812356.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

ALEMANHA. *Gemeinsam gegen Hassbotschaften*. Von der Task Force „Umgang mit rechtswidrigen Hassbotschaften im Internet“ vorgeschlagene Wege zur Bekämpfung von Hassinhalten im Netz. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin, 15 dez. 2015. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/12152015_TaskForceErgebnispapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 23 jul. 2020.

ALEMANHA. *Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179)*. Telemediengesetz (TMG). Bundesgesetzblatt Jahrgang 2007 Teil I Nr. 6, ausgegeben am 28.02.2007, Seite 179.

BASEDOW, Jürgen. Comparative Law and its Clients. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 62, n. 4, p. 821-857, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391171. Acesso em: 21 jul. 2020.

BITKOM *et al.* *Declaration on Freedom of Expression*. In response to the adoption of the Network Enforcement Law („Netzwerkdurchsetzungsgesetz“) by the Federal Cabinet on April 5, Berlin, 2017.

Digitale Gesellschaft e.V. Disponível em: <https://deklaration-fuer-meinungsfreiheit.de/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRANCO, Sérgio. *Fake news e os caminhos para fora da bolha*. *Revista Interesse Nacional*, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 51-61, ago.-out. 2017. Disponível em: <https://interessenacional.com.br/fake-news-e-os-caminhos-para-fora-da-bolha/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma.) Ação de Obrigação de Fazer. *Recurso Especial 1.980.014*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 14 jun. 2022. Publicação: 21 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma.) Ação de Obrigação de Fazer Cumulada com Indenização por Danos Morais. *Recurso Especial 1.193.764*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 14 dez. 2010. Publicação: 8 ago. 2011.

CLAUSSEN, Victor. Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the Context of European Legislation. *Rivista di Diritto dei Media*, Milão, v. 4, n. 2, p. 110-136, out. 2018. Disponível em: <http://www.medialaws.eu/rivista/fighting-hate-speech-and-fake-news-the-network-enforcement-act-netzdg-in-germany-in-the-context-of-european-legislation/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

DEUTSCHE WELLE. Alemanha registra 1,1 milhão de refugiados em 2015. *Deutsche Welle*, 6 jan. 2016. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/alemanha-registra-11-milh%C3%A3o-de-refugiados-em-2015/a-18963840>. Acesso em: 22 jul. 2020.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, set.-dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ECHIKSON, William; KNODT, Olivia. Germany's NetzDG: A Key Test for Combatting Online Hate. *Centre for European Policy Studies (CEPS)*, [s.l.], n. 2018/09, nov. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300636#:~:text=Germa'y's%20Network%20Enforcement%20Act%2C%20or,failure%20to%20delete%20illegal%20content. Acesso em: 21 jul. 2020.

FACEBOOK. *NetzDG Transparency Report: July 2020*. Facebook Transparency, jul. 2020. Disponível em: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/07/facebook_netzdg_July_2020_English.pdf. Acesso em: 1º ago. 2020.

FACEBOOK. *NetzDG Transparency Report: July 2018*. Facebook Transparency, jul. 2018. Disponível em: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2018/07/facebook_netzdg_july_2018_english-1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

GAGLIONI, Cesar. O boicote dos anunciantes ao Facebook e ao Twitter. *Nexo*, São Paulo, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/29/O-boicote-dos-anunciantes-ao-Facebook-e-ao-Twitter>. Acesso em: 18 jul. 2020.

GOOGLE. *Cumprimento das diretrizes da comunidade do YouTube*. Google Transparency Report, ago. 2020a. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals?videos_by_country=period:Y2020Q1;region;;p:1&lu=videos_by_country. Acesso em: 9 ago. 2020.

GOOGLE. *Entfernungen von Inhalten nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz*. Google Transparenzbericht, jul. 2020b. Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=de>. Acesso em: 1º ago. 2020.

HELDT, Amélie. Reading between the Lines and the Numbers: An Analysis of the First NetzDG Reports. *Internet Policy Review*, Berlim, v. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/reading-between-lines-and-numbers-analysis-first-netzdg-reports>. Acesso em: 21 jul. 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH. Germany: Flawed Social Media Law. *Human Rights Watch*, Nova York, 14 fev. 2018. Disponível em: [https://www.hrw.org/news/2018/02/14/germany-flawed-social-media-law#:~:text=\(Berlin\)%20%E2%80%93%20The%20new%20German,Human%20Rights%20Watch%20said%20today](https://www.hrw.org/news/2018/02/14/germany-flawed-social-media-law#:~:text=(Berlin)%20%E2%80%93%20The%20new%20German,Human%20Rights%20Watch%20said%20today). Acesso em: 30 jul. 2020.

JUGENDSCHUTZ.NET. Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter. 2017. Disponível em: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/03142017_Monitoring_jugendschutz.net.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 23 jul. 2020.

KASAKOWSKIJ, Thomas *et al.* Network Enforcement as Denunciation Endorsement? A Critical Study on Legal Enforcement in Social Media. *Telematics and Informatics*, [s.l.], v. 46, 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0736585319308093?via%3Dihub>. Acesso em: 21 jul. 2020.

KAYE, David. *Mandate of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*. OL DEU 1/2017. Office of the High Commissioner for Human Rights, Geneva, Switzerland, 1º jun. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

LADÉUR, Karl-Heinz; GOSTOMZYK, Tobias. *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) i.d.F. vom 16. Mai 2017 – BT-Drs. 18/12356. Erstattet auf Ansuchen des Bitkom, maio 2017. Disponível em: <https://www.cr-online.de/NetzDG-Gutachten-Gostomzyk-Ladeur.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

LEMOS, Ronaldo. O Oversight Board do Facebook. *Instituto Tecnologia e Sociedade*, Rio de Janeiro, 12 maio 2020. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/artigos/o-oversight-board-do-facebook/>. Acesso em: 30 jul. 2022.

MCHANGAMA, Jacob; FISS, Joelle. *The Digital Berlin Wall: How Germany (Accidentally) Created a Prototype for Global Online Censorship*. Copenhagen: Justitia and Authors, 2019.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil indireta dos provedores de serviço de internet e sua regulação no Marco Civil da Internet. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 479-502.

OLIVEIRA, Filipe. Facebook chega a 127 milhões de usuários mensais no Brasil. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/07/facebook-chega-a-127-milhoes-de-usuarios-mensais-no-brasil.shtml>. Acesso em: 5 ago. 2020.

PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

PAUL, Kari. Zuckerberg Defends Facebook as Bastion of ‘Free Expression’ in Speech. *The Guardian*, Londres, 17 out. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/17/mark-zuckerberg-facebook-free-expression-speech>. Acesso em: 21 jul. 2020.

REITZ, John C. How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 46, n. 4, p. 617-636, 1998.

SCHMITZ, Sandra; BERNDT, Christian. The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks (NetzDG): A Blunt Sword? *Working Paper*, p. 1-41, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/02/marco_civil_construcao_aplicacao.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-

-146, jan.-abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2022.

THEIL, Stefan. The German NetzDG: A Risk Worth Taking? *Verfassungsblog*, Berlim, 8 fev. 2018. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

TWITTER. *Twitter Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht: Januar - Juni 2020*. Twitter Transparency Report, jul. 2020. Disponível em: <https://cdn.cms-twdigitalassets.com/content/dam/transparency-twitter/data/download-netzdg-report/netzdg-jan-jun-2020.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2020.

TWITTER. *Twitter Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht: Januar - Juni 2018*. Twitter Transparency Report, jul. 2018. Disponível em: <https://transparency.twitter.com/content/dam/transparency-twitter/archive/data/download-netzdg-report/netzdg-jan-jun-2020.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

TWOREK, Heidi; LEERSSEN, Paddy. An Analysis of Germany's NetzDG Law. *First session of the Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression*, Feb. 27-Mar. 3, 2019, Ditchley Park, U.K., 15 abr. 2019. Disponível em: https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Código de Conduta para a Luta Contra os Discursos Ilegais de Incitação ao Ódio em Linha*. Comissão Europeia, 31 maio 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_1134. Acesso em: 24 out. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Directive 2000/31/EC. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). *Official Journal L*, [s.l.], v. 178, p. 1-16, 17 jul. 2000.

WISCHMEYER, Thomas. 'What is Illegal Offline is Also Illegal Online' – The German Network Enforcement Act 2017. In: PETKOVA, Bilyana; OJANEN, Tuomas (eds.). *Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries*. [S.l.]: Edward Elgar, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3256498>. Acesso em: 20 jul. 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BREGA, Gabriel Ribeiro. A regulação de conteúdo nas redes sociais: uma breve análise comparativa entre o *NetzDG* e a solução brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2305, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202305>

Gabriel Ribeiro Brega

ADVOGADO. MESTRANDO EM DIREITO NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG).

gabrielbrega37@gmail.com

O quanto seríamos savignyanos? O lugar-comum da relação entre Friedrich Carl von Savigny e Augusto Teixeira de Freitas na historiografia jurídica brasileira

TO WHICH EXTEND ARE WE SAVIGNYANS? THE RELATION BETWEEN FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY AND AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS AS A COMMONPLACE IN THE BRAZILIAN LEGAL-HISTORICAL LITERATURE

Renato Sedano Onofri¹

Resumo

O presente artigo aborda o modo pelo qual a relação entre as obras de Augusto Teixeira de Freitas e Friedrich Carl von Savigny é retratada pela literatura de viés jurídico-historiográfico no Brasil. Parte-se da hipótese de que os mencionados juristas participam da dimensão histórica do paradigma contemporâneo da civilística brasileira, configurando, dessa maneira, parte da anatomia da tradição jurídica nacional. O desenvolvimento da investigação demonstra que a relação entre Freitas e Savigny é propagada como um *lugar-comum literário* que, além de exercer funções retóricas, sugere uma relativa independência entre o conhecimento científico-historiográfico e a articulação da memória no campo jurídico. Tal *lugar-comum* serviria como suporte para a demonstração da aproximação entre o direito civil brasileiro e o alemão – significando, com isso, o afastamento em relação ao direito português e ao modelo francês de codificação civil –, além de medida da originalidade e qualidade da obra de Teixeira de Freitas, bem como da própria civilística nacional.

Palavras-chave

Codificação civil; Brasil Império; direito civil; historiografia; memória.

Abstract

The present paper approaches how the relation between the body of work of the Brazilian jurist Augusto Teixeira de Freitas and the German Friedrich Carl von Savigny is portrayed in the Brazilian legal-historiographic literature. The initial hypothesis is that both jurists are part of the historical dimension of the Brazilian civil law's paradigm, setting, therefore, a portion of its legal tradition's anatomy. The development of the research has shown that the relation Freitas-Savigny is propagated as a literary commonplace with not only rhetorical purposes, but also suggestive of a relative independence between scientific historical knowledge and the articulation of memory in the legal field. This commonplace would then serve as a medium to demonstrate the convergence between the Brazilian and German civil law – meaning, on the Brazilian side, the departure from the Portuguese law and the refusal of the French model of civil law codification –, as well as an evidence of the originality and quality of Teixeira de Freitas' work and of the Brazilian civil law itself.

Keywords

Civil law codification; Brazilian Empire; civil law; historiography; memory.

INTRODUÇÃO

Dois eixos temáticos principais podem ser detectados nas narrativas acerca da história da primeira codificação civil brasileira: no primeiro deles, destacam-se a ininterrupta vigência das Ordenações Filipinas entre 1603 e 1916 e a rejeição ao modelo francês de codificação. A partir disso, a história do direito privado brasileiro teria tomado um rumo marcadamente diverso daquele seguido por Portugal, observando-se entre os brasileiros a conservação da tradição lusitana, que não teria ocorrido entre os próprios portugueses.¹

O segundo eixo revela que o resultado do distanciamento em relação ao modelo francês sugeriria a aproximação em direção à ciência jurídica alemã. Com efeito, o “atraso” da codificação civil, o estabelecimento da *parte geral* como fórmula sistemática de estilo tanto na legislação quanto na organização do ensino jurídico, além da manutenção de uma separação rígida entre os planos do direito obrigacional e das coisas, sugerem compatibilidades entre os sistemas que não poderiam ser explicadas pelo mero acaso, indicando a existência de uma base comum de desenvolvimento.²

A formação da *escola do Recife* aponta para uma explícita inclinação da ciência jurídica brasileira à alemã na segunda metade do século XIX.³ Entretanto, a historiografia recolhe elementos sugestivos do influxo de ideias jurídicas gestadas na Alemanha desde o período anterior ao da atuação da escola. Nesse contexto, assume protagonismo na literatura a obra de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883): com ele, não apenas se inicia oficialmente o

...

- 1 Exemplos que compõem esse eixo encontram-se em Braga da Cruz (1955), Couto e Silva (1988), Gomes (2003), Moreira Alves (1993, 2009) e Pousada (2006).
- 2 Nesse sentido, Couto e Silva (1988, p. 163) insere, como tarefa central para conhecimento da *atual situação* de um sistema jurídico, a aferição de sua posição com relação aos códigos mais influentes, não havendo dúvida, segundo o autor, “de que a questão é a de saber em que medida o direito privado brasileiro, especialmente o Código Civil Brasileiro, sofreu a influência do Código Napoleônico, ou do Código Civil Germânico, de 1900 [...]”. Nesse contexto, teria o direito civil brasileiro se mantido “imune à influência do Código Napoleônico”. Tullio Ascarelli (1947, p. 24), por sua vez, aduz que a passagem do sistema de direito comum para a codificação, sem que, no intermédio, se observasse um movimento de renovação legislativa decorrente da própria revolução francesa, aproximava a história jurídica brasileira e alemã, ainda que não se observassem, no Brasil, ao contrário do que houve na Alemanha, o surgimento de codificações territoriais particulares, como o *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, de 1794. Nesse mesmo sentido, ver Couto e Silva (2004, p. 307-308). Para uma avaliação da posição de Ascarelli, consultar Fonseca (2006a, p. 61-62).
- 3 Sobre a *escola do Recife* e o influxo germanófilo no direito brasileiro, ver Losano (1974, 1992) e Chacon (1969). Em Portugal, por sua vez, vê-se desabrochar a tese germanista da origem do direito lusitano, em antítese à tese romanista e em paralelo ao movimento de renovação cultural e literária de inspiração germanista no seio da chamada *Escola de Coimbra*, ao longo da década de 1860. Conferir Vera-Cruz Pinto (1996).

processo de codificação do direito civil brasileiro,⁴ como também se forma um dos *topoi* para a historiografia e dogmática civilista interessada na história, qual seja, a recepção, por meio de sua obra, do pensamento de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e a introdução do jurista alemão na história do direito privado brasileiro (REIS, 2015a, p. 4 e 6).⁵

...

- 4 Como cediço, Augusto Teixeira de Freitas foi incumbido pelo governo imperial, por intermédio do contrato celebrado em 15 de fevereiro de 1855, de levar a efeito a “última parte dos trabalhos preparatórios” para a codificação do direito civil brasileiro. Isso significaria, segundo o programa estipulado, consolidar “toda a Legislação Civil Patria”, com o propósito de “mostrar o ultimo estado da Legislação” (TEIXEIRA DE FREITAS, 1876, p. XXX-XXXI). Em 1858, ao ter seu trabalho de consolidação aprovado, Freitas foi contratado em 10 de janeiro de 1859 para a redação do projeto do código civil do império, tarefa que deu origem ao *Esboço* do código civil. O contrato foi aprovado pelo Decreto n. 2.337, de 11 de janeiro de 1859. Sobre a vida e obra de Teixeira de Freitas, consultar Meira (1979). Para René David (2005, p. 78), acompanhado posteriormente por Jan Peter Schmidt, Freitas teria sido não apenas o pioneiro da codificação civil, como também a “pedra angular do direito e da doutrina brasileira”, assumindo o papel que tiveram juristas como Acúrsio, Bártolo, Domat, Pothier, Bracton, Coke, Blackstone e Stair: antes de Freitas, não haveria ciência jurídica no Brasil. Schmidt (2009, p. 24), por sua vez, nomeia Freitas o fundador da ciência jurídica nacional, argumentando que nenhum outro jurista brasileiro teria marcado tão fortemente com suas ideias as gerações que o sucederam.
- 5 Como observado anteriormente (nota de rodapé n. 3), surge em Portugal, entre as décadas de 1850 e 1860, um movimento de valorização da cultura germânica que busca, a partir de modelos alemães, renovar a literatura portuguesa. No campo jurídico, paralelamente, desenvolve-se o argumento pela preponderância de elementos germânicos sobre os romanos na formação do direito português, como articula Teófilo Braga (1843-1924) na esteira dos achados de Tomás Muñoz y Romero (1814-1867) e Levy Maria Jordão (1831-1875), mas seguindo, em sua juventude, sobretudo Jules Michelet (1798-1874) como modelo, ainda que posteriormente o abandone em nome do positivismo comteano. A esse respeito, conferir Vera-Cruz Pinto (1996, p. 63-82 e 190-191). Tal ideia encontra eco também entre os brasileiros ao longo do século XX. Pontes de Miranda (1973), com efeito, parte da premissa de que o termo “influência” seria desacertado para tratar da relação entre o direito luso-brasileiro e o alemão, pois dever-se-ia “aludir, primeiramente, à herança, porque muito do que recebemos nos meados do primeiro milênio e no começo do segundo, se mantém no que nos rege e, às vezes, há como se fossem raios que apontassem as regras jurídicas brasileiras de hoje, mais germânicas do que o direito alemão moderno. [...] O direito luso-brasileiro foi e continuou de ser, no Brasil, mistura e evolução do direito romano e do germânico” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 5). Mais adiante, prossegue o autor esclarecendo que, em função da recepção do direito romano, “tanto se romanizou o sistema jurídico [alemão] que, em alguns pontos, o Brasil tem traços do direito germânico, que desapareceram do direito alemão de hoje e de séculos passados, como de Portugal, com a influência da legislação francesa. [...] Há, devido à herança que o Brasil recebeu, certa predileção pela cultura alemã. [...] Muito se deve à Filosofia, à Sociologia e à Ciência do Direito que se elevou esplendentemente, no século passado [séc. XIX] e neste século [XX], mas sejamos justos em frisar que o Brasil é a maior continuação extraeuropeia da vida cultural da Alemanha” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 28). Passando em revista histórico-comparatista diversas figuras jurídicas de direito público e privado alemão e brasileiro, Pontes de Miranda passa ao largo de Teixeira de Freitas e Savigny em sua análise.

Teixeira de Freitas não foi o primeiro brasileiro a se ocupar com Savigny (REIS, 2015a, p. 15-17). Entretanto, é seu o protagonismo quando se trata do uso do pensamento savignyano no Brasil. No que se refere a esse tema, acumulam-se artigos, conferências, referências em manuais em volume diretamente proporcional à importância geralmente atribuída às obras de ambos os autores. Isso não impede, todavia, que, acerca deles, persistam a se multiplicarem dúvidas e lacunas. Esses dois processos, aparentemente contraditórios, de cumulação, em que, de um lado, determinado argumento é reiteradamente articulado na literatura, e, de outro lado, problemas de pesquisa a ele associados continuam sem resposta – ou, pelo menos, sem resposta satisfatória –, estão intimamente relacionados.

Verifica-se que recentes abordagens desbravam a recepção de Savigny no Brasil a partir de novas perspectivas e preceitos metodológicos com base da obra não apenas de Freitas, mas também de outros juristas oitocentistas.⁶ No entanto, a questão do aproveitamento da recepção para composição do *autorretrato jurídico* nacional – ou seja, se e como Savigny é inserto na história do direito privado brasileiro para acrescentar ou realçar suas cores – permanece em aberto.

O presente texto investiga, assim, a existência de *padrões narrativos* para as representações de Savigny na composição do quadro da história jurídica brasileira, especialmente quanto ao seu posicionamento relativo a Teixeira de Freitas. Busca-se, com auxílio de ferramentas tomadas por empréstimo da ciência da cultura e da história, esclarecer o mencionado *acúmulo contraditório* a partir da hipótese de que a relação entre Freitas e Savigny propaga-se na literatura seguindo o modelo de um lugar-comum retórico, que cumpre a função de orientar a narrativa histórica, promovendo, simultaneamente, uma *economia cognitiva* para o conhecimento da história do direito privado brasileiro.⁷

Em torno desse lugar-comum, criar-se-ia uma *genealogia* da civilística brasileira que reconduz suas origens, por intermédio de Teixeira de Freitas, até Savigny.⁸ Poder-se-ia, portanto, argumentar que a narrativa da recepção do pensamento de Savigny por Teixeira de Freitas serviria à historiografia para o estabelecimento, entre os juristas brasileiros, do *arquétipo savignyano* de Freitas como *figura ancestral* e *pedra fundamental* da memória coletiva jurídica brasileira.

...

⁶ Destacam-se, nessa perspectiva, os seguintes textos: Schmidt (2009 e 2013), Herzog (2014 e 2016) e Reis (2015a e 2015b).

⁷ A respeito da função do lugar-comum ou estereótipo como recurso de economia cognitiva, ver *infra*, seção 2.1.

⁸ O próprio Savigny, por sua vez, como indica Inge Kroppenber, seguindo Hans Wrobel, constituiria uma “figura ancestral” e “pedra fundamental” da memória coletiva dos civilistas alemães. Conferir Kroppenber (2008, p. 905) e Wrobel (1975). Mais recentemente, no mesmo sentido, Benjamin Lahusen (2013, p. 11) aduz, em tradução livre, que “seu nome [o nome de Savigny] representa o primeiro passo de uma autofundamentação do direito, que, em si própria, tornar-se-ia símbolo da moderna ciência jurídica”.

Como consequência, dá-se suporte para narrativa da formação do direito nacional: sendo Freitas, pois, uma figura fundante da ciência jurídica brasileira, o seu posicionamento como uma espécie de *discípulo rebelde*⁹ de Savigny poderia simbolizar, simultaneamente, o destacamento em relação ao direito português, a rejeição ao paradigma francês de codificação – paradigma este comuníssimo no século XIX – e, ainda, a comprovação da originalidade – e até da superioridade – de Freitas e do próprio direito civil brasileiro em relação ao seu ideal europeu.

Articulou-se, em torno dessa hipótese, uma exposição em duas partes. A primeira foi direcionada à apresentação das principais premissas metodológicas e à delimitação do campo de enfrentamento da literatura; a segunda, por sua vez, foi destinada ao estudo da modulação e das formas de disseminação do *lugar-comum Savigny-Freitas*.

1. DOIS VULTOS, UMA HISTORIOGRAFIA TRADICIONAL: APONTAMENTOS PRELIMINARES À ANÁLISE DOS ACHADOS BIBLIOGRÁFICOS

Para dar sentido à segunda parte deste estudo, voltada para a análise da disseminação do *lugar-comum* da recepção de Savigny no pensamento jurídico de Teixeira de Freitas, convém que lancemos de antemão algumas bases metodológicas que orientam a investigação.

Os vocábulos grafados com destaque em itálico no título desta seção estão intimamente relacionados entre si. *Tradicional* não significa, nesse contexto, como por vezes se percebe no uso brasileiro da língua portuguesa, *antigo*, *superado* ou *em processo de superação*; também não se refere necessariamente ao *tradicionalismo* de que vez ou outra são acusados os juristas; antes, significa que se está diante de um entre diversos compromissos que compõem o *paradigma* da ciência jurídica contemporânea e que servem, inclusive, à visão de mundo daqueles que, como nós ao longo desta investigação, pretendem se colocar em posição de analisá-lo criticamente. Afinal, a própria escolha do objeto da pesquisa está informada pela visão de mundo *tradicional*, ou seja, pelo conjunto de compromissos firmados pela comunidade de juristas que permite a sua identificação como um grupo.

Teixeira de Freitas, a quem se assinala um papel central nas origens da história da codificação civil e da ciência jurídica brasileira, assim como Savigny, independentemente da avaliação de sua efetiva recepção, compõem duas das pilastras translúcidas, com forma, cor e textura difíceis de apreender, que definem o espaço ideal em que transitam, com suas ideias, os juristas brasileiros. Ainda que, a partir da visada, não possamos determinar com precisão onde eles se encontram – ou, até mesmo, quem eles sejam –, sabemos que seu vulto está em algum lugar deste espaço ideal, auxiliando a constituição de seus limites.

...

⁹ Ver, *infra*, seção 2.6.

Um apontamento sobre a razão de mencionarmos ambas as figuras como *vultos*, podemos colher de Joachim Rückert (1984, p. 22-32). Referindo-se ao estado das pesquisas monográficas, desenvolvidas na Alemanha, acerca da obra de Savigny, anotou o autor o descompasso entre a volumosa produção bibliográfica e o ainda vasto terreno inexplorado da obra savignyana: haveria lacunas, especialmente em relação à atuação prática de Savigny, que levariam a literatura, restrita, em regra, ao enfrentamento das obras impressas, a concentrar-se em aspectos gerais de seu pensamento. Rückert recupera a observação de Rudolf von Jhering (1861), no elogio que dedicou à memória de Savigny, no sentido de que o cerne das investigações seria a “história espiritual” e o aparato geral das ideias que Savigny movimentou contra seus opositores ao longo de sua carreira. O exemplo mais expressivo seria a abundância literária em torno do sempre lembrado *vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência). Com isso, conclui Rückert, direcionar-se-ia o foco sobretudo para a compreensão e descrição da *visão de mundo savignyana*.¹⁰

Se tal era o caso em vista do estado da literatura alemã em meados dos anos 1980, não deixam de ter, as observações de Rückert, algo de atual e esclarecedor também para a situação de nossos personagens ante a manualística brasileira no campo do direito civil.¹¹ Um passar de olhos nos textos de introdução ao direito civil permite constatar que Savigny, pela via da iniciação à ciência jurídica, é, desde cedo, inserido na visão de mundo dos civilistas – o que, obviamente, não equivale a dizer que seja necessariamente por eles bem

...

- 10 Antes mesmo de Rückert, já havia Helmut Coing (1979, p. 9-10) alertado para as lacunas historiográficas com relação ao trabalho prático de Savigny, por exemplo, em sua atuação no conselho de Estado da Prússia, no Tribunal Prussiano de Revisão e Cassação para os Estados Renanos ou em seu papel no conselho para veredictos da Universidade de Berlim. Nota-se, também, que o próprio Savigny (1840a, p. XIX-XXV, 10-11, especialmente, item *b*) testemunha a importância da prática na formação de seu pensamento. Para ele, o duplo caráter, compreendendo os elementos teórico e prático, constituiria a essência da ciência jurídica. Acerca das *faltas* no conhecimento dos grandes autores no contexto brasileiro, José Reinaldo de Lima Lopes (2018, p. 25) argumenta que a tendência a localizar a *lei* e o Estado, seu “soberano autor e aplicador”, no centro da história jurídica, bem como de apresentar a história das ideias jurídicas a partir do cânon da filosofia moderna, redundaria no alijamento dos juristas propriamente ditos desse campo de estudo. Com efeito, expõe Lima Lopes (2018, p. 37): “perderam-se os nomes de um Pegasus, ou de um Domat, e mesmo de um Savigny. [...] E para citar os pró-domos do direito nacional, quem estudava o pensamento de um Pascoal de Melo Freire? Ou de Teixeira de Freitas, ou de Pimenta Bueno?”.
- 11 Uma análise aprofundada a respeito da história jurídica contida nos manuais poderia facilmente ser objeto de um interessante estudo autônomo. Para esta pequena seção, que tem propósito puramente exemplificativo, consultamos alguns manuais de grande circulação a que tivemos acesso, tendo-se em conta que o trabalho foi preparado ao longo de uma residência de pesquisa pós-doutoral em que nosso acesso era restrito aos manuais brasileiros.

conhecido. Todavia, mesmo que em *latência*, a sua figura toma parte na composição do paradigma teórico da civilística brasileira contemporânea, notadamente no enfrentamento da teoria da *pessoa jurídica*,¹² *teoria do fato jurídico*,¹³ além da própria narrativa sobre a *história da codificação*.¹⁴

A acurácia histórica tem, nesse contexto, relevância relativa na medida em que o propósito do manual é transmitir o “vocabulário e a sintaxe da linguagem científica contemporânea” (KUHN, 2012, p. 136). Para cumprir essa tarefa, não há necessidade de explorar em profundidade o modo pelo qual as bases da ciência jurídica foram estabelecidas, bastando que se apresente aquilo que possa ser visto como contribuição para a afirmação do paradigma e das soluções nele admitidas.¹⁵

Savigny, portanto, surge a partir de pinceladas que lhe dão contornos imprecisos no acervo do praticante da ciência jurídica *normal*. Nota-se, contudo, que, com relação a Teixeira de Freitas e à recepção de Savigny em sua obra, os traços não são necessariamente mais nítidos, embora estejam mais próximos, e, desse modo, mais visíveis ao observador brasileiro do que os do *vulto* de Savigny.

Desse modo, quem procure, na literatura brasileira, a relação entre Freitas e Savigny deparar-se-á, em regra, com investigações de caráter geral, voltadas para as indagações acerca da visão de mundo e de direito que os conectariam, além da comparação entre os papéis que exerceram na construção dos direitos brasileiro e alemão.

...

12 Nesse ponto, Savigny é lembrado como representante da *teoria da ficção*. Ver Amaral (2006, p. 280, nota de rodapé n. 15), Diniz (2010, p. 243), Gonçalves (2014, p. 218), Tartuce (2017, p. 245) e Venosa (2017, p. 245-246).

13 Diniz (2010, p. 390), Gonçalves (2014, p. 327) e Pereira (2017, p. 383, 482).

14 Pereira (2017, p. 67), Tartuce (2017, p. 72) e Venosa (2017, p. 88-89). Pereira (2017, p. 125, 142 e 515) também faz referência a Savigny no contexto da explanação no que concerne ao direito intertemporal, associando-o à chamada teoria subjetiva; sobre as regras de definição dos limites da lei no espaço; e, por fim, na explanação sobre a representação. Tartuce (2017, p. 504), acompanhando José Fernando Simão, relaciona a Savigny a criação da teoria da *actio nata* para a contagem do prazo prescricional.

15 Ver, sobre o modo com que os manuais lidam com a história da ciência que apresentam, Kuhn (2012, p. 135-142). Não deixa de ser importante observar que Savigny continue a ocupar espaço mesmo onde se declara a “necessidade de um novo caminho metodológico” para enfrentamento de novos problemas que se colocam para a prática civilística, tais como a adequação de sexo do transexual até o problema do direito de propriedade nas favelas (TARTUCE, 2017, p. 72). Savigny, como expoente do *paradigma jurídico liberal do século XIX*, não fora ainda de todo proscrito da tradição comungada pelos civilistas contemporâneos. Essa permanência talvez possa ser sintomática do descompasso, diagnosticado por José Reinaldo de Lima Lopes, entre as tarefas sob encargo do jurista contemporâneo e o modelo de sua formação, ainda entranhado pela mentalidade contratualista e pelo sistema comutativo de solução de conflitos (LIMA LOPES, 2004, especialmente capítulo 4).

Como se notará na segunda parte do estudo, a obra de Freitas que serve de base para a investigação da recepção do pensamento savignyano é o conjunto de seu trabalho jurídico impresso, recebendo especial atenção a *Consolidação das leis civis*, cuja primeira edição data de 1858, e o *Esboço* do código civil, publicado entre 1860 e 1865, seguidos pela *Nova apostilla á censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do código civil portuguez* (1859), pela carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), resultante do episódio da *questão de liberdade*, conhecida como a *polêmica com Caetano Alberto Soares* (1857), e, eventualmente, pelo ofício de 20 de setembro de 1867, em que são expostas as novas ideias para o plano da codificação civil, com a anteposição do *código geral* e a unificação das obrigações. Assim, embora tenha percorrido uma longa e agitada carreira como advogado, participando da fundação do IAB, de que foi presidente, além de ocupar a vaga destinada à classe no Conselho de Estado do Império, pouco dessa vida *prática*, fora de sua atividade *oficial* como encarregado da codificação, serve à historiografia jurídica.

Freitas, por sua vez, do que se extrai de seus textos, manuseou, das obras de Savigny, o *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema de direito romano atual) e a monografia *Recht des Besitzes* (comumente, Tratado sobre a posse), sempre a partir das suas traduções francesas, referidas como *Traité de Droit Romain* e *Traité de la Possession*, conforme as traduções de Charles Guenoux e Charles Faivre d'Audelage, respectivamente. O restante do corpo da obra savignyana parece ter lhe ficado desconhecido, muito possivelmente, como refere Thiago Reis (2015a, p. 14-15), por não estar à época disponível no Brasil.

Nota-se que, no tocante à absorção de modelos alemães por intermédio dos franceses, Freitas não foi exceção no mundo lusófono.¹⁶ Entretanto, a despeito desse limitado e indireto acesso,¹⁷ é frequente que se atribua a Savigny o papel de principal modelo teórico para o brasileiro, utilizando-se como demonstração os epítetos empregados por Freitas para qualificá-lo,

...

- 16 Para além do manuseio das traduções francesas, Freitas também fez uso da revista jurídica franco-belga *Thémis*, que circulou entre 1819 e 1831, pretendendo renovar a ciência jurídica francófona valendo-se do modelo alemão. Anota-se, entretanto, que Julien Bonnecase (1914, p. VI) aduz não ter sido a revista um órgão da *escola histórica*, mas uma publicação de caráter exclusivamente francês. A mediação da cultura francesa também contribuiu para a difusão de ideais alemães na literatura e no direito em Portugal. Com efeito, afirma Vera-Cruz Pinto (1996, p. 58-59) que “[t]odo contributo desta Escola [histórica] e da cultura alemã, em geral, lhe chegam [a Teófilo Braga] através dos autores franceses. É natural que assim seja, numa época em que a ‘assimilação’ da cultura alemã se faz através da cultura francesa, em Portugal”.
- 17 Limitado se levarmos em consideração que, em 1855, ao lançar-se Freitas à composição da *Consolidação das leis civis*, a obra livresca de Savigny encontrava-se, após a impressão do segundo volume do *Obligationsrecht* (Direito das obrigações), em 1853, já integralmente publicada na Alemanha. Entre as obras aparentemente não consultadas por Freitas, estiveram disponíveis em francês, ainda durante o período de elaboração da *Consolidação* e do *Esboço*, a *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (História do direito romano na idade média), traduzida também por Charles Guenoux e publicada integralmente, em quatro volumes,

além da numerosa quantidade de referências, encontradas sobretudo na *Introdução à Consolidação das leis civis* e no *Esboço*.¹⁸

1.1. HISTORIOGRAFIA COMO FONTE E ALGUNS APONTAMENTOS PARA SUA EXPLORAÇÃO

Dentro desses quadrantes, articula-se a porção da representação histórica do direito civil brasileiro sobre que nos debruçaremos na segunda parte da investigação. Ela compõe, conforme argumentamos, parte do *autorretrato* do direito privado, especialmente do direito civil brasileiro, ainda que os contornos das figuras que ela apresenta não sejam os mais nítidos aos olhos do observador.

Cabe esclarecer, no entanto, que não nos dedicaremos diretamente a proporcionar traços mais nítidos às imagens de nossos personagens. Propusemo-nos, antes, a entender por que a manutenção de certa indefinição não impede o exercício de uma função historiográfica relevante. Para essa empreitada, fazemos da historiografia a fonte de nossa análise. Não se trata, contudo, de uma revisão bibliográfica, mas de um expediente de compreensão, a partir do caso Savigny/Freitas, dos mecanismos que viabilizam a estabilização de dada representação da história jurídica.

O tratamento da historiografia como fonte para a produção historiográfica é justificado pelo caráter *literário* da realização do saber histórico. Uma vez acessível ao público e inserto no mundo dos leitores, o texto historiográfico converte-se, ele próprio, em *documento* apto a instigar a atenção do historiador. Por essa via, tem-se um campo do saber incessantemente aberto à revisão.¹⁹

A *realidade* que buscamos, portanto, é apenas indiretamente aquela do pensamento jurídico do século XIX; põe-se em primeiro plano aqui, a rigor, a *representação* que a literatura civilística brasileira faz do seu século XIX, notadamente a partir da exploração da recepção do pensamento jurídico savignyano por Teixeira de Freitas. Tal representação tem elementos

...

em 1839, além do próprio *Obligationsrecht*, em tradução de Camille Gérardin publicada em 1863. Entretanto, por si só, isso não comprova que as obras pudessem estar acessíveis a Freitas.

18 Ver, como exemplo, que Silvio Meira (1979, p. 257) alega, reproduzindo uma passagem contida na *Introdução à Consolidação das leis civis*, ter sido Savigny, para Freitas, a *primeira autoridade nessas matérias*, tendo sido citado 22 vezes ao longo da referida *Introdução*. No passo da *Introdução* em que Freitas aponta Savigny como a *primeira autoridade*, observa-se rigorosamente uma divergência entre os autores, afirmando Freitas, na continuação do argumento, que Savigny “não attribue á esta classificação [à dicotomia entre *direitos pessoais* e *direitos reais*] a verdadeira importancia e supremacia, que lhe-competem”, repugnando-lhe (a Savigny) “envolvêr os direitos de família com as obrigações, cuja analogia, diz elle [Savigny], é accidental e exterior, mas não uma affinidade real”. (Conferir TEIXEIRA DE FREITAS, 1876, p. CLXVIII-CLIV, aqui, p. CL.)

19 Ricoeur (2000 *passim*, aqui especialmente 302-303).

tradicionais que permanecem, em certa medida, intocados desde meados do século XX até as primeiras décadas do século XXI.

A literatura sobre Savigny no Brasil pode ser separada em três grupos: no primeiro, observa-se a abordagem de seu pensamento como expoente da *escola histórica*, no contexto das exposições sistemáticas da história do pensamento jurídico, sem que, necessariamente, haja a preocupação com a apropriação e adaptação de suas teorias e seus métodos no ambiente nacional. O cerne dessas investigações encontra-se, portanto, na história universal da filosofia do direito.²⁰

Um segundo grupo, por sua vez, trata da penetração do pensamento savignyano na conformação da ordem jurídica brasileira, notadamente por intermédio da obra de Teixeira de Freitas. Em regra, contudo, Savigny é abordado com nível de interesse secundário, como parte de investigações acerca da figura de Freitas, da história do direito brasileiro ou da codificação civil. Do ponto de vista institucional, este segundo tempo é composto majoritariamente de juristas ocupados com a dogmática privatista.²¹

Finalmente, o terceiro grupo, como já apontado anteriormente (conforme nota de rodapé n. 5), ocupa-se especificamente com a recepção de Savigny e seus efeitos na ciência jurídica brasileira, não apenas, mas principalmente, por meio de Teixeira de Freitas. Como se nota, tais estudos foram eventualmente motivados por efemérides relacionadas a Savigny, com ênfase na circulação internacional e na recepção de sua obra fora da Alemanha.²²

Nota-se, com isso, que esta pesquisa ocupar-se-ia predominantemente do segundo grupo, em que se concentra de fato o modo como – para utilizar a expressão *kuhniana* – a *ciência jurídica normal* incorpora a relação entre os pensamentos de Savigny e Freitas. Nesse mister,

...

20 Ver, como exemplo, Lessa (1903). Aqui, poder-se-ia suscitar a observação que fez José Reinaldo de Lima Lopes (2018, p. 24-26) acerca da subordinação da história jurídica à história da filosofia ou à história política em vista da organização do currículo das faculdades de Direito brasileiras nos primeiros anos da República.

21 Nota-se que, entre os autores mencionados nas notas n. 1 e 2, *supra*, apenas Guilherme Braga da Cruz ocupou posição institucional como docente e pesquisador no campo da história do Direito, junto à Universidade de Coimbra. Deve-se observar, contudo, que Estevan Lo Ré Pousada, a despeito da pertinência funcional à cadeira de Direito Civil, junto à Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, cursou seus estudos em nível de pós-graduação no campo da história do Direito, tendo produzido significativa parte de sua obra nessa seara.

22 Observam-se, destacadamente, as conferências *Savigny International?*, realizadas em outubro de 2011, resultando, a seguir, na obra coletiva publicada em 2015, e *Savigny Global: 1814-2014*, de setembro de 2014, cuja coletânea dos artigos foi dada ao público em 2016. Ver Duve e Rückert (2015) e Meder e Mecke (2016).

perceber-se-á que surge uma dificuldade no trato da literatura, na medida em que, como já salientado, a recepção está normalmente em segundo plano, ainda que ocupe frequentemente o seu *ponto de ouro* da imagem. Ou seja, compondo uma paisagem mais ampla, seja a história do direito privado brasileiro, seja a obra de Teixeira de Freitas, chama-se a atenção do observador à recepção de Savigny, mantendo-a em destaque, bem ao alcance dos olhos, ainda que não se faça dela o tema da tela.

2. A RELAÇÃO ENTRE FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY E AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS COMO UM LUGAR-COMUM DA LITERATURA JURÍDICO-HISTORIOGRÁFICA

2.1. ESTIPULAÇÃO DA NOÇÃO DE *LUGAR-COMUM*

Lugar-comum é uma expressão polissêmica, cujo significado convém, para bem prosseguirmos, estipular.²³ No âmbito desta pesquisa, não se realiza um julgamento negativo acerca das qualidades literárias dos textos enfrentados. Almeja-se, antes, resgatando algo do sentido retórico da locução, indicar que a relação entre Savigny e Teixeira de Freitas, ainda que tratada a partir de formulações banalizadas e repetidas, exerce uma função orientadora para a historiografia jurídica referente ao século XIX, especialmente fora do campo especializado em história do Direito.

Dizer que a relação entre Savigny e Freitas – ou entre Freitas e a ciência jurídica alemã de forma geral – é um *lugar-comum* não implica julgar que ela seja *menos verdadeira*. Ao contrário, procura-se reconhecer que a disseminação do *lugar-comum* indica que, sob suas fórmulas, há algo de verdadeiramente importante para a ciência jurídica brasileira que merece ser estudado por si mesmo. Haveria, pois, sedimentado nesse recurso retórico, um elemento de orientação do discurso que auxilia na caracterização do que é o direito privado. Com isso, ter-se-ia armazenado no *lugar-comum* Freitas-Savigny um elemento que, simultaneamente, refere-se ao passado e modela o retrato presente da ciência jurídica no Brasil, proporcionando uma *economia cognitiva* essencial para a delimitação de determinado campo científico-acadêmico.

Julgamos, então, poder apontar para esse *lugar-comum* como parte da *anatomia* da *tradição jurídica* brasileira, pois, a partir dele, transmite-se entre os juristas um dos elementos de referência ao passado que compõe o *autorretrato* da civilística brasileira contemporânea. A existência do *lugar-comum* revelaria, segundo nossa hipótese, a dispensabilidade da busca, por intermédio de pesquisas historiográficas, pela relação entre Savigny e Freitas, pois nela

...

²³ Acerca da noção de *lugar-comum*, valemo-nos especialmente de Barthes (2002), Brassart (1989), Ceia (2009), Pietra (1987) e Ricoeur (2000).

ainda *habitamos* e nela – mas, evidentemente, não apenas nela – encontramos, ou melhor, atribuímos *sentido* às feições do direito civil brasileiro.²⁴

Essa memória em que *habitamos* relaciona-se de modo fundamentalmente diverso ao presente, se comparada com a *escrita sobre o passado* que exsurge das ciências históricas: nesta, *não necessariamente habitamos*, embora ela permaneça em *latência* no plano de fundo. Um exemplo pode nos ajudar a esclarecer o significado desse duplo sentido da memória. Dificilmente se encontra nos manuais jurídicos referência aos projetos de código civil e criminal elaborados em 1825 por Manoel Paixão dos Santos Zacheo, o *Epaminondas Americano* (ZACHEO, 1825). Essa ausência pode ser justificada muito validamente por diversos artifícios científicos e critérios didáticos. Mas ocorre que, rigorosamente, o *Epaminondas Americano* não ocupa o *cânon* da memória jurídica brasileira, ou, em outros termos, não tem lugar na memória em que *habitamos* e, por essa razão, não serve à narrativa que dá sentido ao direito contemporâneo. O projeto está preservado em arquivo, inclusive digitalmente, sendo manuseado por historiadores e especialistas,²⁵ mas sem, até o momento, emergir para o nível da construção de sentido – o que, em vista da interpenetração entre as dimensões *memorial* e *científica* da história, não está excluído.

Este não é, como queremos argumentar, o caso de Teixeira de Freitas e, mais adiante, de sua relação com a obra de Friedrich Carl von Savigny: estes não submergiram no arquivo e no *esquecimento conservativo*,²⁶ pois circulam como memórias de que nos *apropriamos* e a que podemos nos referir, dentro do campo jurídico, casualmente, com pouco receio de uma falha na comunicação, ainda que o conhecimento científico acerca deles possa ser lacunoso.

Essas observações poderiam parecer contraditórias, considerando que as *memórias* de Savigny e Freitas dependem, em vasta medida, da produção especializada da ciência do Direito. Poder-se-ia ter a impressão, nesse caso, de uma referência ao passado puramente científico-arquivística, e não de uma memória *viva*, atributiva de sentido. Não é disso que se trata, contudo.

...

²⁴ O vocabulário para essa formulação foi colhido de Assmann (2018, p. 133-137). A autora nomeia a “memória habitada” (*bewohntes Gedächtnis*) como “memória funcional” (*Funktionsgedächtnis*), caracterizada pela relação com o grupo que a cultiva, pela seletividade, pela conexão aos valores do grupo (*Wertbindung*) e orientação para o futuro. Em relativa oposição estaria a “memória de armazenamento” (*Speichergedächtnis*), menos *viva*, em certo sentido, pois dependente da preservação arquivística e do manuseio científico. Assmann dialoga com os trabalhos de Maurice Halbwachs e Pierre Nora, que oporiam as noções de *história* e *memória*. Assmann, por seu turno, relativiza tal oposição, destacando a interdependência, a interpenetrabilidade e as fronteiras fluidas entre os dois terrenos. De modo semelhante, retratando a história como “l’héretiére savante” da memória, consultar igualmente Ricœur (2000, p. 304).

²⁵ Ver, por exemplo, Costa e Galves (2011).

²⁶ Sobre a noção de *esquecimento conservativo*, ver Assmann (2016, p. 36-42).

Assumindo que os juristas são um grupo com uma *cultura* que lhe é própria, há entre eles, como em outros grupos sociais, uma dimensão de referência ao passado que não é *história científica do Direito*, mas que constitui elemento da *tradição*. Essa referência ao passado é transmitida sobretudo pelo discurso jurídico por meio de suas diversas manifestações. Conforme o argumento aqui articulado, para os juristas brasileiros – grupo, cujo discurso constitui o objeto desta investigação –, o *lugar-comum Savigny-Freitas* constitui uma porção da *memória habitada*.

Portanto, ao afirmarmos que a relação entre Savigny e Freitas é um *lugar-comum*, queremos apontar que: a) tal relação é um tema recorrente na literatura jurídico-historiográfica brasileira; b) ela se dissemina a partir de formulações repetidas, cuja reprodução prescinde de aprofundamento; c) essa dispensabilidade liga-se à sua função, que é não apenas retórica, mas também de armazenamento e tradição da memória, constituindo, nomeadamente, elemento de orientação do discurso e de *atribuição de sentido* à história jurídica.²⁷

2.2. FREITAS COMO INTERMEDIÁRIO ENTRE SAVIGNY, A CIÊNCIA JURÍDICA ALEMÃ E A CODIFICAÇÃO CIVIL NO BRASIL

Constata-se, em diversos estratos da literatura, o posicionamento de Freitas como *válvula de entrada* da ciência jurídica alemã, e especialmente de Savigny, no direito privado brasileiro. Essa caracterização restaria autorizada, por um lado, pela constante referência, sobretudo na *Introdução à Consolidação das leis civis*, aos autores alemães, incluído Savigny, e, por outro lado, pela rejeição ao modelo francês de codificação e aos padrões teóricos da chamada *escola da exegese*. Tais elementos encadeiam-se em formulações diversas, disseminam-se na literatura, sugerindo, a partir deles, uma leitura comparada do impacto das obras de Savigny e Freitas para a Alemanha e o Brasil.

Uma bem-acabada articulação desse lugar-comum é extraída do curso de direito civil comparado, saído originalmente em 1950, pela pena de René David (2005, p. 68). O comparatista aduz que a profunda influência recebida da ciência jurídica alemã e, notadamente, de Savigny, de quem seria admirador e discípulo, fez Freitas, mesmo conhecedor da literatura jurídica francesa, desviar-se da sistematização consagrada pelo *Code Civil* na elaboração da *Consolidação das leis civis*.

De modo semelhante, já no contexto de um curso de história do Direito, José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 282) aponta que Teixeira de Freitas rejeitou o modelo francês como consequência de sua erudição e profundo conhecimento da “ciência jurídica” que se fazia

...

²⁷ Assume-se, com isso, que as dimensões *memorialística* e *científica* da *escrita da história* não se excluem mutuamente e que, assim, tal escrita pode ter também uma função retórica e, eventualmente, uma faceta fictícia. A respeito, ver Assmann (2018, p. 145) e Ricoeur (2000, p. 306).

na Alemanha”. Por sua vez, Ricardo Marcelo Fonseca (2006a, p. 71) afirma, no mesmo sentido, não haver dúvidas de que Freitas conhecia e manuseava a literatura francesa, inclusive aquela produzida no seio da chamada *escola da exegese*. Contudo, seria “à ciência jurídica alemã [...] e de modo particular a Savigny (por ele chamado de ‘profundo’ e ‘sábio’) que são rendidos os maiores tributos”.²⁸

Essa “erudição em ciência jurídica alemã” teria perpetrado efeitos importantes no desenvolvimento do direito brasileiro do século XIX, além de ter impactado de forma duradoura a organização do direito privado nacional. Ricardo Marcelo Fonseca (2006b, p. 363) aduz, acompanhando Alberto Venâncio Filho, que a influência da ciência jurídica alemã na segunda metade do século XIX e, especialmente, de Savigny sobre Freitas, representaria o abandono do *praxismo* herdado de Portugal, abrindo-se, com isso, caminho para a “busca por novos padrões”, em clara oposição ao “uso dos tradicionais manuais impregnados da escolástica e de um jusnaturalismo ‘ancien régime’”.

Os “novos padrões” teriam refletido na organização sistemática da *Consolidação das leis civis* e do *Esboço* do código civil elaborados por Freitas. Com isso, apesar do fundo burguês de sua obra, Teixeira de Freitas seria antes de tudo um “romanista dos novos tempos” e, assim como os membros da *escola histórica*, queria “organizar tudo sob um sistema conceitual”. O resultado dessa posição intelectual seria a semelhança entre os sistemas do *Esboço* e o do código civil alemão: o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) conteria “praticamente as mesmas partes e divisões propostas pelo brasileiro” (LIMA LOPES, 2008, p. 282-283).²⁹

Haveria, então, a partir da elaboração da *Consolidação das leis civis*, uma permanente influência alemã ao longo do processo de codificação do direito civil brasileiro. Com efeito, Almiro do Couto e Silva (2004, p. 306) insere Teixeira de Freitas como o primeiro da série de “grandes juristas brasileiros da fase imediatamente anterior à da elaboração do nosso Código Civil”, cujos escritos relevariam a “intimidade” que teriam “esses autores com a obra dos mais célebres juristas germânicos de seu tempo”.

...

²⁸ Com a mesma orientação, consultar também Moreira Alves (2009, p. 421). Sobre a abrangência das leituras que Freitas realizou dos autores da *exegese*, cfr. Villard (1994).

²⁹ Um contraponto encontra-se no artigo de Nelson Saldanha (1985, p. 244 e 248, especialmente nota n. 37), dedicado à investigação dos papéis de *história* e *sistema* na obra de Freitas. Saldanha afirma que as leituras de Savigny, sobretudo das versões francesas do “direito romano” (*System des heutigen römischen Rechts*) e do “tratado sobre a posse” (*Recht des Besitzes*), e “dos seus companheiros de Escola”, combinaram-se, no Brasil, ao legado colonial e aos “fermentos doutrinários da época da independência”. Teixeira de Freitas teria lido “alguns autores alemães em francês”, e, ainda que se referisse constantemente à obra de Savigny, seus conhecimentos sobre ela seriam limitados. Sobre a limitação apontada por Saldanha, ver, *supra*, nota de rodapé n. 17. Acerca do papel do direito romano no pensamento e na obra de Teixeira de Freitas, ver Moreira Alves (2009).

Como consequência, a noção de sistema desenvolvida por Teixeira de Freitas, sob a “fortíssima” influência da ciência jurídica alemã, notadamente de Savigny, de cuja obra seria “atentíssimo leitor”, teria não apenas encontrado guarida em sua *Consolidação* e em seu *Esboço*, como também se teria perpetuado, segundo Judith Martins-Costa (1999, p. 189-190 e 196), “apesar de certos rumos desviantes”, nos códigos civis brasileiros de 1916 e no de 2002.³⁰

É verdade que Freitas, como Savigny, posiciona, em princípio, a noção de relação jurídica como conceito fundamental para o desenvolvimento do sistema de direito civil: “[...] as diferenças inalteráveis das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação” (TEIXEIRA DE FREITAS, 1876, p. LXII);³¹ contudo, diferentemente de Savigny, para Freitas é a “amplitude eficaz dos direitos subjetivos” (POUSADA, 2006, p. 159)³² que determina a sistematização pautada na diferenciação entre os direitos pessoais e absolutos.

...

30 Deve-se ter em vista que a autora pretende, no referido artigo, analisar em primeiro plano a matriz filosófica da noção de sistema em Leibniz, em relação à qual o pensamento de Teixeira de Freitas encerraria “notáveis coincidências”. Portanto, Martins-Costa não está interessada, nesse momento, no critério para ordenação sistemática das matérias, tema cujo cerne seria, justamente, a diferenciação entre os direitos pessoais e os direitos reais. Ver Martins-Costa (1999, p. 190-191). Em sentido diverso, sem deixar de reconhecer a influência da ciência jurídica alemã na organização da *Consolidação das leis civis*, Moreira Alves (2008, p. 142) não posiciona Savigny, mas Mackeldey, no primeiro posto da escala dos romanistas alemães recepcionados por Freitas.

31 Em relação à provável influência de Savigny quanto à centralidade da noção de relação jurídica, ver Schmidt (2009, p. 334), Saldanha (1985, p. 252) e Flores (2012, p. 13).

32 Com efeito, aduz o próprio Teixeira de Freitas (1876, p. XLVII) ser a diferença entre os direitos reais e pessoais a “chave de todas as relações civis”. Qualquer avaliação sobre as diferentes sistematizações empregadas pelos autores analisados deve levar em conta que, ao contrário de Freitas, Savigny não buscou um “princípio supremo” que encerrasse uma “verdade eterna” para assentar a organização de seu sistema (TEIXEIRA DE FREITAS, 1876, p. XLIX e LI). Também na *Nova Apostilla*, Freitas (1859, p. 10) diz-se convencido “de que na ordem physica e moral ha uma realidade de cousas com as suas relações apreciáveis que corresponde a um methodo natural [...]”, redundando em um “unico e verdadeiro principio classificador do Direito Civil propriamente dito”. Ao contrário, no *Sistema de direito romano atual*, Savigny (1840a, p. 405-406) trata diferentes possibilidades de organização com “tolerância” (*Duldsamkeit*), admitindo a aplicabilidade de diferentes métodos de sistematização, desde que a essência do conteúdo não sofresse interferências. A respeito, Alfredo de J. Flores (2012, p. 14-16) aduz que seria possível identificar na obra de Freitas manifestações do realismo filosófico clássico que permitiriam detectar um “padrão de leitura que se insere numa visão de mundo cristã e que entende que existem elementos de verdade científica dentro das manifestações das regras e instituições jurídicas na história”. Com isso, concluir-se-ia que Freitas “se orientasse para a concepção clássica, quando os ventos de sua época indicavam para outra direção”. Conferir, ainda sobre esse tema, contrapondo-se à sistemática do *Code Civil* e à *Consolidação das leis civis*, as observações de David (2005, p. 70).

2.3. COMPARAÇÕES ENTRE OS PAPÉIS E OS IMPACTOS DE FREITAS E SAVIGNY NA CIÊNCIA JURÍDICA

Essa imperfeita correspondência teórico-sistemática é bem sumariada por Estevan Lo Ré Pousada (2006, p. 14 e 168-169, em especial as notas de rodapé n. 29 e 301): a despeito de Freitas tomar em seu favor a opinião de Savigny para o estabelecimento da distinção entre os direitos reais e pessoais como a *summa divisio* do sistema de direito civil, censuraria, o jurista brasileiro, sua preferência pela estruturação *institucional*, reputada por Freitas como excessivamente arraigada às tradições romanas, redundando, assim, em uma indesejada separação do direito de família em relação às demais relações civis pessoais em função do critério da patrimonialidade.³³

Entretanto, é sintomático de uma tendência da literatura que Pousada (2007, p. 95), por um lado, anote a diferença do ponto de partida sistemático, e, por outro lado, conceda a existência de semelhanças quanto ao estilo de ambos os juristas. Com efeito, Teixeira de Freitas, “embebido num romanismo que lhe custou por vezes grandes dissabores”, teria se portado como um representante da “pandectística nacional”, e, desse modo, depurado, “à moda savignyana, conceitos jurídicos tão importantes como o de atos jurídicos que não são negócios jurídicos”, resultando em um refinamento taxonômico que o próprio Savigny não teria alcançado (POUSADA, 2007, p. 95).

Nota-se que o posicionamento dos juristas alemão e brasileiro em patamar de igualdade foi sugerido inicialmente no contexto da codificação civil argentina.³⁴ Como cediço, Vélez Sarsfield confessadamente se aproveitou do *Esboço* de Freitas como modelo para a composição de seu projeto para a Argentina. Confrontado, em função disso, por Juan Bautista Alberdi, Sarsfield (1920, p. 245) defende-se argumentando que, após um sério estudo dos trabalhos de Freitas, julgava-os apenas comparáveis “con los del señor Savigny”.

Essa aproximação é aproveitada por Ricardo Marcelo Fonseca (2006b, p. 354), que imputa às semelhanças em termos de estilo e abordagem dogmática o traço *moderno* na obra de Freitas, que ao alemão, como frequentemente observado, dedicava “homenagem constante”, denotando uma “preocupação conceitual verdadeiramente precoce e apurada” demonstrada no uso da noção de relação jurídica e na inovadora divisão do código civil em parte geral e parte especial.

Detecta-se, ainda, que alguns esforços são dedicados para comparar os respectivos impactos na ciência jurídica. Washington de Barros Monteiro (1967, p. 306), por exemplo, indica que a “singular contribuição” de Teixeira de Freitas lhe rendeu o cognome de *Cujácio brasileiro*, comparado a Domat, Pothier, “bem como ao próprio Savigny”. Monteiro, então, acompanhado por Arnold Wald, disserta que o trabalho de Freitas teria tido, para a América Latina, a relevância

...

³³ Salienta-se que René David (2005, p. 68) não atribui o estabelecimento dessa *summa divisio* à influência de Savigny, ou da ciência jurídica alemã, mas a Ortolan, que teria chegado à mesma conclusão em sua *Généralisation du droit romains*.

³⁴ Nesse sentido, ver Ramalhete (1981, p. 18) e Valladão (1960, p. 214-216).

que teve a obra de Savigny para o continente europeu: Freitas, “como Savigny”, prossegue Monteiro, “reuniu, em nosso continente, a um ponto jamais alcançado por qualquer outro jurista, vasta erudição, profundo conhecimento dos textos e extraordinário espírito de generalização” (MONTEIRO, 1967, p. 206). Wald (2004, p. 252-256) acrescenta, ainda, que haveria entre ambos “certa semelhança pelas ideias novas que estão trazendo, casando a teoria tradicional do direito romano com a realidade histórica social e econômica dos respectivos países”.

Essa semelhança com Savigny é localizada por Alfredo de J. Flores (2012, p. 20-21) no sentido de responsabilidade que teve Freitas para reestabelecer a tradição jurídica luso-brasileira por meio de uma legislação apta para sua época, evitando-se, no entanto, contaminá-la com modelos jurídicos estranhos.³⁵

2.4. COMPATIBILIZAÇÕES ENTRE AS VISÕES DE MUNDO DE FREITAS E SAVIGNY

Se, por um lado, as duas figuras são caracterizadas como gigantes de semelhante estatura no cenário da ciência jurídica do século XIX, por outro lado, esforços não deixam de ser direcionados para conciliar a contradição entre o empenho codificador de Freitas e o papel desempenhado por Savigny na conhecida polêmica sobre a codificação de 1814. Menciona Nelson Saldanha (1985, p. 250, grifo do autor) que Freitas, penetrado pelo “demônio do *sistema*” ao embrenhar-se no trabalho de consolidar e codificar, não aderiu a Savigny, apesar do enorme respeito por ele nutrido, na “ideia de adiar a codificação”.

Essa aparente contradição foi notada por Clovis Ramalhete (1981, p. 19-20) em discurso proferido no IAB por ocasião do recebimento da *Medalha Teixeira de Freitas* em 1980. Segundo Ramalhete, Freitas não teria deixado de expressar sua admiração pelo trabalho de Savigny, embora entre eles se entrevisse uma “aproximação contraditória e fascinante”. Isso porque, se, de um lado, Freitas debruçou-se sobre o trabalho de *consolidar* e *codificar* o direito civil brasileiro, Savigny, por outro lado, “desdenhara das leis” e “acusara os códigos” (RAMALHETE, 1981, p. 20).

O resultado seria a depuração, pela pena de Freitas, daquilo que de Savigny “deveria ficar”. Ou seja, Teixeira de Freitas teria absorvido “o que de melhor encontrou em Savigny” e distinguido, de forma mais lúcida que este, por meio de seu trabalho legislativo, o duradouro do ocasional, afastando-se do, para Ramalhete, indesejável radicalismo da escola histórica (RAMALHETE, 1981, p. 20-22).

A chamada “aproximação contraditória” não escapou à percepção de Silvio Meira (1988) e Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1988), que apresentaram, então, suas hipóteses para conciliar a influência de Savigny com a vocação codificadora de Freitas. Couto e Silva (1988,

...

³⁵ Acerca do equilíbrio, em Teixeira de Freitas, entre o “respeito à tradição e a justa medida das inovações necessárias”, sem, contudo, a remissão a Savigny, ver também Moreira Alves (2009, p. 434).

p. 168, nota n. 9) retrata como aparente paradoxo o fato de a influência de Savigny não vir a resultar em uma recusa de Freitas à codificação. A explicação encontrada pelo autor, exposta em nota de rodapé e em tom de provisoriedade, é a de que “isto deve ter resultado do fato de Portugal estar vivendo por longo espaço de tempo sob uma codificação, as Ordenações” (COUTO E SILVA, 1988, p. 168, nota n. 9).³⁶

Silvio Meira (1988, p. 6), por sua vez, observa com interesse o fato de Freitas ter seguido a Savigny, “acirrado combatente das codificações”, em vez de vincular-se a Thibaut, contendor de Savigny na polêmica de 1814. A explicação para isso estaria na própria qualidade de Freitas, um espírito independente e original, que “não foi um seguidor servil de Savigny”. Com isso, constituiria a “grande afinidade de Freitas com Savigny” o “combate ao Código Napoleão”.

Thiago Reis (2015a, p. 14-15), por outro lado – e, quem sabe, mais acertadamente –, formula a hipótese de que Freitas jamais teria tido contato com a *Vocação* de 1814, não por ignorância ou negligência, mas porque a obra não teria estado então disponível no Brasil. O fato de esta obra não ter tido impacto na convicção codificadora do brasileiro não seria, assim, uma opção teórica necessariamente consciente. Com efeito, a primeira aparição da *polêmica* na literatura brasileira teria ocorrido por intermédio dos apontamentos de segunda mão feitos por Antônio Joaquim Ribas na primeira edição de seu *Curso de direito civil brasileiro*, em 1865.³⁷

2.5. INDICATIVOS DA PENETRAÇÃO DO PENSAMENTO SAVIGNYANO NA DOGMÁTICA DE TEIXEIRA DE FREITAS

Talvez como decorrência do que fora observado na seção 1.1, acerca das abordagens generalistas quanto à influência de Savigny sobre Teixeira de Freitas, a literatura trate de forma rarefeita os pontos em que tal influência pode ser concretamente observada. Destaca-se, nesse contexto, a teorização e a classificação dos atos jurídicos voluntários como aqueles em que, para além das questões de método e sistematização anteriormente sumariadas, entrevê-se de forma evidente não apenas o contato de Freitas com o pensamento de Savigny como também a consciente elaboração e adaptação de sua doutrina. Desse modo, a obra de Savigny serviria, antes, como ponto de apoio para o desenvolvimento original do pensamento de Freitas.

...

³⁶ Esse ponto de vista foi seguido por Schmidt (2009, p. 37, *in fine*).

³⁷ Observa-se, no entanto, que, embora seja plausível que Freitas jamais tenha tido contato com os textos da polêmica de 1814, teve ele, é verdade, contato com a obra de Antônio Joaquim Ribas, à qual se refere na página XLVIII da terceira edição da *Introdução à Consolidação das leis civis*. Do mesmo modo, o discurso de Carvalho Moreira (1846, p. 4), proferido em 7 de setembro de 1845 por ocasião do segundo aniversário de criação do IAB, menciona a controvérsia de 1814 em segunda mão, a partir de referência colhida do *Cours de législation pénale comparée*, de Joseph-Louis-Elzéar Ortolan. Razoável, portanto, supor que, no mínimo, o contato indireto com a *Vocação* seria plausível.

Implícito nesse discurso está o posicionamento de Savigny como um jurista proeminente em seu tempo, o que serve à literatura como comprovação da qualidade da obra de Freitas. O brasileiro, afinal, teria podido avançar seu pensamento dogmático para além dos limites entrevistados nos textos de Savigny.

Embora Savigny seja inserido nos manuais como referência em temas diversos,³⁸ no tocante especificamente à sua relação com Teixeira de Freitas, dois deles são indicados como tendo sido recepcionados e, eventualmente, aperfeiçoados pelo brasileiro: a teoria dos fatos jurídicos e a da posse.

Tanto na *Consolidação das leis civis* quanto no *Esboço* do código civil, Teixeira de Freitas segue a sistematização associada aos autores pandectistas, distribuindo a matéria civil entre a *parte geral* e a *parte especial*. Na *Consolidação*, Freitas biparte a parte geral em dois livros, quais sejam, *pessoas* e *coisas*. No *Esboço*, entretanto, alterando o método anteriormente empregado, Freitas insere uma terceira seção na parte geral, relativa, nomeadamente, aos *fatos jurídicos*. O seu conteúdo abrangeria os fatos “como causa produtora de direitos” (TEIXEIRA DE FREITAS, 1983, p. 144), não como objeto de relações jurídicas.³⁹

A redação do art. 435 do *Esboço* – artigo esse inserto, justamente, no terceiro livro da parte geral, dedicado aos *fatos* – refletira, em princípio, de acordo com Jan Dirk Harke (2017, p. 32), a teoria dos *atos voluntários* savignyana.⁴⁰ Savigny distinguia, pois, dentro do campo dos fatos jurídicos (*juristische Tatsachen*) – isto é, os acontecimentos por efeito dos quais uma relação jurídica (*Rechtsverhältnis*) é iniciada, terminada ou metamorfoseada – os “atos voluntários” (*freie Handlungen*), decorrentes de uma declaração de vontade, das “circunstâncias acidentais” (*zufällige Umstände*).⁴¹

Savigny (1840b, p. 3-6) separava, ainda, no seio dos *atos voluntários*, as “declarações de vontade” ou “negócios jurídicos” (*Willenserklärungen* ou *Rechtsgeschäfte*) – ou seja, atos imediatamente

...

38 Ver, *supra*, seção 1, notas de rodapé n. 11 a 14.

39 Já aqui se refere Freitas ao § 106 do *System des heutigen römischen Rechts*, contido no terceiro volume da obra, em que Savigny esclarece que os atos voluntários (*freie Handlungen*; *actes libres*, na tradução de Guenoux consultada por Freitas) poderiam ser pensados, em sua conexão com as relações jurídicas, de duas formas diversas: como objeto de direitos ou como sua causa geradora (*Entstehungsgründe der Rechte*; *principes générateurs de droits*, na tradução de Guenoux). Conferir Savigny (1840b, p. 21); na tradução de Guenoux, o § 106 inicia-se também na página 21 (SAVIGNY, 1856).

40 O art. 435 do *Esboço* foi assim redigido: “Os fatos voluntários, ou são atos lícitos, ou ilícitos. São atos lícitos as ações voluntárias não proibidas por lei, de que possa resultar alguma aquisição modificação, ou extinção de direitos” (TEIXEIRA DE FREITAS, 1983, p. 145).

41 Na tradução de Guenoux (SAVIGNY, 1856, p. 5), a expressão aparece como *circonstances accidentelles*. Freitas (1983, p. 145) rechaça a terminologia savignyana na nota ao art. 432, em que afirma preferir a locução *fatos exteriores* a *fatos naturais* e que “não poderia deixar de preferir à de *fatos acidentais*, porque também são acidentais as ações e omissões de terceiros, sem diferença de serem voluntárias ou involuntárias”.

destinados à criação ou à extinção de uma relação jurídica, ainda que tal criação ou extinção servisse como meio para finalidades não jurídicas — dos atos jurídicos imediatamente destinados a finalidades não jurídicas, em que a produção de eficácia propriamente jurídica permaneceria em posição subordinada na consciência ou não seria conscientemente desejada.

No art. 436 do mesmo *Esboço*, por sua vez, a categoria dos atos voluntários imediatamente destinados a finalidades não jurídicas encontra expresso acolhimento.⁴² Observa Moreira Alves (1993, p. 200), no entanto, que o modo com que Freitas lidou com tal categoria teria avançado em relação à concepção de Savigny em dois pontos: em primeiro lugar, porque teria inserido na categoria dos atos jurídicos não negociais tanto os atos lícitos quanto os ilícitos; em segundo lugar, porque, enquanto Savigny teria apenas distinguido as categorias, Freitas teria ressaltado que tais atos não negociais apenas produziriam efeitos quando assim a lei previsse.⁴³ Com isso, ainda na avaliação de Moreira Alves (1993, p. 200), a doutrina de Freitas, no *Esboço*, não apenas avançava em relação à de Savigny, como também antecipava o desenvolvimento da teoria do fato jurídico, que começaria a tomar corpo no início do século XX, notadamente por intermédio da teorização de Alfred Manigk.⁴⁴

...

⁴² O enunciado normativo em questão é o seguinte: “[...] quando os atos lícitos não tiverem por fim imediato alguma aquisição, modificação ou extinção de direitos, somente produzirão este efeito nos casos que neste Código, e nos Códigos do Comércio, e do Processo, forem expressamente declarados”.

⁴³ No mesmo sentido, outros textos do autor: Moreira Alves (2008, p. 148-149; 2009, p. 439-440).

⁴⁴ Consultar, também, Moreira Alves (2008, p. 148-149) e Pousada (2007, p. 95). Convém observar que, ao longo do livro dedicado aos fatos na parte geral do *Esboço*, o diálogo com o pensamento savignyano é verificável não apenas por meio das constantes referências nas notas explicativas como também na organização e no sequenciamento das matérias, além da própria terminologia empregada por Freitas. Nesse contexto, talvez seja o caso de anotar que Freitas, tanto na literalidade do art. 436 (transcrição na nota n. 42, *supra*) quanto na respectiva nota, não deixa tão evidente quanto faz parecer Moreira Alves que, naquela categoria de atos, estejam abarcados também os ilícitos: com efeito, diz ele que “este artigo [436] e seguinte [437] compreendem em sua generalidade todos os gêneros e espécies de *atos lícitos* suscetíveis de produzir aquisição, modificação ou extinção de direitos. Os *atos lícitos* deste art. 436 divergem dos outros do art. 437, porque não são atos jurídicos” (TEIXEIRA DE FREITAS, 1983, p. 147 — os destaques estão no original da edição consultada).

Outra observação que nos parece relevante é que Freitas não adota a terminologia savignyana para designar os negócios jurídicos (*Willenserklärung* ou *Rechtsgeschäft*, ou seja, declaração de vontade e negócio jurídico). A expressão *negócio jurídico*, aliás, não foi traduzida por Guenoux, encontrando-se, no texto francês, apenas *déclarations de volonté*, de que Freitas faz uso na nota explicativa ao art. 437, não a integrando, contudo, no enunciado normativo. Portanto, não há, no *Esboço*, a oposição entre atos negociais e não negociais, mas entre a categoria *inominada* — tanto em Savigny quanto em Freitas — dos *atos lícitos que não tiveram por fim imediato alguma aquisição, modificação, ou extinção de direitos* e a dos *atos jurídicos*, enunciada no art. 437, como *atos ilícitos cujo fim imediato seja alguma aquisição, modificação, ou extinção de direitos*.

Ainda no campo dos fatos jurídicos, anota Jan Dirk Harke (2017) que, quanto aos vícios da vontade, a doutrina de Freitas divorcia-se da de Savigny. Harke (2017, p. 33-34) indica que a raiz da teoria de Freitas estaria na extrapolação da noção de imputação para além dos limites dos atos ilícitos, criando-se um conceito de *imputação de bem*. Como resultado, os por nós hoje chamados *vícios da vontade*, no âmbito da teoria empregada no *Esboço*, resultariam da falta de *imputabilidade de bem*, tomando-se, assim, o ato viciado por involuntário.⁴⁵ Como consequência, observar-se-ia, ainda, o desvio do regramento do *erro* pelo Código Civil brasileiro de 1916 em relação àquele do *Bürgerlichen Gesetzbuch* (BGB). Tal divergência decorreria da teoria generalizante da imputação criada por Teixeira de Freitas e adotada, em seguida, por Clóvis Beviláqua (HARKE, 2017, p. 37).

No tópico sobre a posse, aponta incidentalmente Moreira Alves (1993, p. 203) a penetração do pensamento savignyano para a composição da disciplina contida no *Esboço*. Teria, pois, Freitas recebido “manifesta” influência de Savigny, bem como do regramento encerrado no *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR). No entanto, embora a nomenclatura utilizada no *Esboço* fosse semelhante àquela do ALR, nem sempre o sentido empregado por Freitas corresponderia precisamente àquele da lei prussiana, como ocorreria com as noções de *simples detenção*, *posse imperfeita* e *posse perfeita*.⁴⁶

2.6. APROXIMAÇÕES ENTRE A LEITURA DE SAVIGNY POR FREITAS E A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE JURÍDICA NACIONAL

Encontram-se, na literatura até aqui manuseada, algumas intuições particularmente interessantes dentro do viés proposto para esta pesquisa quanto à exploração da relação entre Savigny e Freitas e a formação de uma identidade jurídica nacional. Alguns autores deixam entrever

...

⁴⁵ Freitas (1983, p. 150-170) oferece uma detalhada explicação no comentário ao art. 445 do *Esboço*.

⁴⁶ Moreira Alves (2008, p. 150-151) não aprofunda na obra citada, ou no artigo sobre o *papel de Teixeira de Freitas na formação do direito brasileiro*, suas observações acerca da influência savignyana sobre Freitas em matéria de posse. Com relação às noções de detenção, posse perfeita e imperfeita, aduz Moreira Alves que Freitas teria sobreposto parcialmente, na disciplina do *Esboço*, as noções de simples detenção e posse imperfeita, ao mesmo tempo em que assentaria as noções de posse perfeita e imperfeita naquelas de domínio perfeito e imperfeito, o que não seria o caso no ALR. Conferir Moreira Alves (1993, p. 203; 2008, p. 151; 2009, p. 443-444).

Para Harke (2017, p. 41), o direito brasileiro, como restou codificado em 1916, não seguiu de forma pura seja a teoria pandectística, a de Savigny ou a de Jhering sobre a posse, resultando em uma “ideia independente do autor do Código brasileiro [Clóvis Beviláqua, portanto]. Ele, aqui, não se limitava a adoção da teoria de Jhering, mas a desenvolvia. Criava, assim, uma melhor síntese do que o Código alemão, que havia enquadrado a figura da posse indireta em um conceito da posse, pretendendo veicular uma *fusão das teorias de Savigny e Jhering*, que ainda poria a vontade como elemento característico da posse” (grifo do autor).

por intermédio dessa relação um caminho para a formação de um direito privado de caráter genuinamente nacional, ou melhor, para a formação de uma *identidade* para o direito privado nacional que, por um lado, o destacasse do direito português e, por outro, o excetuasse da onda de influência da codificação francesa.

Nesse sentido, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1988, p. 168) insere Teixeira de Freitas em uma linhagem de juristas “conservadores”, que preferiram, no lugar da recepção do Código Napoleônico, a adoção do *System des heutigen römischen Rechts*, de autoria de Friedrich Carl von Savigny. Segundo Couto e Silva (1988), pelas mãos de Freitas teriam tomado corpo na cena jurídica brasileira “muitas ideias inspiradas em Savigny”; a obra do jurista alemão seria a mais influente na composição da corrente de pensamento que determinou a verdadeira diferenciação do direito civil brasileiro em relação ao de Portugal.

Nesse mesmo sentido, apontando a obra de Freitas como *desvio* com relação ao caminho que mais comumente se apresentava para codificação do direito civil, Silvio Meira (1988, p. 2, 5-6) afirma que haveria “duas grandes vertentes” de codificações no século XIX: “[...] o Código Napoleão de 1804 e o *Esboço* de Teixeira de Freitas, de 1860”, que, a despeito de ter Savigny “como sua matriz em muitos pontos”, dele também “diverge vez por outra”. Tais divergências comprovariam a qualidade de Freitas como um jurista “que se coloca à frente de sua geração”. Como apontado na seção 2.4, *supra*, Meira assinalava não ter sido Freitas um “seguidor servil de Savigny”, o que resultaria, em última instância, na assunção de que a grande afinidade entre ambos os juristas estaria, justamente, no combate ao Código Napoleão.

Esse “combate” ao modelo francês de codificação teria implicado as ciências jurídicas brasileira e alemã no mesmo fronte, constituindo entre elas, assim, um alicerce comum para construção de suas respectivas identidades. Um dos *símbolos* mais bem-acabados dessa batalha deixar-se-ia ver na organização das matérias dos códigos civis brasileiros e do alemão, que se estrutura a partir de uma parte geral e de outra, especial.

A esse respeito, Jan Peter Schimdt (2009, p. 299-300) enxerga que a parte geral enxertada no Código Civil brasileiro de 2002 continua uma tradição a que o Código de 1916 já havia aderido. Tal tradição, cuja gênese estaria na pandectística, ligá-lo-ia ao Código Civil alemão (BGB) e, ao mesmo tempo, diferenciaria ambos, o Código brasileiro e o BGB, da maior parte dos outros códigos da tradição europeia continental, constituindo, portanto, uma marca da identidade de uma e outra ciência jurídica.⁴⁷

...

⁴⁷ Em sentido diverso, inserindo o direito privado brasileiro no *grupo ibero-americano*, marcado pela coexistência de “elementos de direito napoleônico e do direito hispânico e lusitano”, resultando em codificações que seriam “originais na adequação à realidade atual e na ligação à antiga tradição romano”, ver o resumo de Catalano (2006, p. XVI); conferir Flores (2012, p. 9-10). Também Sandro Schipani (2015, p. 298) trata a codificação civil na América Latina como uma unidade constituída pela *transfusão do direito romano* para

CONCLUSÃO

O panorama da literatura explorada apresenta uma imagem pouco nítida ao observador, que precisa “apertar os olhos” para distinguir, por meio da historiografia, os traços nem sempre bem definidos da relação entre Augusto Teixeira de Freitas e Friedrich Carl von Savigny na história do direito brasileiro.

Com efeito, Pousada (2007, p. 90) observa que a “obra de Augusto Teixeira de Freitas corresponde a um terreno verdadeiramente desconhecido à maioria dos juristas brasileiros”. Com isso, também a imagem da recepção savignyana tende a ficar nublada diante das repetidas assunções de que seria Freitas um dedicado discípulo sul-americano do mestre alemão, com ele compartilhando uma semelhante visão da ciência jurídica, exercendo ambos papéis análogos para a Europa e para a América do Sul. Esse conjunto de assunções parece antes prevenir que estimular a investigação sobre o alcance e a profundidade da influência de Savigny sobre Freitas e sobre a ciência jurídica brasileira do século XIX de forma geral. Esse ponto de vista dissemina-se por diversos estratos da literatura, e, a partir dele, o aproveitamento por Freitas do aparato teórico da ciência jurídica alemã e, especialmente, de Savigny é tratado como um dado, sem questionamento sobre sua profundidade e extensão, formando, assim, um lugar-comum da literatura jurídica nacional.

Nota-se, nesse contexto, que a análise sobre a penetração do pensamento de Savigny na obra de Teixeira de Freitas poucas vezes ultrapassa as expressões que tipicamente remetem à obra savignyana, tais como relação jurídica, instituições de direito, e os epítetos que emprega Freitas para referir-se a Savigny, especialmente na *Introdução à Consolidação das leis civis*.⁴⁸ Em vista dessas amostras, a apropriação do pensamento de Savigny parece estar, então, suficientemente comprovada.

Quando se detectam divergências, estas são abordadas de forma a se confirmar a *originalidade* e a *genialidade* de Freitas, em um padrão cuja formulação pode ser encontrada em Silvio Meira (1979, p. 137), para quem Freitas recolhe de Savigny ideias que, “não sendo de primeira grandeza, faz suas”, assimilando-as, digerindo-as e reformulando-as, gerando, assim, outras “mais largas e com timbres pessoais”.⁴⁹ Com esse padrão, a historiografia assume frequentemente um tom de celebração do jurista, mesmo quando não se trata de literatura

...

atender às necessidades do processo de independência: “[...] a independência é fazer Roma na América: com relação a um direito que tendia a ser nacionalizado no continente europeu e na península Ibérica, há uma autônoma apropriação do sistema do direito romano e aquisição de sua perspectiva universalística”.

⁴⁸ No mesmo sentido, Reis (2015a, p. 13-14).

⁴⁹ Mais adiante, na mesma obra, Meira (1979, p. 247) aduz que o grande merecimento de Freitas está em sua “rebeldia no campo das ideias [...], rebeldia contra o seu próprio mestre Savigny, do qual muitas vezes discorda, enfrenta e procura destruir”.

desenvolvida por ocasião de efemérides relacionadas à sua vida e obra. Observa-se que especial atenção é dedicada às realizações de Teixeira de Freitas como grande *antecipador* em diversos tópicos do direito privado, como a unificação do direito civil e comercial, a utilização da parte geral no âmbito da legislação e na formulação da taxinomia dos atos jurídicos.⁵⁰

Para a mensuração da qualidade do pensamento e da obra jurídica de Teixeira de Freitas, Savigny provém o parâmetro. É o que ocorre, por exemplo, em Moreira Alves ao tratar do desenvolvimento que empreendera Freitas da categoria dos atos jurídicos negociais,⁵¹ ou em Valladão (1960, p. 220) quanto à distinção entre capacidade de direito e de fato.

Tem-se, assim, que algumas questões importantes ainda permanecem em aberto. No contexto em que a recepção do pensamento savignyano é comprovada por meio da constância das referências às suas obras, é digno de atenção o fato de que, ao longo da porção conceitual contida na *Introdução à Consolidação das leis civis*, em que se estipulam as dicotomias centrais para a sistematização da obra, quais sejam, *direitos relativos e absolutos*, *direitos reais e pessoais*, Savigny é referido em uma única passagem.⁵² O que isso significa para a interpretação da recepção de seu pensamento por Teixeira de Freitas resta em aberto. Isso também poder-se-ia dizer acerca da questão sobre o significado da relação entre os autores no contexto da compatibilização entre a semântica liberal global e a semântica local, ainda delimitada pela escravatura e comprometida com a manutenção do quadro sociopolítico e legal-econômico do regime monárquico.⁵³

Com isso, julgamos poder dar por demonstrada nossa hipótese inicial, no sentido de que a relação entre Savigny e Teixeira de Freitas se reproduz como um *lugar-comum* na literatura, servindo como elemento da anatomia da *tradição* do direito civil brasileiro. Encerrando estas reflexões, voltemos a uma lição de Aleida Assmann (2016, p. 69-75), que indica, a partir de um ensaio de Robert Musil, que a construção de um monumento ou a nomeação de uma rua

...

50 Paradigmático o tópico contido no discurso de Haroldo Valladão (1960, p. 217-220), proferido por ocasião do recebimento da *Medalha Teixeira de Freitas*, a ele oferecida pelo IAB, encabeçado pelo título *Teixeira de Freitas, precursor no direito mundial*.

51 Ver, *supra*, seção 2.5.

52 Com efeito, tal referência está em nota de rodapé compartilhada entre Savigny e Mackeldey, correspondente ao parágrafo do corpo de texto em que se discutem as divergências doutrinárias a respeito da distribuição das matérias na tradicional tripartição baseada na passagem de Gaio encerrada no livro primeiro do Digesto: *omne ius uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones*. Isso significa que, ao longo das primeiras 90 páginas do total de 192 da *Introdução*, Savigny é mencionado nominalmente em apenas uma ocasião. Conferir Teixeira de Freitas (1876, p. XLI, nota n. 15). O próprio Silvio Meira (1979, p. 133) observa que, até o início da seção *aplicação de princípios*, iniciada na página CXII na terceira edição da *Consolidação*, “Freitas poucas vezes referiu o nome de Savigny”.

53 Essa formulação é colhida de Neves (2015, p. 57-58).

pode encerrar um paradoxo: em vez de promover a conservação da memória, o *hábito* dos passantes, que, de cabeça baixa, vão, apressados, a seus destinos, provoca a *invisibilidade* de quem ou do que se queria fazer lembrar. Assim, embora ao longo da última década diferentes estudos tenham indicado novas interpretações para a recepção de Savigny no Brasil (ver, *supra*, nota de rodapé n. 6), nota-se que, de forma geral, Savigny e Freitas ainda nos parecem nomes de duas ruas que formam uma conhecida esquina no mapa da literatura jurídico-historiográfica nacional: ainda que não se saiba exatamente de onde as duas “ruas” provêm, o seu entrecruzamento não deixa de servir fundamentalmente à orientação daqueles que, habituados com o caminho, passam pela história do direito civil brasileiro no século XIX. Todavia, para ainda permanecer com Assmann, não são, nossos dois monumentos, fósseis de outro tempo e relíquias de uma cultura que se tornou estranha. Levantar-lhes os olhos pode seguramente oferecer melhor compreensão sobre nosso tempo.

AGRADECIMENTOS

Este artigo foi realizado como parte do projeto de pesquisa “Civil Code, Legal Sites of Memory and Identity-Building in the Legal-Science Field”, financiado pela Fritz Thyssen Stiftung no contexto da residência pós-doutoral na Universidade Humboldt, Berlim. O autor agradece às duas instituições, bem como ao Professor Dr. Stefan Grundmann, pelo acolhimento e suporte.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASCARELLI, Tullio. Notas de direito comparado ítalo-brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 42, p. 23-50, 1947.

ASCARELLI, Tullio. A ideia de código no direito privado e a tarefa da interpretação. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 53-98.

ASSMANN, Aleida. *Erinnerungsräume: Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses*. München: C. H. Beck, 2018.

ASSMANN, Aleida. *Formen des Vergessens*. Göttingen: Wallstein, 2016.

BARTHES, Roland. *Leçon*. Texte de la leçon inaugurale prononcée le 7 janvier 1977 au Collège de France. Paris: Seuil, 2002.

BONNECASE, Julien. *La Thémis (1813-1831): son fondateur, Athanase Jourdan*. Paris: Sirey, 1914.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 50, p. 32-77, 1955.

BRASSART, Dominique Guy. Stéréotype/Prototype/ Modèle. *Recherches*, v. 10 (Stéréotypes), p. 173-186, 1989.

CARVALHO MOREIRA, Francisco Ignacio de. Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil. *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, 1862. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/324345/121>. Acesso em: 11 maio 2021.

CARVALHO MOREIRA, Francisco Ignacio de. Discurso do Dr. Francisco Ignacio de Carvalho Moreira, recitado na sessão pública do Instituto dos Advogados Brasileiros, no dia 7 de setembro de 1845, 2º aniversário de sua instalação. *Gazeta dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 296, 1846. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/709492/1188>. Acesso em: 11 maio 2021.

CATALANO, Pierangelo. Abelardo Lobo e o romanismo jurídico latino-americano. In: LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano: história, sujeito e objeto do direito*. Instituições jurídicas. Brasília: Senado Federal, 2006. p. XI-XXVIII.

CEIA, Carlos. Lugar-comum. In: CEIA, Carlos (coord.). *E-Dicionário de Termos Literários (EDTL)*. 2009. Disponível em: <https://edtl.fcsh.unl.pt/encyclopedia/prefix:lu>. Acesso em: 19 jan. 2023.

CHACON, Vamireh. *Da escola do Recife ao código civil: Artur Orlando e sua geração*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1969.

COING, Helmut. Savigny und die Deutsche Privatrechtswissenschaft. *Ius commune*, v. VIII (Vorträge zum 200. Geburtstag von F. C. von Savigny), 1979.

CONRAD, Christoph. Die Dynamik der Wenden. Von der neuen Sozialgeschichte zum cultural turn. *Geschichte und Gesellschaft*, Sonderheft, v. 22 (Wege der Gesellschaftsgeschichte), p. 133-160, 2006.

COUTO E SILVA, Almiro do. Romanismo e germanismo no código civil brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 57, n. 52, p. 295-313, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 163-180, jan.-mar. 1988.

COSTA, Yuri; GALVES, Marcelo Cheche. *O Epaminondas Americano: trajetórias de um advogado português na Província do Maranhão*. São Luís: Café & Lapis/UEMA, 2011.

DAVID, René. Le droit brésilien jusqu'en 1950. In: WALD, Arnold; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Le droit Brésilien d'hier, d'aujourd'hui e de demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 25-182.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. I.

DUVE, Thomas; RÜCKERT, Joachim (orgs.). *Savigny international?* Frankfurt a.M.: Klostermann, 2015.

FLORES, Alfredo de Jesus. Direito natural e codificação: atualidade do método realista clássico de Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 30, p. 7-26, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 44, p. 61-76, 2006a.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Moderno*, Milano, v. 35, t. I, p. 339-427, 2006b.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I.

HARKE, Jan Dirk. Pandectística e sua recepção no direito brasileiro. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, ano 178, n. 473, p. 31-52, 2017.

HERZOG, Benjamin. Die Rezeption von Savignys Methodenlehre in Brasilien und Portugal. In: MEDER, Stephan; MECKE, Christoph-Eric (orgs.). *Savigny global 1814-2014*. "Vom Beruf unsrer Zeit" zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2016. p. 381-394.

HERZOG, Benjamin. *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien: Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

JHERING, Rudolf. Friedrich Carl von Savigny. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, v. 5, p. 354-377, 1861.

KROPPEMBERG, Inge. Mythos Kodifikation: Ein rechtshistorischer Streifzug. *JuristenZeitung*, Jahrg, v. 63, n. 19, p. 905-912, 2008.

KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. 4. ed. Chicago: University Press, 2012.

LAHUSEN, Benjamin. *Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft*. Berlim: Nicolai, 2013.

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. 7. ed. Campinas: Unicamp, 2013.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. A escola histórica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 11, p. 359-385, 1903.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. História do direito: sua (re)introdução e função nos cursos jurídicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 113, p. 21-44, 2018.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.

LOSANO, Mario Giuseppe. La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, [s. l.], n. 21, p. 159-176, 1992.

LOSANO, Mario Giuseppe. La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, [s. l.], n. 4, p. 323-373, 1974.

MARTINS-COSTA, Judith. O sistema da codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, p. 189-204, 1999.

MEDER, Stephan; MECKE, Christoph-Eric (orgs.). *Savigny global 1814-2014*. "Vom Beruf unsrer Zeit" zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2016.

MEIRA, Silvio. O jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 1-10, 1988.

MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 62, n. 2, p. 305-318, 1967.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 417-448.

MOREIRA ALVES, José Carlos. O papel de Teixeira de Freitas na formação do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, [s. l.], n. 34, p. 141-151, 2008.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 185-238, 1993.

NEVES, Marcelo. Ideas in Another Place? Liberal Constitution and the Codification of Private Law at the Turn of the 19th Century in Brazil. In: POLOTTO, María Rosario; KEISER, Thorsten; DUVE, Thomas (orgs.). *Derecho privado y modernización: América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2015. p. 47-81.

NORA, Pierre. Between Memory and History: les lieux de mémoire. *Representations*, [s. l.], n. 26 (special issue: Memory and Counter-Memory), p. 7-24, 1989.

ONOFRI, Renato Sedano. *A construção de uma tradição jurídica: memória, esquecimento e a codificação civil brasileira*. Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. São Paulo: GEN, 2017. v. I.

PIETRA, Régine. Lieux communs. *Littérature*, Paris, n. 65, p. 96-108, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Influência do direito alemão sobre o direito brasileiro. *Jurídica*, Rio de Janeiro, ano XVIII, n. 123, p. 5-40, 1973.

POUSADA, Estevan Lo Ré. A obra de Augusto Teixeira de Freitas e a conformação de um direito civil tipicamente brasileiro: sua genialidade compreendida como conciliação entre inovação sistemática e acuidade histórica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade*, São Paulo, v. 102, p. 89-98, 2007.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RAMALHETE, Clovis. *Compreensão de Teixeira de Freitas e Savigny: os dois procedimentos constituintes clássicos e crise política*. Rio de Janeiro: Olímpica, 1981.

REIS, Thiago. Savigny-Leser in Brasilien um die Mitte des 19. Jahrhunderts. In: DUVE, Thomas; RÜCKERT, Joachim (orgs.). *Savigny international?* Frankfurt a.M.: Klostermann, 2015a. p. 1-40.

REIS, Thiago. Teixeira de Freitas, lector de Savigny. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 49, p. 181-221, 2015b. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842015000100007&lng=es&nrm=iso#_ftnref4. Acesso em: 11 jun. 2020.

RICCEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000.

ROSSI, Paolo. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010.

RÜCKERT, Joachim. *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. Ebelsbach: Gremer, 1984.

SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, p. 237-256, 1985.

SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: uma compreensão temporal do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. 2. ed. Paris: Firmin Didot Frères, 1856. v. 3.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*, 1. Bd. Berlin: Veit und Comp., 1840a.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*, 3. Bd. Berlin: Deit und Comp., 1840b.

SCHIPANI, Sandro. Sistema jurídico latino-americano e códigos civis. In: SCHIPANI, Sandro; ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes (orgs.). *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2015. p. 267-335.

SCHMIDT, Jan Peter. El origen de la «Parte general» del derecho privado brasileño. *Derecho PUCP*, Lima, n. 80, p. 33-48, 2018.

SCHMIDT, Jan Peter. Der Ursprung des Allgemeinen Teils im brasilianischen Privatrecht. In: BALDUS, Christian; DAJCZAK, Wojeciech (orgs.). *Der Allgemeine Teil des Privatrechtes: Erfahrungen und*

Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Rechten. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2013. p. 247-263.

SCHMIDT, Jan Peter. *Die Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. São Paulo: GEN, 2017. v. 1.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço do código civil*. Brasília: UnB, 1983.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Introdução. In: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. XXIX-CCXXI.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova apostilla á censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do código civil portuguez*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859.

VALLADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do mundo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, [s. l.], v. 8, p. 203-222, 1960.

VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio. El folleto del doctor Alberdi. In: TEXO, Jorge Cabral (org.). *Juicios críticos sobre el proyecto de código civil*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1920. p. 231-256.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: GEN, 2017. v. I.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *As origens do direito português: a tese germanista de Teófilo Braga*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996.

VILLARD, Pierre. L'influence de la doctrine française sur le droit civil brésilien. *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, Paris, v. 15, p. 161-173, 1994.

WALD, Arnold. A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 249-260, 2004.

WROBEL, Hans. *Die Kontroverse Thibaut-Savigny im Jahre 1814 und ihre Deutung in der Gegenwart*. Bremen, 307 f., 1975. Tese (Doutorado em Direito) – Universität Bremen, Bremen, 1975.

ZACHEO, Manoel Paixão dos Santos [Epaminondas Americano]. *Projectos do novo código civil e criminal do império do Brasil*. Maranhão: Typographia Nacional. 1825. Disponível em: http://objdigital.bn.br/objdigital2/acervo_digital/div_obrasraras/bndigital1450/bndigital1450.pdf. Acesso em: 5 nov. 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ONOFRI, Renato Sedano. O quanto seríamos savignyanos? O lugar-comum da relação entre Friedrich Carl von Savigny e Augusto Teixeira de Freitas na historiografia jurídica brasileira. *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 19, e2306, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202306>

Renato Sedano Onofri

GRADUADO EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP). MESTRE E DOUTOR EM DIREITO CIVIL PELA FDUSP. PESQUISADOR PÓS-DOUTORAL NO MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR RECHTSGESCHICHTE UND RECHTESTHEORIE (INSTITUTO MAX PLANCK PARA HISTÓRIA E TEORIA DO DIREITO), EM FRANKFURT AM MAIN, ALEMANHA.

renato.sedano.onofri@hu-berlin.de
renato.sedano.onofri@rewi.hu-berlin.de

Recebido: 17.06.2021

Aprovado: 07.09.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202307>

1 Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-8737-7892>



Ética da alteridade como fundamento extramoral para a política em tempos de ódio

ETHICS OF ALTERITY AS AN EXTRA-MORAL FOUNDATION FOR POLITICS IN TIMES OF HATRED

José Ricardo Cunha¹

Resumo

O presente artigo trata da relação entre ética e política. Para isso, aborda a ética na perspectiva da alteridade e a política na perspectiva da busca por hegemonia. Tem por objetivo demonstrar a importância da ética como pressuposto necessário do debate político. Nesse sentido, adota duas premissas fundamentais: (i) nem tudo é política. As concepções que totalizam as relações políticas também reduzem as relações humanas. Abandonar as pessoas exclusivamente ao domínio do político implica uma tirania da política; (ii) a ética que será invocada não diz respeito ao debate acerca dos valores e princípios que deveriam orientar a ação política, nem a concepções de bem ou de mal presentes em doutrinas abrangentes. Trata-se da ética no sentido mais profundo da busca da humanidade, que decorre do encontro com o outro e da responsabilidade que daí resulta, de acordo com uma perspectiva levinasiana. Se a política implica busca por hegemonia, é necessário reconhecer que ela também é lugar de pluralidade. Para que a busca por hegemonia não sufoque a pluralidade nem negue as diferenças, argumenta-se no sentido de se estender a responsabilidade, própria da ética da alteridade, para a política, produzindo, assim, uma política eticamente fundamentada, porém em um sentido extramoral, isto é, sem definir concepções de bem ou eleger valores e princípios.

Palavras-chave

Ética da alteridade; política; hegemonia; Lévinas; tolerância.

Abstract

This article deals with the relationship between ethics and politics. For this, it approaches ethics from the perspective of alterity and politics from the perspective of the search for hegemony. Its purpose is to demonstrate the importance of ethics as a necessary presupposition of political debate. In this sense, it adopts two fundamental premises: (i) not everything is political. Conceptions that totalize political relations also reduce human relations. Abandoning people exclusively to the political domain implies a tyranny of politics; (ii) the ethics that will be invoked does not concern the debate about the values and principles that should guide political action, nor about the conceptions of good or evil present in comprehensive doctrines. It is about ethics in the deepest sense of the search for humanity that arises from the encounter with the other and the responsibility that results from it, according to a Levinasian perspective. If politics implies a search for hegemony, it is necessary to recognize that it is also a place of plurality. So that the search for hegemony does not suffocate plurality or deny differences, it is argued in the sense of extending the responsibility, characteristic of the ethics of alterity, to politics, thus producing an ethically based policy, albeit in an extra-moral sense, i.e, without defining concepts of good or choosing values and principles.

Keywords

Otherness ethics; politics; hegemony; Levinas; tolerance.

INTRODUÇÃO¹

Não é incomum, na literatura especializada, a separação conceitual entre ética e política. Há mesmo razões intuitivas para se pressupor tal cisão, uma vez que a política trata das coisas como elas são e a ética trata das coisas como elas deveriam ser. Dada essa diferença, aqueles que sustentam certos princípios morais para a ação política, não raramente, são taxados de ingênuos ou idealistas. Contudo, e por outro lado, há toda uma tradição filosófica que insiste que a política deva ser orientada por princípios morais, colocando em discussão quais deveriam ser esses princípios e qual seria a melhor forma de aplicação de tais princípios no funcionamento das instituições e nas práticas políticas de grupos e indivíduos. Pois bem, ao invocar a ética como fundamento para a política, desenvolverei uma linha de raciocínio que não diz respeito ao debate acerca dos princípios morais que devem orientar a política. Sobre isso, pressuponho que liberdade e igualdade são valores caros e imprescindíveis à tradição democrática moderna, na qual nos inserimos. O problema que se enfrenta aqui, portanto, não é sobre qual valor deve ter precedência para a formação de um senso de justiça para a política democrática ou sobre como conciliar esses valores. Trata-se de buscar um fundamento ético que possa servir de parâmetro adequado para estear a ação política de modo que a democracia não seja corroída pelo egocentrismo, pela intolerância e pelo ódio. Desse modo, trata-se da ética em um sentido extramoral, porque precede o debate acerca dos valores, das concepções de bem e de suas formas de justificação. Antes, liga-se à questão da humanidade do humano a partir da relação com o outro (BENSUSSAN, 2009, p. 13-30).

Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo, não trivial, de demonstrar a importância da ética como pressuposto necessário ao debate político. Para isso, convém que duas coisas fiquem, desde já, esclarecidas: (i) nem tudo é política. As concepções que totalizam as relações políticas também reduzem as relações humanas. Abandonar as pessoas exclusivamente ao domínio do político implica uma tirania da política. Daí a importância de refletir sobre a política também de um ponto de vista que esteja fora da política, inclusive para permitir as disrupções que possibilitam a sua reinvenção; (ii) a ética aqui invocada não diz respeito ao debate acerca dos valores e princípios que deveriam orientar a ação política, nem às concepções de bem ou de mal presentes em doutrinas abrangentes. Também não se refere às condutas que seriam moralmente adequadas e às razões para justificá-las. Trata-se da ética no sentido mais profundo da busca da humanidade, que decorre do encontro com o outro e da responsabilidade que daí resulta, de acordo com uma perspectiva levinasiana.

...

1 O presente artigo foi escrito como parte de um projeto de pesquisa que possui apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – bolsa de Produtividade em Pesquisa nível 2 – e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) – bolsa de Prociência.

A crítica aos elementos que corroem a democracia, em certo sentido, pode ser sintetizada como uma crítica à mesmidade ou a qualquer pretensão autofundante, totalitária e solipsista que marque a vida social. Nesse sentido, é preciso fazer referência ao chamado novo pensamento de Franz Rosenzweig. No livro *A estrela da redenção*, contra todo idealismo, Rosenzweig afirma uma concepção de ser do humano que não pode ser abstraída da realidade. Para ele, as pretensões éticas que sejam distantes da realidade não são suficientes, assim como o pensamento abstraído do real, além de insuficiente, induz às universalizações totalizantes que deixam escapar a singularidade de cada pessoa (ROSENZWEIG, 2006, p. 50-51). Quando se levam em conta seriamente as vicissitudes do real e a singularidade das pessoas – o homem com nome e sobrenome, como disse Rosenzweig –, deparamo-nos com um mundo marcado pela alteridade e pela pluralidade. A diversidade decorrente da alteridade e da pluralidade nos remete ao fato de uma vida dinâmica, em que os acontecimentos fluem a cada instante, como o rio que não cessa de se movimentar (ROSENZWEIG, 2006, p. 174). Esse movimento da vida, por sua vez, registra o marco temporal que se insurge contra a ideia de uma totalidade atemporal ou da mesmidade de um pensamento que, de tão abstraído e autocentrado, já perdeu a capacidade de dialogar e de raciocinar sobre si mesmo de forma crítica, com o devido distanciamento reflexivo. Como afirmou Rosenzweig (2000, p. 135), a própria experiência da facticidade nos remete a um mundo plural definido em sua origem pela palavra “e”, isto é, por uma conjunção aditiva que, ao expressar soma, implica, ao mesmo tempo, diferença e pluralidade.

Diante de um mundo plural, é preciso superar a tentação do solipsismo. Isso implica, fundamentalmente, duas coisas. Em primeiro lugar, resgatar a capacidade de ouvir. Rosenzweig (2006, p. 222) nos lembra que o ouvir define o eu humano em toda sua peculiaridade, pois essa capacidade de escuta significa pura disposição para mudar a própria vida. Em segundo lugar, dar-se conta de que, no presente, no plano do agora, a narração, que é típica para tratar do passado, deve dar lugar imediato ao diálogo, pois aos presentes não se pode falar em terceira pessoa, mas apenas ouvi-los e dirigir a eles a palavra (ROSENZWEIG, 2000, p. 125). Ouvir e falar são típicos da interação intersubjetiva e, de efeito, assinalam a importância do outro como presença no mundo. Rosenzweig dirige sua crítica à tradição filosófica que transformou o pensamento em algo distante da realidade e fora do mundo, preso em uma atemporalidade universal. Por isso ele afirma:

No lugar do método de pensar, como toda a filosofia anterior o desenvolveu, entra o método de falar. Pensar é atemporal e quer ser; com um só golpe, quer estabelecer mil conexões; o objetivo final é o primeiro. Falar é limitado pelo tempo, nutrido pelo tempo; não pode nem abandonar isso, seu ambiente nutritivo; não sabe de antemão aonde chegará; permite que suas sugestões sejam dadas por outros. Ele vive em geral da vida de outro, seja o público da narração ou o respondente no diálogo ou o parceiro em um coro; considerando que o pensamento é sempre solitário, mesmo que esteja

ocorrendo entre vários parceiros “cofilosofizantes” [...]. (ROSENZWEIG, 2000, p. 125-126)

A proposta de Rosenzweig de colocar o diálogo no lugar do pensamento não é um ato contra o pensamento em si, mas contra uma forma de pensar capturada por um idealismo que estabelece uma cisão tão brutal com a realidade que, por isso, já não é mais capaz de compreender o mundo na sua concretude nem as pessoas nas suas vidas reais. Esse tipo de pensamento idealista pretende domesticar as contradições do real em sínteses cada vez mais abrangentes até chegar a uma grande totalidade ontológica que não apenas confina os elementos do real, mas impede que o diferente seja visto e compreendido, até matar toda a diversidade do mundo. Importante registrar que essa morte da diversidade não se dá apenas no plano das ideias, mas também nos planos econômico, cultural e político, o que resulta em mortes de pessoas reais, mas não de quaisquer pessoas, e sim daquelas que são tomadas pejorativamente como o “outro”, ou seja, como diferença ameaçadora. Tanto Enrique Dussel (2014) quanto Tzvetan Todorov (2016) registram que esse movimento está na base da modernidade nascente, que é historicamente fundada sobre o genocídio e a colonização de povos originários não europeus. A assimetria do processo colonizador na América foi tão brutal que, enquanto maias e astecas debatiam se os espanhóis poderiam ser considerados deuses, os espanhóis debatiam se os integrantes dos povos originários da América poderiam ser considerados gente. Como nos diz Todorov (2016, p. 192-193), Cortez compreendia relativamente bem o mundo asteca, mas essa compreensão foi usada para o saque e a destruição, e produziu um genocídio decorrente de fatores diretos e indiretos, como o assassinato em guerras ou fora delas, a morte pela escravidão e pelos maus-tratos e a morte pelo choque microbiano. Esses dados históricos são fundamentais para compreender que a totalidade ontológica criticada por Rosenzweig não é apenas uma abstração filosófica. Em outros planos, ela se converte em homicídio, ou, mais precisamente, em “altericídio”, que é a condenação à morte daquilo que é diferente, até que grande parte das pessoas se habitue a essa morte do outro, “morte lenta, morte por asfixia, morte súbita, morte delegada”, como disse Achille Mbembe (2018, p. 314).

1. DEMOCRACIA, BUSCA POR HEGEMONIA E DIVERSIDADE

As democracias contemporâneas são estruturadas como um sistema político capaz de absorver as tensões próprias das disputas por hegemonia; porém, quando certos grupos minam o debate político pregando o ódio e a destruição do outro, o próprio sistema democrático fica em crise, pois isso produz a tendência de se querer que a força bruta substitua a eloquência própria das palavras, pondo fim ao diálogo. É exatamente por isso que uma filosofia como aquela proposta por Rosenzweig se torna especialmente importante nesse ambiente político, porque reitera a palavra como forma de combater a mesmidade, o egocentrismo e a intolerância. No trecho anteriormente citado, Rosenzweig afirma que o falar vive da vida do outro,

pois, se não há para quem falar, a palavra perde o sentido. Relembramos a citação para afirmar que a consideração em torno da existência do outro e o respeito que se deve a ele como agente igualmente habilitado para as interações sociais são a condição ética fundamental da vida política e de suas instituições. É certo que a esfera do político é agonística, já que vive do enfrentamento e das disputas (MOUFFE, 2014), mas, de um ponto de vista ético, isso também inclui o dever de respeito aos adversários e às suas diferenças, o que envolve, por seu turno, uma obrigação de civilidade e obediência às regras democráticas, na medida em que essas regras sejam equitativas, isto é, considerem as diferenças e busquem atenuar as desigualdades imerecidas.

Nossa pretensão até agora é assumir que, se o político é o espaço de busca por hegemonia, a ação política precisa levar em conta a diversidade e a multiplicidade do real. Isso invoca uma fundamentação ética no sentido extramoral, isto é, que seja preliminar ao debate moral acerca de quais valores ou princípios devem orientar a vida política, de como eles devem ser compatibilizados e de que maneira tais valores e princípios devem estruturar as instituições sociais. Antes mesmo desse debate, afirmamos ser imprescindível uma orientação ética geral, baseada na igual consideração pelo outro, porém não pelo outro universal e abstraído da história, mas sim pelo outro concreto, com sua singularidade, com seu corpo e sua história. É o respeito ao outro na sua condição concreta que pode ajudar a nos precavermos de uma política cada vez mais desumanizante na qual o “quem” seja transformado em “quê”, isto é, reduzido e reificado. Vale ressaltar que a desumanização não é somente a imposição da perda da humanidade de um ser humano. A desumanização é também uma forma de dominação, pois aquele que desumaniza o outro sabe que ele é e permanece sendo humano em sua corporeidade, mas mantém a relação desumanizante exatamente como meio para dominá-lo (HINKELAMMERT, 2012, p. 264-266). Provavelmente a escravidão seja a forma mais evidente desse processo de desumanização como dominação. Por conseguinte, uma política desumanizada se transforma em instância exclusiva de dominação. Evidentemente, isso suscita a questão se a política não seria intrinsecamente uma forma de dominação. Na disputa entre as posições polares, as visões mais idealistas diriam que não, e as visões mais niilistas diriam que sim. Para fugir dos extremos, parece adequado assumir realisticamente que a política pode ser, sim, um espaço de dominação, mas que nem todas as lutas políticas implicam dominação, pois certamente há lutas de libertação e por autoemancipação. Entretanto, acreditamos que todas elas implicam busca por hegemonia.

O exame da atividade política como busca por hegemonia e da desumanização da política como meio de dominação coloca outra questão: se a busca por hegemonia é sinônimo de dominação. Ora, qualquer consideração que posicione no mesmo plano qualitativo ambas as coisas colocaria por terra nossa pretensão de lastrear a atividade política com base em uma ética da alteridade. Por conseguinte, é preciso esclarecer que, na perspectiva teórica aqui adotada, não obstante seja reconhecido que o exercício do poder esteja colocado tanto na hegemonia quanto na dominação, indica-se, contudo, uma diferença decisiva: na dominação,

o poder se exerce como subjugação violenta, embora não necessariamente com violência física. Por isso, a dominação dispensa a palavra na maneira do diálogo, e o outro é sempre inferiorizado. A dominação acarreta hierarquização e um processo crescente de desumanização. No entanto, a hegemonia implica uma forma de exercício do poder que se apoia no debate público para geração de convencimento, na busca por representatividade e, até mesmo, na formação de alianças. E quem almeja hegemonia sabe que esse processo nunca é definitivo e precisa ser constantemente alimentado. Contudo, o outro não pode ser subalternizado ou destruído, pois nesse caso não haveria mais luta por hegemonia, e sim dominação ou guerra. É evidente que um grupo hegemônico pode se converter em grupo dominante e, nesse sentido, trocar o esforço de manutenção de sua hegemonia por corruptelas estruturais, legais ou ilegais, para que se mantenha dominante. Vale notar que, no modo de produção capitalista, a desigualdade brutal entre quem detém os meios de produção e quem apenas conta com sua força de trabalho já é uma corruptela estrutural de natureza econômica que implica dominação, além da própria hegemonia. Por isso mesmo, as lutas políticas antipitalistas envolvem tanto movimentos de resistência à dominação quanto a busca por hegemonia (WRIGHT, 2010). Talvez isso explique por que Gramsci oscilava no sentido que atribuía à palavra “hegemonia” ao longo de sua obra.

Como assinala Giuseppe Cospito (2017, p. 366), em certos momentos Gramsci atribui um significado mais restrito de direção ou liderança ao conceito de hegemonia, por oposição à ideia de domínio; já em outros momentos, atribui um significado mais amplo que envolve tanto direção quanto domínio. No volume 3 dos *Cadernos do cárcere*, Gramsci (2017, p. 96) afirma que “o exercício ‘normal’ da hegemonia, no terreno tornado clássico do regime parlamentar, caracteriza-se pela combinação da força e do consenso, que se equilibram de modo variado, sem que a força suplante em muito o consenso”. Aqui, parece ficar clara a ideia de domínio como uso da força e de direção como capacidade de gerar consensos. Ainda trabalhando esses dois elementos, ao falar da questão da chamada “crise de autoridade”, Gramsci (2017, p. 96) diz que: “[...] se a classe dominante perde o consenso, ou seja, não é mais ‘dirigente’, mas unicamente ‘dominante’, detentora da pura força coercitiva, isto significa exatamente que as grandes massas se destacaram das ideologias tradicionais, não acreditam mais no que antes acreditavam, etc.”. Isso revela a compreensão de Gramsci de que a hegemonia é um processo abrangente de ampliação do poder, que, por sua vez, envolve tanto liderança quanto força e que é propriamente a liderança ou a direção que atuam decisivamente, pois é por meio delas que se influencia e convence as pessoas, tendo em vista a produção de consensos e a consolidação de certo projeto de sociedade. Tal processo pressupõe debate e antagonismo de ideias, mas não o desprezo pelo outro, já que a hegemonia deve se dar não apenas no plano econômico-corporativo, mas no próprio senso de moralidade da sociedade. Ao tratar do momento propriamente político da relação de forças em dada sociedade, Gramsci (2017, p. 41-42) diz que

[...] é a fase em que as ideologias geradas anteriormente se transformam em “partido”, entram em confrontação e lutam até que uma delas, ou pelo menos uma única combinação delas, tenda a prevalecer, a se impor, a se irradiar por toda a área social, determinando, além da unicidade dos fins econômicos e políticos, também a unidade intelectual e moral, pondo todas as questões em torno das quais ferve a luta não no plano corporativo, mas num plano “universal”, criando assim a hegemonia de um grupo social fundamental sobre uma série de grupos subordinados.

Portanto, podemos notar que o conceito de hegemonia em Gramsci é complexo e compreende, para além do domínio ou da força, a ideia de liderança, direção e conquista de uma unidade nos planos intelectual e moral. Tudo isso envolve um conjunto de debates que não pode prescindir da figura do outro, afinal, se o outro estiver fora do campo de abrangência do movimento hegemônico, já não haverá hegemonia no sentido universal que é pretendida no plano da política, como disse Gramsci. Nesse caso, somente restaria a força como expressão de dominação.

Assim como o faz Franz Hinkelammert (2012, p. 264-269), analisemos a questão da dominação em um nível propriamente humano e mais profundo. A dominação, como a admitimos aqui, não se confunde com a busca por hegemonia, no sentido de Gramsci, já que, para este, ela implica uma relação com o outro que é de debate, convencimento, alianças, etc. O problema central da dominação é que ela assinala a presença de uma ausência. É a ausência do humano pelo esvaziamento de sua humanidade à medida que é reificado e instrumentalizado para servir àquele que domina. Ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, a desumanidade não significa tratar o ser humano como animal, pois nessa condição ele se defenderia ou fugiria. A desumanidade é a ausência de humanidade diante de um humano presente que é reduzido aos caprichos e interesses de quem lhe domina. Hinkelammert (2012, p. 266) nos chama a atenção para o fato de que nesse tipo de relação – de dominação – o que é afirmado são os próprios mecanismos de dominação, e aquilo que é negado é o reconhecimento da liberdade e da autonomia do dominado, bem como a ideia de que a humanidade deveria ser uma condição absoluta para o ser humano. Daí ser tão importante pensar tanto em um humanismo que não seja abstraído das relações sociais concretas quanto em uma ética que se fundamente a partir da consideração absoluta pelo outro. Essa é a potência de uma ética radicada na vida real, como quer Rosenzweig, pois não se deixa levar por pretensões universalizantes que já não enxergam mais as relações “por dentro”, na maneira como ela afeta cada pessoa. Quando tratamos das relações na atividade política, esse tipo de fundamento ético adquire uma especial relevância, já que, ao afirmar a humanidade do outro, institui um humanismo fundado sobre a diferença e a diversidade, o humanismo do outro homem, como afirmou Lévinas (2012), o que é incompatível com as relações de dominação.

Quando concordamos com Gramsci de que o político é o espaço de busca por hegemonia, admitimos uma perspectiva realista (não idealista) da política, compatível com uma teoria

social de natureza crítica. Porém, além disso, assumimos também um viés ético na medida em que a luta por hegemonia implica necessariamente reconhecer que o espaço político é o campo da diversidade, com diferentes matizes ideológicos, concepções de bem e interesses razoáveis, em que o outro deve ser visto não como um ente manipulável ou inimigo a ser destruído, mas como uma pessoa que possui plena autonomia moral e política e deve ser respeitada por isso, embora possa vir a se configurar como um adversário nesse espaço agonístico da política democrática. Em outras palavras, hegemonia não significa assimilação do outro no eu. Nem poderia ser entendida dessa forma, pois já não estaríamos mais falando de hegemonia, e sim de totalização e totalitarismo, o que viola o sentido do político e afirma-se como antiética na negação que faz do outro e de sua alteridade. Essa maneira de compreender a política como diversidade aponta mais uma vez para o que disse Rosenzweig (2000, p. 135), que a experiência da facticidade nos remete a um mundo plural caracterizado por um “e”, e não por um “ou”. Claro que, por um lado, a facticidade política revela, certamente, um “nós” e um “eles” e é sincero e razoável que seja assim diante da diversidade do mundo plural. Entretanto, o que é eticamente reprovável é uma forma de fazer política caracterizada por um “nós” ou “eles”, pois isso produz, ao mesmo tempo, uma expulsão do outro e a afirmação de uma totalidade opressora na forma de uma mesmidade ontológica.

A corrosão da política democrática, seja pelo egocentrismo, seja pela intolerância, seja pelo ódio, está intrinsecamente associada a essa totalidade que nega a alteridade. Byung-Chul Han (2018) chama a nossa atenção para percebermos como esse problema está ligado ao modo de vida na sociedade contemporânea. Esta é marcada por um movimento no qual a diferença é negada explicitamente ou, no mais das vezes, desfigurada pelo nosso narcisismo para ser convertida em falsa semelhança e, assim, ser assimilada como igual. De certa forma, o mundo virtual e a internet facilitaram esse movimento, pois, para uma grande parte das pessoas, mais importante do que a experiência do real é a superficialidade das caixas de ressonância, em geral caracterizadas pelas redes sociais. A crítica de Han remete-nos novamente ao problema do “altericídio”, não pela morte do corpo, mas pela apropriação do outro no mesmo ou, quando isso não é possível, pelo banimento e “cancelamento” do outro. Diante disso, é preciso compreender a importância de que cada pessoa possa ser considerada em si mesma e no protagonismo que deve ter diante da própria vida, ainda que toda pessoa esteja imersa em uma dada cultura e que tal cultura seja determinante para a sua forma de viver. Isso é especialmente relevante quando falamos sobre política, pois sua natureza agonística pode produzir uma tendência a querer expulsar aquele que pensa diferente. E isso não ocorre apenas na oposição entre o “nós” e o “eles”, pode acontecer até mesmo dentro do “nós”, isto é, dentro de uma mesma coletividade ou agremiação política. Daí a importância da interpelação ética que nos recorde que, mesmo que a coletividade seja referência de algo que se tem em comum, ela não esgota nem limita a diversidade que existe no seu próprio interior. Com efeito, o “nós” não deve significar a subtração da capacidade de iniciativa autônoma do outro, da mesma forma que o “eles” não deve significar a negação da

responsabilidade individual de cada um sobre o outro. Em nome das convicções políticas, não se pode matar o indivíduo como ser pensante e senciente, seja aquele que está no “nós”, seja aquele que está no “eles”.

2. O DUO DA RELAÇÃO ÉTICA EM EMMANUEL LÉVINAS E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES POLÍTICAS

Como inicialmente explicado, a perspectiva da ética adotada no presente artigo é a da ética da alteridade conforme sustentada por Emmanuel Lévinas. E, para o autor (2008), a ética surge como um ato de transcendência de mim mesmo em direção ao absolutamente outro. É evidente que transcender em direção ao outro não significa tornar-se outro, mas colocar-se diante de uma alteridade radical que me interpela na minha liberdade e invoca minha responsabilidade. Para que isso aconteça, o outro não pode estar representado, mediado ou categorizado. Antes, deve ser o outro como ele é, em sua própria presença. Como disserta Lévinas (2008, p. 30): “[...] chama-se ética essa impugnação de minha espontaneidade pela presença de Outrem. A estranheza de Outrem – a sua irredutibilidade a Mim, aos meus pensamentos e às minhas poses – realiza-se precisamente como um pôr em questão da minha espontaneidade, como ética”. Essa presença do outro diante de mim é ato originário da constituição do humano, pois expressa a condição pela qual existimos no mundo: em coabitação. No entanto, isso não quer dizer que a presença de outrem diante de mim seja, por si só, uma experiência ética. Para que assim seja, é necessário que eu ofereça uma resposta à presença do outro que me interpela. Porém, não basta qualquer resposta. A liberdade da minha espontaneidade fica restringida se pretendo uma resposta ética, isto é, uma resposta que não seja a utilização da liberdade como meio de dominação e violência sobre outrem. Isso porque a resposta ética diante da presença do outro é aquela que tolhe a liberdade em nome da responsabilidade que me acomete nessa presença. Para a ética, essa responsabilidade é indeclinável e intercambiável. Lévinas por vezes lembra o trecho do livro *Os irmãos Karamazov*, no qual Dostoiévski nos diz que todos somos responsáveis por todos, todavia eu sou mais responsável do que todos (LÉVINAS, 2005, p. 145). Essa minha responsabilidade ética vem antes mesmo de conhecer o outro. Por isso, a ética é anterior à ontologia, já que esta busca o ser para entender o ente, mas com isso captura o ente no conhecimento do ser e reduz o ente ao ser. Em outras palavras, apreender outrem por processos cognitivos significa também capturar o outro em categorias e representações totalizantes que limitam, inibem e descaracterizam esse outro como a pessoa concreta e real que está à minha frente. Na ontologia, a liberdade é liberdade de ser; entretanto, para a ética, a liberdade de ser é contida pela exigência do respeito incondicional ao outro como alteridade radical. Para Lévinas (2008, p. 32-33), tal exigência ética é um reclame de justiça.

Exatamente porque a ética é avessa às abstrações e às categorizações, como já enfatizava Rosenzweig, a presença de outrem diante de mim deve ser entendida como uma relação face a face, ou seja, real e concreta. Ainda no início de *Totalidade e infinito*, Lévinas (2008, p. 38)

adverte seus leitores dizendo: o modo como o outro se apresenta, ultrapassando a ideia do outro em mim, chamamo-lo, de fato, rosto. A “ideia do outro em mim”, parte da frase que o próprio Lévinas coloca em destaque, pode ser entendida tanto como as categorias que funcionam como mediações ontológicas no conhecimento do ser quanto como os preconceitos, os prejulgamentos, as desconfianças, as implicâncias e as hostilidades que o eu possa ter em relação ao outro. Para que tudo isso seja ultrapassado, é necessário o rosto do outro como sua própria apresentação, de maneira a exprimir o outro como ele realmente é e não como eu o represento. É o ente sem o invólucro do ser. Quando isso acontece, o rosto do outro que se “presenta” a mim invoca a minha capacidade de ouvir, pois ele traz uma narrativa, um discurso que vai além do que eu presumia e poderia saber. O rosto promove, nesse sentido, uma abertura ao infinito que está além das minhas significações e independe da minha iniciativa e do meu poder. Contudo, como mencionado antes, é importante ter em conta que a atitude ética resiste às conceitualizações ontológicas, por isso não se trata exatamente de conhecer a pessoa, o ente, mas de deixá-la se manifestar. O rosto fala, mesmo em silêncio, pois é a expressão viva de uma vida que carrega alegrias e tristezas, dores e prazeres, realizações e decepções, convicções e dúvidas que não se reduzem, jamais, às minhas pretensões cognitivas ou às convenções sociais; “ele é por si próprio e não por referência a um sistema”, como assinala Lévinas (2008, p. 64). Por isso, para a ética da alteridade, a atitude primeira é a do acolhimento e do cuidado, não do conhecimento.

O rosto do outro é também o outro em sua nudez, e, como diz Lévinas (2008, p. 65), “a nudez do seu rosto prolonga-se na nudez do corpo que tem frio e que tem vergonha da sua nudez”. Assim, o rosto revela também uma vulnerabilidade, porém, ao mesmo tempo, expressa uma potência como afirmação de si, como outro que não se reduz a mim. Em consequência, o rosto salienta um olhar que suplica e exige; ele espera algo de mim, mas se recusa à minha posse e aos meus poderes, como se fosse um hóspede em minha casa. Diante do olhar que suplica e exige, acolher o outro é reconhecer uma fome, por isso reclama de mim uma doação. Porém, não se trata de quem é superior doando a quem é inferior, mas exatamente o contrário, sou eu na minha pequenice doando a um absoluto que está acima de mim, que vem das alturas para me interpelar, que é infinito e, como tal, limita meu poder. Nas palavras de Lévinas (2008, p. 193): “O infinito paralisa o poder pela sua infinita resistência ao assassinio que, duro e intransponível, brilha no rosto de outrem, na nudez total dos seus olhos, sem defesa, na nudez da abertura absoluta do Transcendente”. Nesse sentido, o rosto é muito mais do que algo que se apresenta a mim, é o infinito que se coloca sobre o finito da totalização ontológica, e, nesses termos, ele me desarranja e me retira de mim mesmo, fazendo que na sua diferença eu seja desinstalado de toda indiferença.

A descrição apresentada nos três parágrafos anteriores permite compreender o duo da relação ética: eu e o outro em sua singularidade absoluta, que me arrebatam. Temos, assim, uma relação assimétrica e sem mediações, já que eu estou diretamente diante da face do outro e devo oferecer uma resposta. Na ética, a assimetria da relação torna a própria relação,

em certo sentido, uma não relação, uma vez que a estrutura da relação em si é desordenada pela epifania do rosto do outro que produz certa desestabilização do eu. Nessa perspectiva, a liberdade se impõe para mim sempre como uma questão: o que fazer diante do rosto de outrem? Entretanto, a política implica multiplicidade e uma diversidade de interesses que invocam a soberania da liberdade e a igualdade de direitos. Então, como a ética da alteridade, marcada por uma relação eu-outro, poderia se aplicar a esse espaço de multiplicidade, marcado por uma relação nós-eles, e de constante luta por hegemonia que é o mundo político? Pois bem, acredito que seja, até certo ponto, intuitivo compreender que determinados parâmetros e princípios que se colocam na relação eu-outro também se colocam na relação nós-eles, sobretudo de compreensão da alteridade e de consideração pelo outro, guardadas as devidas proporções. Porém, sem dúvidas há diferenças marcantes e até mesmo intransponíveis entre o duo da relação ética, nos termos da filosofia levinasiana, e o múltiplo da relação política. Daí ser pertinente o receio de Gérard Bensussan (2009) no que concerne a essa transição. Para elucidar o problema, Bensussan faz uma referência a Lévinas em que este afirma que a justiça que envolve toda a sociedade é um tema que diz respeito a questões que tratam de coisas como comparação, ajuntamento, ordem, inteligibilidade do sistema e uma copresença em pé de igualdade, tudo isso em sincronia, junto-em-um-lugar (LÉVINAS, 2011, p. 237). Então, comenta Bensussan (2009, p. 42),

o comum, a comunidade, a política, a Justiça – a supor que estes termos sejam equivalentes, o que não são estritamente – são então reclamados como “estar-junto-num-lugar”. Eles são “necessários”. Mas isso a partir do “não lugar da subjetividade”, a partir desse fora-de-lugar que é a responsabilidade. Todo o problema está aí.

De fato, ainda que ideias relacionadas à compreensão da alteridade e de consideração pelo outro possam intuitivamente ser transportadas da ética para a política, permanece o problema, especialmente na ética da alteridade de matriz levinasiana. Isso porque, para esse autor, o duo da relação ética remonta à constituição pré-original do sujeito e estrutura um tipo curioso de subjetividade sempre posta em questão a partir de uma alteridade que virá para provocá-la e desestabilizá-la, como um in-finito que se coloca no finito. Esse infinito que é outrem vem de outro lugar – alteridade – para me arrebatá-lo do lugar do mesmo. A assimetria que existe nessa relação é evidente. Não sou eu quem salva o outro, é o outro que me salva, pois permite a constituição da minha subjetividade, sempre provocada e em construção. Além disso, não cabem mediações nessa relação. A única alteridade verdadeira é a do rosto do outro diante de mim e que me interpela do fundo de seus olhos. O semblante do outro é um infinito que se abre diante de mim e, ao mesmo tempo, escancara a responsabilidade que eu tenho sobre ele que está à minha frente, face a face comigo. Daí que, nessa relação ética, o eu se coloca como um “eis-me aqui”, em forma de passividade, que é uma entrega amorosa tão radical que, segundo Lévinas (2011, p. 182-188), a minha responsabilidade substitui a responsabilidade de outrem.

Ora, parece manifesto que tais características da relação eu-outro, que são próprias da ética no sentido do face a face de que fala Lévinas, não se aplicam às relações políticas estabelecidas no âmbito do nós-eles. Na política não deve haver assimetrias, ao menos por duas razões. Em primeiro lugar, porque não são os outros da relação política – eles – que nos salvam, ao contrário, são adversários que ameaçam nossa posição na busca de hegemonia. Em segundo lugar, porque as assimetrias na política, geralmente, assinalam desigualdades que impedem ou dificultam a busca por justiça. Outro aspecto de incongruência entre o plano da ética e o da política é aquele das mediações e categorizações. No duo da relação ética, não se admitem mediações, e a presença do outro no face a face é imprescindível, já que o rosto é a própria epifania da ética. Pela mesma razão, a ética não admite categorizações, representações e comparações, pois tudo isso abstrai a pessoa das suas condições concretas e acaba por capturar o sujeito – o outro – em conceitos ontológicos que lhe esvaziam de sua singularidade e alteridade. Contudo, nas relações políticas é comum e corrente que se lide com ideias, categorias ideológicas e até mesmo interesses que independem do rosto de outrem. Muitas vezes, o rosto desaparece diante das representações, sejam tais representações institucionais, como no aparelho de Estado, sejam ideológicas, como nos partidos e coletivos políticos, sejam identitárias, como em certos movimentos sociais. Da mesma forma, a política necessariamente implica categorizações, comparações e cálculos, até para que se possa debater e fundamentar propostas de ações institucionais e sociais, especialmente aquelas que pretendem a igualdade e a justiça. Por fim, nas relações políticas não se espera a passividade da entrega amorosa na forma do “eis-me aqui” nem a substituição das responsabilidades. Ocorre exatamente o contrário. Na busca pela hegemonia, o agente da ação política não se entrega, ele combate na defesa de suas convicções. Da mesma forma, ele não pretende assumir a responsabilidade do outro. Especialmente tratando da relação nós-eles, o que se pretende é chamar a atenção de toda a sociedade para a responsabilidade que “eles” têm sobre os problemas, as agruras e as injustiças que afetam a todos ou a parte da sociedade.

Por todas essas diferenças entre a relação ética e a relação política, é preciso prudência para falar da ética da alteridade, na matriz levinasiana, como fundamento para a política. Entretanto, ainda que existam diferenças marcantes que exijam certa cautela na transição da ética ao político, ainda assim parece possível e necessário propor a ética da alteridade como fundamentação extramoral para a democracia, especialmente em tempos de fortalecimento do eu – egocentrismo e egoísmo – e repúdio ao outro – indiferença, rejeição e ódio. Acredito que os aspectos intuitivos disso, como as ideias ligadas à compreensão da alteridade e de consideração pelo outro, já seriam suficientes para sustentar tal proposição. Porém, é possível oferecer outras razões. A primeira delas, e provavelmente a mais importante, diz respeito ao problema da inversão antiética. Aqui, o risco é de que na relação política se faça uma inversão assimétrica da assimetria da ética, de tal forma que o eu diria “o outro sou eu”. Nessa inversão antiética, ocorre uma assimilação totalitária do outro que sufoca a diversidade e acaba com a democracia. Se aplicada essa totalização nas lutas por hegemonia, isso levaria a uma espécie

de descaracterização dos antagonismos e das diferenças, produziria um discurso do tipo “todos são a mesma coisa” e haveria uma totalização da política e, por conseguinte, o desaparecimento do político (que é necessariamente plural e agonístico). Certamente, essa totalização interessa, basicamente, àqueles que, em dado momento, concentram o poder político, pois, ao dizerem que não há diferença entre eles e os que lhes fazem oposição, acabam por desqualificar a própria oposição.

Outra maneira de realizar a inversão antiética é quando a afirmação que diz “o outro sou eu” expressa, ainda que indiretamente, que eu sei quais são todas as necessidades, os interesses e as convicções do outro, portanto, estou habilitado a falar por ele. Nesse caso, ocorre um deslocamento do eixo nós-eles, pois não se trata de um grupo político falando acerca do grupo adversário, mas de um ou mais grupos políticos que se apresentam como os únicos porta-vozes legítimos da sociedade, esta sim colocada no lugar do outro ou do “eles”. Há um totalitarismo, que muitas vezes passa despercebido, no discurso de quem apresenta as suas próprias percepções e experiências como se fossem as percepções e experiências de todas as demais pessoas. No plano político, isso acontece quando um grupo se arvora a falar “em nome do povo”, como se fosse o povo. De qualquer forma, a inversão antiética não apenas revela o abuso distorcivo da ação política, mas reclama por aquilo que ela não é: uma política justa (BENSUSSAN, 2009, p. 23).

3. A ÉTICA COMO FUNDAMENTO EXTRAMORAL DA POLÍTICA

Mesmo tratando da ética a partir de uma relação eu-outro, Lévinas estava atento à questão da política. Em *De outro modo que ser ou além da essência*, ele afirma que a proximidade com o outro – relação ética – acaba por apresentar o problema da relação com uma “conjunção de entes” (LÉVINAS, 2011, p. 236). Essa conjunção de entes postula um sentido de coletividade que é expresso na figura do próximo do próximo ou, como fala Lévinas, o terceiro da relação. Esse terceiro interrompe de alguma maneira o duo da ética para inserir o tema da sociedade e faz surgir uma questão nova para além do momento pré-originário do face a face:

Se a proximidade me ordenasse apenas ao outro, “não haveria problema” em qualquer sentido do termo, nem mesmo no mais geral. O problema não teria nascido, nem a consciência, nem a consciência de si mesma. A responsabilidade para com o outro é uma imediação anterior ao problema; é precisamente proximidade. É perturbada e torna-se um problema desde a entrada do terceiro. O terceiro é outro que não o vizinho, mas também é outro vizinho, é também vizinho do Outro e não simplesmente seu semelhante. O que, portanto, são o outro e o terceiro, um para o outro? (LÉVINAS, 2011, p. 236-237)

Com o surgimento do terceiro, estamos certamente no terreno da política. Essa opção de Lévinas por colocar a ética em um momento pré-originário de constituição do humano,

portanto intersubjetivo, mas anterior à política, revela uma preocupação em não permitir que a fusão da ética com a política acabe produzindo formas totalitárias de convivência, como se o Estado fosse um princípio de realização ética ou moral da sociedade (CARRARA, 2010, p. 150-151). É preciso esclarecer: nem tudo é política. E a política receber influxos e provocações que venham de fora dela é uma coisa boa, pois permite uma reflexão ou um exame sobre o político a partir de referências que não estejam viciadas pelo grande pragmatismo das relações políticas. Todavia, é fundamental que fique claro que essa distinção filosófica estabelecida por Lévinas não pode ser entendida como uma oposição ou como se fosse um dualismo que estabelecesse uma distância inalcançável entre os planos da ética e da política. Conforme a citação anteriormente apresentada, vale notar que o terceiro se apresenta a mim a partir da relação que tenho com o outro, e estabelece uma indissociabilidade entre mim e o outro e mim e o terceiro, ou seja, uma indissociabilidade entre ética e política. Esse é o ponto central do argumento de Madeleine Fagan (2009, p. 20) ao afirmar que, “para Levinas, o ético e o político estão interligados por meio da figura do Terceiro”. Porém, diferentemente de Fagan, não acreditamos que a relação política seja inevitavelmente constitutiva do plano da ética no pensamento de Lévinas, mas estamos de acordo que existe um laço que une ambos os planos, e tal laço é a figura humana do terceiro, pois ele dá sequência à responsabilidade anterior que já existia no duo ético.

Na relação ética, eu tenho uma responsabilidade fundamental que decorre da proximidade, do rosto do outro que se apresenta diante de mim como súplica e exigência. Porém, o terceiro assinala uma multiplicidade que me arranca da proximidade do outro para me fazer pensar sobre o fato de que existem outras relações intersubjetivas, ainda que estejam fora do meu campo de visão e até mesmo de afetação. Estar fora da proximidade exige reflexão ou, no dizer de Lévinas, consciência. Por meio da consciência, minha responsabilidade é ressignificada para alcançar uma esfera mais ampla. Ainda que não sejam o mesmo tipo de responsabilidade – a responsabilidade que brota da proximidade e a responsabilidade que brota da consciência –, ambas seguem como responsabilidades assentadas sobre a preocupação e a consideração pelo outro. Novamente Lévinas (2004, p. 247-248):

O terceiro, outro que o próximo, é também meu próximo. E ele é também próximo do próximo... Seria, para mim, faltar à minha responsabilidade de eu – à minha responsabilidade prejudicial para com um e para com outro, meus próximos – ignorar, por causa desta responsabilidade anterior a todo julgamento, desta proximidade, as injustiças de um em relação ao outro. Não se trata, aqui, de levar em conta eventuais prejuízos, que eu tivesse sofrido de um ou de outro, ou de desmentir meu des-interessamento; trata-se de não ignorar o sofrimento de outrem que incumbe à minha responsabilidade.

Essa responsabilidade que se estende da ética à política revela a ideia de uma política eticamente orientada, *porém em um sentido extramoral*, isto é, sem definir concepções de bem ou eleger valores e princípios. Propõe exclusivamente o sentido do humano e do cuidado como a

base das relações sociais e mantém a liberdade subordinada à responsabilidade. Daí que esse plano político se liga, nessa linha de raciocínio, à exigência da justiça. Tal exigência, por um lado, é extramoral porque se assenta na questão da responsabilidade. Na ética, a responsabilidade decorre da proximidade com o outro; já para a política, a responsabilidade decorre da consciência reflexiva provocada pelo surgimento do terceiro. Por outro lado, não há dúvida de que a exigência de justiça assinalada por Lévinas especificamente no campo da política também abre a possibilidade de se fazer uma série de elaborações em torno das categorias, das representações, dos cálculos e dos valores que devem embasar a justiça entre os homens, bem como entre os homens e o mundo que coabitam. Nesse caso, já estaríamos saindo do plano extramoral para adentrar na moralidade própria das teorias normativas da justiça, com maior ou menor embasamento fenomenológico.

Como nossa pretensão é permanecer exclusivamente no aspecto extramoral, cabe enfatizar a questão da responsabilidade como um esforço para evitar, ao menos, duas coisas: (i) que a política seja brutalmente instrumentalizada por interesses egoísticos de pessoas e grupos; (ii) que o político – busca de hegemonia – seja sabotado por estratégias políticas de indiferença ao outro, dominação e ódio. Isso implica assumir que, se é bem verdade que o político é o campo inevitável das lutas por hegemonia, também é verdade que, de um ponto de vista ético, essas lutas devem ser feitas com responsabilidade, seja pelo outro (e pelo outro do outro), seja pelo processo por meio do qual ocorrem essas lutas. Uma consequência importante disso é que essa ética impõe uma coerência entre meios e fins, isto é, a busca por fins libertários, igualitários e emancipatórios deve implicar e respeitar meios igualmente libertários, igualitários e emancipatórios. A responsabilidade ética na política não permite que, em nome dos valores morais pelos quais se luta, sejam adotadas estratégias por intermédio das quais se sacrifiquem os próprios valores morais pelos quais se luta.

Outra consequência importante ao adotar a ética da alteridade como fundamento para a democracia é a renúncia crítica às pretensões totalizantes e totalitárias que pretendem reduzir a política ao pensamento único. Nesse sentido, a ética da alteridade funciona também como uma ética do dissenso (ZIAREK, 2002). A alteridade expressa diferença, e tais diferenças no plano político consistem em desacordos. Os desacordos fundados no posicionamento de um ou mais grupos políticos que sustentem concepções de bem ou ideias políticas que acarretem a violação do outro na forma da exclusão, da opressão, da exploração, da dominação e do servilismo, não podem ser considerados razoáveis e, com efeito, não podem ser eticamente admissíveis. Por outro lado, desacordos que decorram de diferentes concepções de bem e de diferentes doutrinas filosóficas, morais e religiosas que não acarretem a violação do outro nas formas anteriormente mencionadas, podem ser considerados desacordos razoáveis e, nesse sentido, expressam dissensos que devem ser entendidos como típicos da política democrática e da própria vida em sociedade.

O ponto relativo ao dissenso suscita outro tema importante e sensível da vida política e que deve ser pensado: a questão da tolerância e o respectivo problema da intolerância. Na

perspectiva estritamente levinasiana, a ideia de tolerância é superada pela radicalidade da entrega do eu diante do outro por meio do “eis-me aqui”. Suponho que todos concordariam que se entregar é muito mais do que tolerar. A tolerância estaria lá na linguagem totalizante da ontologia, ao passo que a entrega, esta sim, seria encontrada aqui na linguagem da ética. Por isso, aquela entrega radical do eu tornaria vencida a questão da tolerância, ao menos no duo ético. Contudo, mesmo para Lévinas, ainda resta o plano da comunidade de entes – da política – que reclama a justiça. Nesse plano, a tolerância se faz uma questão importante na relação que estabelece com a justiça. Assim, vale destacar como premissa que a consideração pelo outro e a responsabilidade que todos temos sobre o outro e o terceiro exigem uma atitude comprometida com o zelo e o cuidado. Além disso, o apreço pela alteridade também supõe, como já visto com Rosenzweig (2000), o reconhecimento da diversidade e da multiplicidade do mundo. Unindo esses dois aspectos, a fórmula mais simples que vem à nossa intuição pode ser descrita como: mesmo sendo diferente, e até divergindo do outro, devo aceitar a manifestação de sua diferença e manter-me responsável sobre ele. Essa seria a noção geral mais básica da tolerância no contexto de uma ética da alteridade. Porém, a questão da tolerância invoca também o *paradoxo da tolerância*, qual seja: se tudo for tolerado, até a intolerância será tolerada e, nesse caso, não haverá mais tolerância. Assim, é preciso buscar referências mais concretas acerca do que deveria ou não ser tolerado, especialmente na política democrática, que é o objeto da presente reflexão.

4. A QUESTÃO DA TOLERÂNCIA NA POLÍTICA ETICAMENTE FUNDAMENTADA

Para o Direito, a liberdade de consciência inscrita nas constituições modernas é o alicerce fundamental para o dever da tolerância. Em sociedades democráticas, o direito à liberdade de consciência deve ser plenamente protegido, bem como os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de associação, que lhes são corolários. Todavia, isso não quer dizer que esses direitos sejam absolutos, pois eles devem ser compreendidos no contexto do sistema que caracteriza o Estado de Direito. Assim, não é estranha ao mundo jurídico a ponderação por meio da qual se admite algum nível de restrição desses direitos, desde que com base em outros direitos constitucionais e desde que essa restrição possa evitar um mal maior do que ela mesma já representa. Além das inevitáveis ponderações e dos sopesamentos que são feitos no mundo jurídico, a atividade legislativa também faz restrições e até mesmo a interdição de certas condutas, em que pese o direito constitucional à liberdade de consciência. Tanto a experiência histórica quanto os valores morais de dada sociedade funcionam como base para que o legislador faça escolhas justificadas de condutas que são reprovadas e até mesmo criminalizadas. Esse é o caso das normas antidiscriminatórias, como a legislação que criminaliza a prática do racismo. Diante de casos como esses, convém levar em consideração que, de maneira geral, o Direito não se importa com o que as pessoas pensam, mas sim com o que elas fazem, razão pela qual certas condutas são vedadas e até mesmo criminalizadas. Isso

quer dizer que as pessoas não precisam concordar com os termos da lei, mas sim obedecê-la. É bem verdade que em alguns casos a liberdade de consciência pode ser invocada como fundamento para o não cumprimento da lei, como na hipótese de um médico que se nega a fazer uma cirurgia juridicamente autorizada de interrupção de uma gravidez ou, ainda, de um jovem que se nega ao serviço militar obrigatório. Tais situações podem nos remeter aos debates acerca da objeção de consciência e da desobediência civil, que são concomitantemente jurídicos e morais.

Contudo, a questão da tolerância não se dirige exclusivamente ao Direito. Aliás, antes mesmo do Direito, é uma questão que se coloca para a ética. Até porque, na vida social, inúmeras condutas podem acontecer sem uma regulamentação legal específica, ainda que invoquem o direito à liberdade de consciência, de expressão e de associação, e tais condutas provavelmente produzirão reflexos na relação com o outro. Pois bem, a noção geral da tolerância e a sua importância em sociedades democráticas parecem evidentes, mas resta o problema do paradoxo da tolerância. Nesse sentido, o problema ético fundamental é o seguinte: deve-se tolerar os intolerantes? Para responder a essa pergunta, é oportuno esclarecer que se está falando aqui da intolerância que se manifesta no contexto de desacordos razoáveis. Uma pessoa que não tolera a participação de outras no debate público em função de divergências acerca de concepções de bem seria o exemplo de uma intolerância em função de um desacordo que não é razoável. Esse tipo de intolerância claramente não deve ser tolerado, pois, além de desarrazoado, inviabiliza os valores ético e político da alteridade. Porém, existe um tipo de intolerância semelhante à de uma pessoa que diz: “Nada do que você fala merece ser ouvido ou vai mudar a minha opinião, pois as minhas razões são melhores do que as suas” ou ainda “o seu modo de vida é degradado e o meu modo de vida será sempre melhor do que o seu”. É sobre esse tipo de intolerância que se pergunta: deve-se tolerar os intolerantes?

A premissa fundamental para a resposta a essa questão é de que o igual direito à liberdade de consciência é extremamente relevante para uma sociedade democrática e plural, que pretenda acolher a diversidade em vez de sufocá-la. Além disso, a consideração ética do absolutamente outro exige do “eu” a disposição para ouvir e compreender esse outro. O fato de o outro manifestar coisas das quais eu venha a divergir e até mesmo que me ofendam não me desobriga da responsabilidade que tenho com ele. Com efeito, *prima facie*, a resposta da pergunta é: sim, deve-se tolerar até mesmo os intolerantes. Observe que essa é uma resposta ética para evitar totalitarismos morais, pois não tolerar os intolerantes envolve a realização de um juízo moral acerca de qual concepção de bem seria certa e qual seria errada. E nesse sentido vêm as perguntas: quem está apto a julgar as escolhas morais do outro? A única concepção de bem correta é a minha? Essas questões conduzem a um debate indefinível, e o resultado pode ser que não tolerar a intolerância produza ainda mais intolerância. Entretanto, como dito antes, tolerar o intolerante é um dever que se coloca *prima facie*, exatamente para evitar que em nome da tolerância sejam perpetradas mais intolerâncias. Porém, pode haver situações nas quais o outro se coloque para o eu não como uma relação

constitutiva da subjetividade, mas como relação que pretende aniquilar a subjetividade: o eu diante do seu carrasco. A figura típica do carrasco é daquele que usa uma máscara e, ao ocultar o rosto, impede uma relação ética. É de se esperar que todos resistam ao carrasco, mas quem se entrega a ele faz o sacrifício supremo de imolar o próprio corpo, atingindo um nível de transcendência que raramente é alcançado. De qualquer forma, com ou sem sacrifício, o carrasco interrompe a relação ética. Em casos como esse, em que o intolerante age como um carrasco e a relação ética está interrompida, cessa aquele dever ético de tolerar os intolerantes.

Quando passamos propriamente ao domínio político, a primeira exigência que decorre de uma ética da alteridade é que não se transforme a luta por hegemonia em manifestação de intolerância. Por certo, poderia ser argumentado que já existe uma incompatibilidade conceitual entre hegemonia e intolerância. Isso porque a busca por hegemonia envolve convencimento, formação de alianças e de consensos, ainda que provisórios, enquanto a intolerância faz precisamente o oposto, ela é excludente e agressiva em relação ao diferente. Ainda que em regra geral seja assim, não é nenhum absurdo imaginar processos de construção de hegemonia com práticas excludentes e com a formação de alianças truculentas e agressivas, que expressem intolerância tanto em micro quanto em macrorrelações políticas.

Sendo aceitável supor que uma prática política assim seja factível, então é necessária e importante a exigência ética de não transformar a luta por hegemonia em manifestação de intolerância, especialmente em momentos de acirramento dos antagonismos e até de ódio. A despeito dessa exigência da ética da alteridade, é possível que o antagonismo próprio do político acabe descambando para relações políticas mais virulentas e lancinantes, a ponto de adentrar no terreno da intolerância. Isso porque as convicções políticas, via de regra, expressam concepções de bem e conceitos acerca do que seja uma vida boa que podem colidir com diferentes formas de pensar e de viver. Algumas doutrinas religiosas, morais e filosóficas podem ser mais intransigentes, fazendo com que os seus adeptos se posicionem nas relações políticas de maneira igualmente intransigente, até o ponto de se chegar à intolerância. Pois bem, nas relações políticas segue valendo o dever *prima facie* de tolerar os intolerantes. Portanto, não se pode querer que as instituições do mundo político, com ênfase no Estado, seja na forma legislativa, seja na administrativa, seja na judiciária, utilizem o argumento da intolerância para cercear a liberdade de consciência, expressão e associação de grupos que se manifestam na vida social em geral e nas relações políticas em particular. Dizer que o outro está sendo intolerante pode ser uma desculpa para restringir a liberdade de consciência e de ação política. Por isso, é preciso muita cautela para lidar com aquilo que se chama de intolerância, especialmente na esfera do político.

Entretanto, como dito anteriormente, o dever ético de tolerar o intolerante se dá de forma *prima facie*, inclusive nas relações políticas. Da mesma maneira que na minha relação direta e pessoal com o outro pode surgir a figura do carrasco que pretende aniquilar minha subjetividade, nessa esfera da “comunidade de entes”, da sociedade política, certos agentes ou grupos

políticos podem assumir o lugar do carrasco para aniquilar minha subjetividade política, isto é, minha condição de cidadão livre e igual, apto ao debate público e à tomada de decisões. No âmbito do político, não se pode esperar a imolação sacrificial do corpo na forma de uma entrega ao carrasco, até porque o próprio corpo expressa um modo de resistência e de luta política. Por isso, politicamente, só faria sentido doar-se ao carrasco se isso fosse uma maneira de radicalidade da luta para promover uma comoção que ampliasse os adeptos da sua própria causa. Porém, essa seria uma doação com motivações estritamente políticas e jamais se poderia esperar algo assim em nome da ética. Com isso, permanece o limite ético para a tolerância aos intolerantes nas relações políticas. Contudo, não tolerar os intolerantes implica uma limitação da liberdade de consciência e de seus corolários, assim, vale repetir, é indispensável que a intolerância para com os intolerantes evite a ocorrência de um mal maior do que o mal em si que caracteriza o cerceamento da liberdade de consciência.

Quais seriam, então, as situações em que cessaria o dever de tolerar os intolerantes e iniciaria o dever ético de denunciar as formas de pensar, de agir e de viver que perpetram a intolerância? Embora a resposta a essa pergunta possa ser sempre renovada conforme o contexto, o momento e a situação particular dos agentes envolvidos, proponho as seguintes situações como pontos a partir dos quais já não se deve mais tolerar os intolerantes: quando a intolerância coloca em risco a integridade (física ou psíquica) dos tolerantes; quando a intolerância viola direitos constitucionais; quando a intolerância impede o compartilhamento de espaços públicos; e quando a intolerância ameaça ou viola a ordem pública e o próprio sistema democrático. Entendemos como ordem pública as condições institucionais necessárias ao exercício das atividades pessoais e das capacidades políticas da pessoa. Como dito anteriormente, nesses casos, não apenas cessa o dever de tolerar os intolerantes, mas inicia o dever ético de denunciar essas manifestações de intolerância.

5. A EXIGÊNCIA ÉTICA DA ESCUTA NA POLÍTICA

Um dos maiores desafios que resulta da propositura da ética da alteridade como fundamento extramoral para a política pode ser algo surpreendentemente óbvio: a coragem de ter no outro um interlocutor, ainda que seja um adversário, afinal todos estão entrelaçados no debate público. Para a relação ética, conforme Lévinas a descreve, o rosto do outro apresentado à minha face faz dele um interlocutor, antes de ser objeto de minha compreensão. Isso torna possível que o outro manifeste o seu dizer (ética) antes daquilo que pode ser dito (ontologia) sobre ele. Diz Lévinas (2004, p. 27): “[...] compreender uma pessoa é já falar-lhe. Pôr a existência de outrem, deixando-a ser, é já ter aceito essa existência, tê-la tomado em consideração”. Nesse sentido, não seria a consciência a origem da linguagem, mas uma presença, uma proximidade que desperta a linguagem e por meio dela resulta uma consciência. Para Lévinas, essa relação não pode ser considerada política, visto que a política – multiplicidade de entes – surge apenas com a figura do terceiro, contudo, o diálogo se mantém como referência da

ética para a política. E o próprio Lévinas (2004, p. 46) afirma isso em tom bem realista: “[...] que o diálogo seja chamado a exercer um papel privilegiado na obra da justiça social, acabei em certo sentido de afirmá-lo, mas ele não pode assemelhar-se à sociedade íntima e não é a emoção do amor que o constitui”. Mesmo que o diálogo na política não resulte da afetação como é na relação ética, até porque o terceiro é alguém com cujo rosto nós não nos deparamos necessariamente, ainda assim ele se mantém como imprescindível, mas agora como ato da consciência. O receio de Lévinas é de que, nessa relação impessoal da política, a existência dos interlocutores se reduza aos conceitos que são formulados sobre eles e esvazie a pessoa de sua própria existência. Teríamos, nesse caso, não um diálogo, mas uma reverberação de vozes em uma grande caixa de ressonância vazia. Daí Lévinas (2004, p. 49) afirmar de forma dura: “[...] o discurso impessoal é um discurso necrológico”.

Portanto, o desafio ético da política democrática é promover conscientemente o diálogo antes dos rótulos, evitando que os preconceitos, políticos ou não, matem a capacidade de comunicação. Do ponto de vista das instituições sociais, isso significa a instauração e a manutenção de um arranjo institucional que favoreça esse diálogo. Também implica que figuras de Estado – governantes e legisladores em geral – tenham um comportamento que utilize e incentive o diálogo. Do ponto de vista dos grupos políticos – nós e eles –, isso significa a capacidade de dialogar com civilidade e sinceridade, sem imposição de rótulos, e enfrentar o debate público das ideias sem recorrer a subterfúgios falaciosos, como o argumento *ad hominem*. Em um ambiente político como esse, forjado em bases dialógicas, a democracia tem mais chances de não ser exaurida em conflitos políticos evitáveis para poder voltar-se a problemas estruturais graves que ocorrem em função de desigualdades econômicas e culturais. Assim, independentemente das disputas por hegemonia entre as forças políticas, a sociedade como um todo pode se beneficiar do dissenso e elevar sobremaneira o nível do escrutínio político.

A busca de uma fundamentação ética para a política, nesse sentido extramoral que pretendemos, permite uma compreensão da justiça para além da retórica dos grupos políticos. Não que o que esses grupos tenham a dizer sobre a justiça esteja errado, mas porque o ambiente de disputa marcado pelo ódio e pelo antagonismo como forma de expulsão do outro inviabiliza o próprio debate acerca de um senso público de justiça. Quando uma força política pretende calar a outra, esse roubo totalitário também a torna mouca e incapaz de auscultar a sociedade, especialmente o sofrimento vivido pelos terceiros. Uma exigência ética de primeira grandeza, e para além das estratégias de poder, é que todos os grupos políticos de uma sociedade democrática – nós e eles – sejam capazes de ouvir as vozes daqueles que sofrem na pele as contradições de uma sociedade injusta, aqueles para os quais muito do que está escrito na constituição não passa de uma promessa distante ou bela fantasia. Aqueles que sofrem injustiças sociais e são penalizados com privações e desigualdades imerecidas. Nenhum grupo político detém o monopólio para falar sobre essas pessoas e ninguém melhor do que elas mesmas para falarem sobre a própria realidade e sobre

o tipo de justiça social que a sociedade precisa. Contudo, muitas vezes a política institucionalizada, absorvida pelas rivalidades ou, pior, tomada pelo ódio e por práticas fascistas, não tem interesse ou perde a capacidade de ouvir aqueles que deveriam ser ouvidos antes de tudo. Por isso, as vozes dos que sofrem as injustiças sociais precisam se afirmar como quem grita para ser ouvido, como um grito dos excluídos, como quem responde antes mesmo de vir a pergunta; mas não se afirmam apenas pela voz, também são capazes de dar testemunho das injustiças muitas vezes somente com a presença de seu corpo. Elas dizem mesmo sem dizer. E, em casos mais dramáticos, dizem até com a ausência. A ausência do corpo morto pela ordem social, ausência essa que testemunha o sofrimento de comunidades inteiras. Esse testemunho invoca uma cumplicidade, uma proximidade, ou, como diz Lévinas (2011, p. 229), uma abertura de si na forma de *um-para-o-outro*.

Essa escuta que reinstaura a proximidade ética, mesmo no campo da política, reafirma a importância da alteridade, mas não propriamente como diferença entre grupos políticos e desacordos razoáveis, e sim como o apelo feito a partir da singularidade radical do rosto daqueles que mais sofrem as injustiças sociais. Estes são os que não podem aguardar o longo tempo da política institucional e, por isso, requisitam o tempo do agora, já que as marcas que carregam no corpo expressam, em certo sentido, a história de toda a humanidade que se concentra em um único instante. Falando a partir da mesma tradição messiânica na qual se inserem Franz Rosenzweig e Emmanuel Lévinas, Walter Benjamin (2013, p. 20) diz o seguinte na sua Tese XVIII sobre o conceito da história: “[...] o Agora, que, como modelo do tempo messiânico, concentra em si, numa abreviatura extrema, a história de toda a humanidade, corresponde milimetricamente àquela figura da história da humanidade no contexto do universo”. O agora é o modelo do tempo messiânico, pois é aquele que não pode esperar pela salvação no tempo vazio do relógio. Ele diz respeito àqueles que vivem e encarnam a urgência, uma vez que a sua história é a própria expressão da fatalidade. Como afirma Benjamin (2013, p. 14), o anjo da história está atento a isso, às ruínas e aos mortos lançados aos seus pés, e a única forma de salvar os destroços e reviver os mortos para conter a catástrofe é interromper o curso da história no momento presente — o tempo do agora —, porém a história progride na forma de uma tempestade que impede o trabalho do anjo. Para que o presente não repita as barbáries do passado, é preciso interromper o curso da história, o que deve ser feito ouvindo as vozes proféticas, pois estas são as que podem dar o testemunho do sofrimento que sentem, as que estão sendo asfixiadas com o joelho da ordem sobre os seus pescoços e já não podem respirar e, por isso, não podem aguardar o transcorrer do tempo vindouro. Tais vozes falam sobre a injustiça de agora e, de uma perspectiva ética, precisam ser ouvidas para provocar fissuras na política que permitam novas possibilidades de convivência democrática e pacífica para todos (LÉVINAS, 2004, p. 248-249).

Convém deixar claro aqui que a atitude ética, conforme proposto pela ética da alteridade, depende do dado material e concreto, ou fenomenológico, que é a figura do outro ou daquele terceiro, outro do outro. Em outras palavras, a transcendência de si depende da imanência do

outro que, em sua concretude, afeta meu pensar e minha existência. Os raciocínios totalmente abstraídos da realidade por sua forma lógica são paradoxalmente limitados pela sua própria universalidade. Certamente que o modelo kantiano dos imperativos categóricos é importante (KANT, 1980, p. 128-140), mas na ética da alteridade o humano não se escuta em uma fórmula *a priori* da razão ou em processos mentais que podem ocorrer com o indivíduo sozinho em um ambiente isolado. É eticamente correto dizer que a humanidade existente em todos não pode ser usada como um meio e deve ser respeitada como um fim. Contudo, essa humanidade deve ser entendida a partir de pessoas concretas, com histórias reais e que vivem sob condições materiais específicas, até para que as súplicas e as exigências do outro, que constituem a humanidade expressa no seu rosto, sejam corretamente entendidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma política eticamente fundamentada não pode ser considerada uma pretensão ingênua ou uma meta inatingível. Ela revela a importância da responsabilidade como base do fazer político e uma esperança de manter a política para além do egocentrismo, do egoísmo, da indiferença e do ódio. Por seu turno, essa responsabilidade no âmbito do político implica uma política sempre interpelada pela ética, provocada nas suas pretensões e interrogada quanto aos meios que propõe. Uma política convidada a se abrir para ouvir as vozes proféticas que gritam pela urgência do humano, em que esse humano não pode ser entendido de maneira exclusivamente formal. Tudo isso aponta para uma política que se deixa inquirir pelo além do político para se tornar mais humilde, desafiada e desafiadora; que não se rende às tentações totalitárias e que não permite a conversão de um processo legítimo de luta por hegemonia em práticas de expulsão, destruição e extermínio.

Em um primeiro momento, essa abertura da política à ética pode soar como uma exigência muito grande para a política, algo que demande uma superpolítica. Todavia, a pretensão é exatamente o oposto: uma política mais humilde, que admita que nem tudo é política, pois, como diz Gérard Bensussan (2009, p. 57), a expressão “tudo é política” produz uma “descentralização extensiva da política que proíbe que se possa pensá-la em sua articulação com os seus fora-de-lugar e a palavra de ordem se inverte, então, em impensada, pobre e preguiçosa”. Trata-se de não abandonar a política a ela mesma, já que isso envolve um risco enorme de resultar em uma política sem limites, insensível, insensata e tirana. Para uma política assim agigantada, tudo seria possível, inclusive aquilo que há de mais cruel e atroz. E, como nos mostrou Benjamin, há boas razões para desconfiar de um rumo catastrófico da história. Por isso, afirmar que é imprescindível uma política feita de forma que em princípio parece impossível, mas que é necessária e urgente; que não seja alérgica à alteridade e que não seja totalizante; uma política factível, caracterizada pelo que o termo “factível” significa: algo difícil, mas que pode ser feito dessa maneira.

REFERÊNCIAS

ALFORD, Fred. Levinas and Political Theory. *Political Theory*, [s. l.], v. 32, n. 2, p. 146-171, abr. 2004.

BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

BENSUSSAN, Gérard. *Ética e experiência: a política em Levinas*. Passo Fundo: IFIBE, 2009.

CARRARA, Ozanan Vicente. *Lévinas: do sujeito ético ao sujeito político*. Elementos para pensar a política outramente. Aparecida: Ideias e Letras, 2010.

DUSSEL, Enrique. *Política da libertação I: história mundial e crítica*. Passo Fundo: IFIBE, 2014.

FAGAN, Madeleine. The Inseparability of Ethics and Politics: Rethinking the Third in Emmanuel Levinas. *Contemporary Political Theory*, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 5-22, 2009.

COSPITO, Giuseppe. Hegemonia. In: LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (orgs.). *Dicionário gramsciano*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 365-368.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. v. 3.

HAN, Byung-Chul. *The Expulsion of the Other: Society, Perception and Communication Today*. Cambridge: Polity Press, 2018.

HINKELAMMERT, Franz. *A maldição que pesa sobre a lei: as raízes do pensamento crítico em Paulo de Tarso*. São Paulo: Paulus, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Os Pensadores).

LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes, 2012.

LÉVINAS, Emmanuel. *De otro modo que ser o más allá de la esencia*. Salamanca: Sígueme, 2011.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2008.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2004.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

MOUFFE, Chantal. *Agonística: pensar el mundo políticamente*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.

ROSENZWEIG, Franz. *La estrella de la redención*. Salamanca: Sígeme, 2006.

ROSENZWEIG, Franz. The New Thinking. In: ROSENZWEIG, Franz. *Philosophical and Theological Writings*. Indianápolis: Hackett Publishing Company, 2000.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

WRIGHT, Erik Olin. *Envisioning Real Utopias*. Londres: Verso, 2010.

ZIAREK, Ewa. *An Ethics of Dissensus: Postmodernity, Feminism, and the Politics of Radical Democracy*. California: Stanford University Press, 2002.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CUNHA, José Ricardo. Ética da alteridade como fundamento extramoral para a política em tempos de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2307, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202307>

José Ricardo Cunha

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). PROFESSOR TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ).

jr-cunha@uol.com.br

Recebido: 02.04.2021

Aprovado: 07.09.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202308>

1 Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-2526-4825>

2 Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-4304-2254>



Gerenciando a coexistência: uma comparação entre mulheres e homens no trabalho de agentes prisionais

MANAGING COEXISTENCE: A COMPARISON BETWEEN WOMEN AND MEN PRISON GUARDS

Isabela Cristina Alves de Araújo¹ e Ludmila Ribeiro²

Resumo

O objetivo deste artigo é compreender como as(os) agentes penitenciárias(os) percebem sua relação com as(os) presidiárias(os) e desvelar se o sexo influencia essa percepção. Para tanto, foram analisados 1.525 questionários *on-line* autoaplicáveis, respondidos entre 2014 e 2015, por uma amostra de agentes penitenciários de Minas Gerais (333 mulheres e 1.192 homens); e 23 entrevistas semiestruturadas com profissionais que atuavam na Região Metropolitana de Belo Horizonte (13 homens e 10 mulheres), realizadas entre os anos de 2016 e 2018. Os resultados indicam que o sexo não tem influência significativa na forma como as(os) agentes penitenciárias(os) percebem o seu trabalho e interagem com as(os) detentas(os), uma vez que há homogeneização das experiências no cotidiano profissional. Há uma ênfase exagerada na virilidade, característica que tende a ser assumida também pelas mulheres, dado o entendimento de que a profissão é eminentemente masculina, o que demandaria uso da força e rispidez para garantir a obediência das(os) internas(os). Como são valorizados atributos associados ao universo masculino em uma perspectiva tradicional dos papéis de gênero, homens e mulheres tendem a se comportar da mesma maneira.

Palavras-chave

Agentes penitenciários; análise comparativa; sexo; sistema prisional; relacionamento.

Abstract

This paper aims to understand how prison guards perceive their relationship with prisoners, and to reveal whether their sex has any influence on their perception. For this purpose, we analyzed 1,525 self-administered online questionnaires, answered in 2014 and 2015 by a sample of prison guards in Minas Gerais (333 female and 1,192 male) and 23 semi-structured interviews with professionals that work in the Metropolitan Area of Belo Horizonte (13 men and 10 women), conducted between the years 2016 a 2018. The results indicate that sex does not have a significant influence on how prison guards perceive their work and interact with inmates, since there is a homogenization of experiences during their labor routine. There is an overemphasis on virility, a characteristic assumed also by women, given the understanding that the profession is eminently a masculine one, requiring the use of force and coercion to guarantee the obedience of the inmates. Because the attributes valued are associated with the male universe, in a traditional perspective of gender roles, men and women behave in the same way.

Keywords

Prison officers; comparative analysis; sex; prison system; relationship; perception.

INTRODUÇÃO¹

Este artigo pretende compreender como as(os) agentes prisionais² percebem sua relação com as(os) presas(os) em seus locais de trabalho e desvelar se o sexo possui alguma influência na construção dessa relação.³ Estudos voltados para a realidade desses profissionais possuem extrema importância, uma vez que elas(eles) são fundamentais para o funcionamento do sistema prisional, em termos de como se constrói a rotina organizacional, o que inclui o controle de tempos e movimentos e também a gestão das tensões com e entre as(os) detentas(os) (SANTIAGO, BORTOLLOTTI e BANA, 2020). As(Os) agentes se constituem, assim, em pontes entre as(os) internas(os) e os recursos limitados disponíveis dentro da prisão (SHANNON e PAGE, 2014).

Apesar da importância das(dos) guardas de custódia para o funcionamento das unidades prisionais, os estudos acadêmicos brasileiros ainda não dedicaram a elas(eles) a merecida atenção (LOURENÇO e ALVAREZ, 2018). Bennett *et al.* (2008), por exemplo, consideram que, por muito tempo, as análises que buscavam compreender o sistema prisional tinham como foco principal as(os) detentas(os) e os efeitos do aprisionamento nesses personagens. Ainda hoje, as(os) agentes prisionais ficam ou invisibilizadas(os) nos estudos ou "subsumidos[(as)] dentro de preocupações mais amplas" (BENNETT, 2008, p. 2), salvo algumas exceções.

No contexto nacional, essa realidade está em processo de modificação. A partir do levantamento bibliográfico dos estudos prisionais produzidos no Brasil, Lourenço e Alvarez (2018) indicam que as pesquisas sobre as(os) profissionais de custódia são a nova tendência do campo, ainda que tais produções sejam menores – em termos numéricos – em relação a outros temas, como o encarceramento feminino. Mesmo nesse movimento crescente, há uma tendência em

...

- 1 As pesquisas utilizadas para a construção deste artigo tiveram os seguintes financiamentos: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig): processo CSA – AES-00115-13; Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq): processo 445545/2014-3; Fapemig: processo CSA – APQ 01648-16.
- 2 Em dezembro de 2019, os agentes prisionais foram promovidos a policiais penais pela aprovação de emenda que alterou o texto do art. 144 da Constituição Federal. Contudo, como os dados analisados neste artigo foram coletados antes dessa mudança – o que tem impactos diretos na forma como os sujeitos se percebem e se posicionam diante de sua ocupação –, neste texto usaremos as categorias agentes prisionais, guardas de prisão ou funcionários do cárcere para nos referir a eles, em detrimento de “policiais penais”. Apesar dessa mudança, com os dados que aqui serão analisados, torna-se visível como esse processo já ressoava nas percepções que as(os) profissionais traziam de seu trabalho e na relação construída entre elas(eles) e a população carcerária.
- 3 O sexo é a categoria de análise porque é ele que organiza o local de trabalho desses profissionais no estado em que a pesquisa foi realizada. Assim, não ignoramos a discussão sobre a diferença entre sexo e gênero, mas fomos fiéis à categoria que orientou a coleta de informações e àquela que organiza as rotinas de trabalho.

analisar as(os) agentes prisionais de forma homogênea e não considerar significativas as distinções que existem dentro desse grupo, que também possuem “microculturas”.

O levantamento bibliográfico de Braun (2016) aponta para a ausência de artigos que se centrem em uma análise comparativa de gênero quanto ao trabalho exercido nas prisões brasileiras. Já Vinuto, Abreo e Gonçalves (2017) sublinham a importância de análises voltadas para a construção do papel de agente de custódia, uma ocupação percebida como masculina e marcada por signos de “virilidade”, mesmo quando o ofício é realizado por mulheres. Esse tema não é, contudo, uma novidade em outros circuitos acadêmicos, como o norte-americano. Bennett *et al.* (2008) pontuam que as dimensões de sexo e de gênero são importantes para o desenvolvimento de uma subcultura dentro do grupo “profissionais de custódia”, razão pela qual o cruzamento entre papéis de gênero e profissionalização gera percepções diferenciadas acerca do trabalho a depender do sexo de quem realiza a atividade: se homens ou mulheres.

O presente artigo tem por objetivo comparar as representações sociais de agentes prisionais femininas e masculinos quanto às vivências dentro do ambiente prisional. Busca-se compreender se a variável “sexo” possui alguma influência na forma como esses dois personagens veem o mundo carcerário e procuram criar novas realidades por meio da construção de “laços cooperativos” (SANTIAGO, BORTOLLOTTI e BANA, 2020) com as(os) internos. Para alinhar esse objetivo, a seção 1 foi reservada à discussão de como as expectativas de desempenho da profissão são distintas em relação ao sexo da(o) trabalhadora(o), o que tem como consequência relações entre as(os) profissionais e as(os) presas(os) que são mediadas pela morfologia do corpo das(dos) interlocutoras(es). Na seção 2, foram apresentadas as questões metodológicas, seguidas da análise dos dados coletados por meio de entrevistas estruturadas (*surveys*) e semiestruturadas, na seção 3. Por fim, são sumarizadas as conclusões, com destaque para os temas que merecem ser investigados em outros estudos sobre as(os) agentes prisionais.

1. QUAL É A IMPORTÂNCIA DE INSERIR O SEXO NAS DISCUSSÕES SOBRE AGENTES PRISIONAIS?

A história do trabalho feminino é contada a partir de diferentes recortes, que incluem marcadores de classe e raça. Desde o que se convencionou chamar de modernidade, a divisão sexual do trabalho tornou-se um operador fundamental, visto que é delegado ao homem “o sustento da casa” e à mulher “o cuidado com os filhos e com o domicílio”. Historicamente, essa divisão não incluía todas as mulheres: a raça e a classe social transformavam as negras, antigas escravas, em mucamas ou empregadas domésticas, cabendo a elas todos os tipos de atividades. Ou seja, as mulheres negras e pobres já estavam no mercado de trabalho há milhares de anos, exercendo funções tipicamente femininas, quando as mulheres brancas começaram a se inserir em atividades antes reservadas aos homens (GONZALEZ e HASENBALG, 1982).

Foi somente com a entrada das mulheres brancas no mercado de trabalho em meados do século passado que as questões relativas à divisão sexual das ocupações começaram a ser, de fato, problematizadas – em que pesem os marcadores de raça ainda serem invisibilizados (HIRATA, 2015). As mulheres pobres e negras continuaram a ser a mão de obra preferencial, conformando-se com a função de empregadas domésticas (PAIXÃO e GOMES, 2008). As mulheres brancas, especialmente as de classe média, passaram a almejar e a ocupar o que a Sociologia denomina ocupações de colarinho azul, ou seja, serviços técnicos e especializados, que demandam certo grau de escolaridade para a sua realização (ESPING-ANDERSEN, 1991).

Esse movimento não provocou uma completa revolução na estrutura ocupacional. Ao contrário: as questões de gênero, ainda que importem menos que o “caráter sagrado do mercado”, como destaca Esping-Andersen (1991, p. 90), jogam papel de destaque nessa equação e criam uma segregação sexual e racial dos trabalhos. Algumas profissões foram demarcadas como *femininas*, sendo caracterizadas como extensão da vida doméstica, do cuidado e do zelo. Entre elas, há as que permitem à mulher branca trabalhar fora do lar, como as domésticas, que são exercidas majoritariamente pelas negras (HIRATA, 2015), e aquelas que são de domínio público, visíveis a toda a sociedade, exercidas majoritariamente pelas brancas (PAIXÃO e GOMES, 2008). Entretanto, os trabalhos que exigiam dos profissionais pré-requisitos associados à virilidade, traduzidos muitas vezes em elementos como força, resistência e liderança, tradicionalmente associados ao *ser homem* (VINUTO, ABREO e GONÇALVES, 2017), passaram a ser consideradas profissões *masculinas* (CHIES, 2010).

As definições anteriores dos papéis construídos socialmente em relação à mulher e ao homem são transpostas para o ambiente de trabalho, de modo que ambos terão não apenas expectativas diferentes, mas adequarão suas identidades para o trabalho ali exercido. Para Humphrey (1987), antes mesmo de ingressarem no mercado de trabalho, mulheres e homens são colocadas(os) em categorias desiguais que auxiliarão na construção da sua identidade, posto que estruturaram as expectativas e os compromissos de cada uma(um) no trabalho. Hirata (2015, p. 113) detalha essas acepções ao afirmar que “a virilidade é associada ao trabalho pesado, penoso, sujo, insalubre, algumas vezes perigoso, trabalho que requer coragem e determinação, enquanto que a feminilidade é associada ao trabalho leve, fácil, limpo, que exige paciência e minúcia”.

A identidade profissional de uma pessoa é, portanto, o somatório entre a sua identidade sexual (masculina ou feminina) e a atividade ocupacional (de homem e de mulher), uma vez que a segunda auxilia na estruturação das expectativas da primeira. Calazans (2004) argumenta que o sexo não é apenas fonte de *status* e poder, mas determinante na forma que homens e mulheres se inserem nas ocupações. Espera-se que mulheres atuem em profissões que sejam tipicamente *femininas*, que necessitem de habilidades consideradas *naturalmente inerentes* a elas, como o cuidado. Pode acontecer de o sexo do profissional e a atividade por ele realizada não estarem em tamanha consonância, como as expectativas relacionadas à divisão sexual do trabalho pressupõem. Homens podem exercer atividades tipicamente femininas, como as

relativas ao cuidado (como é o caso da enfermagem), e mulheres podem estar em profissões vistas como masculinas (como as policiais militares), o que coloca maiores complexidades a essas combinações (CALAZANS, 2004).

No campo da segurança pública brasileira, diversas são as análises que pontuam como a profissão de policial é vista como executada por um herói, que não precisa ser treinado, visto que já nasceu com os hormônios que tornam o sujeito vocacionado para a atividade, dispensando-o de qualquer tipo de capacitação (PONCIONI, 2013). Em razão dessa forma de ver a profissão, as mulheres são naturalmente “mal-vindas”. São inúmeras as barreiras para a entrada delas nessa seara, as quais variam do estabelecimento de quotas máximas até casos de assédio moral e sexual, que as desmotivariam a ingressar na carreira (RIBEIRO, 2018). Em que pesem as mudanças ocorridas nos últimos anos, com a entrada das mulheres nas fileiras das polícias, inclusive aquelas que atuam em âmbito penal, isso não significa que elas deixaram de ser vistas como masculinas (SOARES e MUSUMECI, 2005). Chies (2010), por exemplo, demonstra que as mulheres, ao atuarem em ocupações masculinas, como as de agente prisional, têm sua força de trabalho desvalorizada e encontram resistência pelos colegas homens quanto à sua presença naquela profissão. Outra consequência seria o processo de adaptação individual às exigências de *habilidades* consideradas *masculinas* e que não foram estimuladas nas mulheres ao longo do processo anterior de socialização.

Para além do sexo, a classe social e a raça contribuem para que a pessoa seja mais ou menos aceita como “profissional”, isto é, como adequada àquele campo e apta a gerar rotinas organizacionais estáveis. Assim, em trabalhos considerados tipicamente masculinos, homens e mulheres procuram apresentar atributos de virilidade, como força e capacidade de impor medo no outro. Nas palavras de Ricciardelli (2017, p. 4), “a hierarquia de masculinidades (a ideia de que algumas masculinidades são ‘melhores’ ou mais ‘dominantes’ do que outras) faz parte de como a masculinidade hegemônica mantém o poder dos homens como um grupo”, e torna, portanto, as mulheres menos apta àquela função, razão pela qual elas devem ser constantemente (re)ensinadas sobre como o trabalho deve ser exercido ou devem procurar uma atividade tipicamente feminina (como a de assistência) em ambientes majoritariamente masculinos.

Calazans (2004), em sua análise seminal com policiais militares femininas, demonstra como elas ou emulam o comportamento masculino (o que inclui desde raspar o cabelo até realizar operações de “combate ao crime” fortemente armadas) ou sucumbem ao papel tipicamente feminino, realizando atividades que estão aquém de sua formação, mas que requerem uma mulher (como as de recepcionista ou assistência a mulheres e crianças). Ribeiro (2018) atualiza parte dessas perspectivas com um estudo sobre as mulheres policiais militares e chega a resultados muito semelhantes, sublinhando o papel das piadas machistas no reenquadramento das mulheres como profissionais menos aptas ao exercício da profissão de herói, palavra que ainda define a função de alguns policiais militares.

As unidades prisionais constituem um campo propício para o entendimento de como o sexo, para além dos outros marcadores sociais, atua como elemento de destaque na construção

do papel profissional. A maioria dos presos é do sexo masculino, e, em que pese o crescimento exponencial de mulheres privadas de liberdade, elas não chegam a somar 5% do total das pessoas atrás das grades (WORLD PRISON, *s.d.*). Aos homens caberia a atividade de custódia, uma vez que eles possuiriam naturalmente os atributos de virilidade, necessários para impor o medo necessário à manutenção da ordem – inclusive com a ameaça de uso da força física (VINUTO, ABREO e GONÇALVES, 2017). A exceção a essa regra seria a custódia nas unidades destinadas à privação da liberdade de mulheres, onde essa tarefa deveria ser realizada por pessoas do mesmo sexo para evitar abusos e crimes sexuais (DAVIS e DENT, 2003). As demais tarefas do ambiente prisional, como as relacionadas à saúde, assistência e educação, ficariam a cargo das mulheres, dadas a sua habilidade natural para o cuidado e a escuta (CHIES, 2010), como ocorre em outras organizações de segurança pública (CALAZANS, 2004; SOARES e MUSUMECI, 2005; RIBEIRO, 2018).

Todavia, nem sempre essa divisão pode ser tão bem demarcada. A pressão para que as pessoas responsáveis pela aplicação da lei, o que inclui a tarefa de custódia nos ambientes prisionais, sejam reflexo da diversidade de sexo, raça e classe de nossa sociedade borra essas balizas (MUSUMECI *et al.*, 2004). Nos Estados Unidos e no Canadá, por exemplo, homens e mulheres exercem a função de agentes prisionais indistintamente, independentemente de a unidade ser destinada a pessoas do sexo masculino ou feminino (RICCIARDELLI, 2017). Com isso, os entrecruzamentos entre sexo e ocupação se tornam imprescindíveis para a compreensão das diferenças de percepção do trabalho e das experiências que esses profissionais possuem dentro do cárcere (ZIMMER, 1986; JURIK, 1988; NEWBOLD, 2005).

Quando se considera a relação entre as(os) profissionais de custódia e presas(os) dentro das instituições prisionais, os trabalhos possuem conclusões díspares. Quanto à natureza do trabalho de custódia propriamente dita, uma parte da literatura destaca que as relações desenvolvidas entre as(os) guardas prisionais e internas(os) são marcadas por pessoalidade, dadas a necessidade de negociações entre ambas(os) e da utilização de “jeitinhos” para que a prisão funcione de forma adequada (SYKES, 1975; LOURENÇO, 2010; CREWE, 2011). Outra parte da literatura sublinha que as relações entre ambos os grupos (guardas prisionais e presas(os)) são distantes e impessoais, marcadas pelo cumprimento de regras e normas formais, mediadas por classificações e tipificações criadas pelas(os) profissionais, que orientam como agir perante as(os) detentas(os) (COELHO, 2005; LIEBLING, 1999; CRAWLEY, 2004).

A maior ou menor proximidade ou distância entre as(os) profissionais de custódia e as(os) presas(os) seria mediada pelo sexo da(do) profissional. Zimmer (1986) foi uma das pioneiras no escrutínio da relação existente entre sexo e trabalho custodial, destacando que a profissão em unidades prisionais possui identificação masculina, uma vez que envolve o exercício de poder e autoridade. Dessa forma, a simples inserção das mulheres nessa carreira faz emergir outra diáde. Por um lado, as agentes prisionais femininas suscitam enorme desconfiança sobre a capacidade em realizar as tarefas que a profissão exige, dada a dúvida constante de que o desempenho da “virilidade” por parte dessas profissionais nunca será equivalente

ao de seus companheiros do sexo masculino (VINUTO, ABREO e GONÇALVES, 2017). Por outro lado, a entrada de mulheres na profissão traz enorme expectativa para as(os) presas(os), que passam a acreditar que elas seriam menos rigorosas e menos violentas, visto que estariam mais preocupadas com o cuidado do que com a “manutenção da ordem” (NEWBOLD, 2005). Em ambas as situações, é possível ver como o sexo mediará as expectativas da *performance* do papel de agente prisional e, por conseguinte, as expectativas das(dos) internas(os) em relação à função de custódia (ZIMMER, 1986).

Em uma perspectiva histórica, Jurik (1988) demonstra que as mulheres assumem postos de custódia dentro das unidades prisionais com expectativas baixas ou até mesmo negativas em relação ao seu desempenho do trabalho. Da mesma forma que o observado entre as policiais militares brasileiras (SOARES e MUSUMECI, 2005), elas precisam lidar com dúvidas quanto às suas habilidades para manter a segurança e executar as tarefas cotidianas. Desacreditadas das qualidades de virilidade, elas preferem as funções associadas a papéis femininos, como cargos administrativos, correspondência e portaria. Para reforçar a divisão sexual do trabalho dentro das prisões, as administrações prisionais evitam a interação de mulheres agentes prisionais com presas(os), o que seria fundamental para “estabelecer competência, ganhar respeito e alcançar oportunidades promocionais” (JURIK, 1988, p. 295). Em função dessa maneira *sui generis* de ver a mulher em ação dentro das prisões, elas seriam enquadradas, por seus pares do sexo masculino, em quatro estereótipos principais, listados no Quadro 1.

QUADRO 1 – ESTEREÓTIPOS DO TRABALHO REALIZADO POR MULHERES NA PRISÃO

CATEGORIA	SIGNIFICADO
“ANIMAL DE ESTIMAÇÃO”	MULHERES VISTAS COMO FRACAS, PASSÍVEIS E TEMEROSAS EM RELAÇÃO À(AO) PRESA(O)
“SEDUTORAS”	MULHERES QUE POSSUEM RELAÇÕES AMIGÁVEIS/SEXUAIS COM OS COLEGAS, SENDO QUE A EXPLICAÇÃO ACIONADA PELOS HOMENS PARA JUSTIFICAR A ASCENSÃO DELAS NA CARREIRA É A TROCAS DE FAVORES SEXUAIS
“MÃES DE PRESOS”	MULHERES QUE ESTABELECEM UMA RELAÇÃO PRÓXIMA E AMIGÁVEL COM AS(OS) PRESAS(OS)
“DONZELAS DE FERRO”	MULHERES ENÉRGICAS QUE TRABALHAM DE FORMA SÉRIA NA IMPOSIÇÃO DE REGRAS E MANUTENÇÃO DA ORDEM

Fonte: Adaptado de Jurik (1988).

Jurik (1988) demonstra que, independentemente da categoria na qual a mulher era encaixada, ela era vista com desconfiança e hostilidade pelos agentes masculinos, o que, em consequência, a excluía de alguns postos-chave, como a atividade primordial de custódia. Nada mais é do que um detalhamento do que Ricciardelli (2017) chamará de graus de masculinidade e do que Vinuto, Abreo e Gonçalves (2017) denominarão de escalas de virilidade. Como indica Ricciardelli (2017), a masculinidade é uma espécie de tipo ideal, que se revela no processo de interação: homens competem entre si na tentativa de “provar” quem melhor se enquadra no que seria hipoteticamente a “melhor representação” da masculinidade. Na tentativa de desacreditar a *performance* feminina de papéis idealizados como masculinos, as mulheres são constantemente criticadas, enquadradas em categorias distintas das “damas de ferro” de Jurik (1988), afastando-as cada vez mais desse trabalho. Afinal, não há *inerentemente* nelas habilidades essenciais – violência e agressividade – para exercer as tarefas de segurança (ZIMMER, 1986).

A chegada delas (e seu respectivo enquadramento nas quatro categorias propostas por Jurik [1988]) muda a interação dentro do ambiente profissional, o que implica novas dinâmicas prisionais. Crouch e Alpert (1982) procuraram entender essas mudanças a partir do estudo de guardas prisionais recém-contratados pelo *Texas Department of Correction* (TDC). Eles investigaram como as(os) profissionais em treinamento mudavam suas crenças sobre as(os) presas(os) mediante o processo de formação e entrada em exercício nas prisões. Partiram do pressuposto de que existe uma subcultura entre as(os) guardas prisionais que, de certa forma, busca homogeneizar as suas atitudes, e, assim, o sexo – como categoria que orienta a interação entre as(os) colegas e as(os) internas(os) – seria subjugado a ponto de não fazer diferença na forma como esses profissionais percebem sua ocupação e/ou exercem suas atividades. Contudo, os dados coletados apontaram para um resultado um pouco diferente.

Crouch e Alpert (1982) verificaram que, ao ingressar no trabalho, mulheres e homens apresentavam níveis iguais de agressividade e punitivismo, mas, a partir de seis meses de exercício da profissão, esses *scores* iam se distanciando. As mulheres se tornavam mais tolerantes e não punitivas em relação às pessoas presas e, contrariamente, os homens demonstravam mais agressividade e punição, o que refletiria dois processos de socialização ocupacional distintos. Como hipótese explicativa, os autores acionam as diferenças no ambiente de trabalho. Por exemplo, as prisões femininas seriam menores que as masculinas, e o regimento seria diferenciado, já que as unidades masculinas seriam consideradas mais *duras*, enquanto as femininas, mais *suaves* – o que demandaria menor exercício da força física para a execução das tarefas de custódia.

Portanto, mesmo que agentes homens e mulheres tenham a mesma função e sejam encarregados(as) das mesmas obrigações, existem expectativas diferentes em relação às suas atuações (CROUCH e ALPERT, 1982), as quais seriam relacionadas à capacidade desses atores em performar a masculinidade (RICCIARDELLI, 2017). Esta tende a ser percebida como essencial para a garantia da ordem nas prisões por meio da imposição do medo, especialmente o

relacionado ao uso da força física, atributo que demonstraria a virilidade do profissional (VINUTO, ABREO e GONÇALVES, 2017).

Em uma perspectiva distinta, Boyd e Grant (2005) tentaram entender a percepção da competência das agentes prisionais femininas e dos masculinos pelas(os) presas(os). Eles constataram que as mulheres e os homens são percebidos pelas(os) presas(os) com a mesma competência, disciplina, controle, comunicação e empatia. Concordando com os pressupostos levantados por Crouch e Alpert (1982), os autores destacam que a socialização e o treinamento das(dos) guardas prisionais reduzem as diferenças entre os sexos e fazem com que os homens e as mulheres adotem estratégias de trabalho semelhantes no exercício da atividade laboral. Em contrapartida, as mulheres foram consideradas, pelos detentos, mais profissionais em detrimento dos homens. Elas apresentaram alta pontuação nas dimensões de honestidade, capacidade de evitar situações argumentativas com os detentos e de manter a calma em situações difíceis. Elas são também consideradas mais respeitosas e educadas.

As conclusões desse estudo orientaram a pesquisa de Wright e Saylor (1991), que constatarem como as agentes prisionais experimentam níveis mais elevados de estresse no trabalho em comparação aos dos homens. Em parte, a constante preocupação com a *performance* da masculinidade, para além das atividades de custódia, reverbera em maior desgaste. Os homens também se preocupam com a representação da masculinidade, mas elas, ao contrário deles, não traduzem essa deterioração em relações impessoais e cínicas com os presos. As mulheres aceitam mais frequentemente certas regras relacionadas aos cuidados pessoais, e, em resposta, os presos concordam em cumprir as normas consideradas mais críticas na prisão. Há, entre elas e os custodiados, o desenvolvimento de uma relação mais amigável e agradável, que reverberava na adesão voluntária dos presos às regras institucionais. Então, a feminilidade (e não a masculinidade) deveria ser um atributo valorizado no ambiente prisional, visto que garante maior sujeição dos internos às regras, com menor conflito.

Em resumo, a literatura nacional indica que existem diferenças marcantes no lugar reservado para as mulheres dentro das organizações policiais, enquanto a literatura internacional sublinha distinções sutis na forma como homens e mulheres exercem a função de agentes prisionais. Qualquer que seja o ponto, o sexo importa na forma como essas(es) profissionais percebem as suas ocupações e interagem – entre si e com as(os) detentas(os) – no cotidiano prisional. Será que essa também é a realidade das(dos) profissionais de custódia em atividade em Minas Gerais?

2. NOTAS METODOLÓGICAS

A proposta deste artigo é embasada em uma metodologia mista de coleta e análise de dados.

Na dimensão quantitativa, foram escrutinados 1.525 questionários *on-line* respondidos por indivíduos que eram agentes prisionais (no momento da pesquisa) no estado de Minas Gerais. Foram 333 respondentes do sexo feminino e 1.192 do sexo masculino, uma amostra

representativa dos 17 mil profissionais alocados nas 151 unidades prisionais entre agosto de 2014 e março de 2015, quando o *survey* foi realizado. O tamanho da amostra foi calculado com erro absoluto máximo de estimação de 2,37 pontos com 95% de confiabilidade.

Para garantir a representatividade de todas as unidades, foram criadas cotas⁴ a serem preenchidas em cada estabelecimento. As(Os) agentes prisionais foram mobilizadas(os) por meio de uma lista de *e-mails* disponibilizada pela Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), mas também poderiam preencher o questionário em seus locais de trabalho, já que a direção de cada prisão disponibilizou um computador especificamente para esse fim. Nas unidades maiores, foram providenciados questionários em papel pelos próprios pesquisadores, que abordavam as(os) agentes prisionais nas trocas de turno, convidando-as(os) a participar do estudo. O questionário era autoaplicado e tinha duração média de 20 minutos. Todas as respostas dadas foram voluntárias e anônimas, sem nenhuma informação que identificasse a(o) entrevistada(o). Para a análise desses dados, foi utilizado o *software* SPSS, que possibilitou a construção de gráficos e testes estatísticos.

Na perspectiva qualitativa, foram analisadas 23 entrevistas semiestruturadas, realizadas com 13 homens e 10 mulheres que eram agentes prisionais em unidades da Região Metropolitana de Belo Horizonte entre 2016 e 2018. Foram entrevistadas(os) profissionais lotadas(os) nas seguintes unidades: (i) Complexo Penitenciário Feminino Estevão Pinto, unidade exclusivamente feminina; (ii) Presídio de São Joaquim de Bicas II, Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria, unidades mistas; e (iii) Penitenciária José Maria Alkimim, Presídio de Santa Luzia, Penitenciária Inspetor José Martinho Drummond e Presídio de Vespasiano, unidades exclusivamente masculinas. O trabalho qualitativo se concentrou nessas prisões pela facilidade de acesso, sendo realizadas *in loco* por duplas de pesquisadoras(es). Quando as duplas de pesquisadoras(es) chegavam a campo, elas(eles) convidavam as(os) agentes prisionais a responder o roteiro semiestruturado. Aquelas(es) que demonstravam interesse em participar da pesquisa eram entrevistadas(os) em um local com privacidade, para que pudessem falar abertamente sobre suas percepções e vivências. Todos os depoimentos foram gravados (em razão da autorização das(dos) entrevistadas(os), que assinaram Termos de Consentimento Livre e Esclarecido [TCLEs]), transcritos e posteriormente analisados no Excel a partir de expressões e palavras-chave.

É importante destacar que as(os) respondentes do questionário autoaplicado e das entrevistas em profundidade não são necessariamente as mesmas pessoas nem refletem os mesmos contextos, dada a diferença temporal na coleta de dados. Porém, como a análise pretendida diz

...

4 O número de questionário por unidades foi calculado por um estatístico para garantir a representatividade das(dos) agentes de todas as unidades prisionais do estado. Para tanto, foi levada em consideração a quantidade de profissionais que estava em exercício na prisão no momento da pesquisa.

respeito à diferença do sexo na percepção do trabalho e relacionamento com as(os) presas(os), essas dissonâncias não afetam o resultado pretendido. Assim, serão interpretadas as falas dos depoimentos das(dos) agentes prisionais sobre como percebem as(os) presas e as(os) suas(seus) colegas de trabalho.

Em que pese a pesquisa ter sido realizada há alguns anos, os resultados tendem a refletir o cenário existente no Departamento Penitenciário Mineiro (DEPEN-MG) no contexto pós-pandemia de covid-19, dada a inexistência de mudanças significativas na forma de ingresso (que continua a ser majoritariamente por meio de concurso com provas objetivas e práticas), no treinamento recebido (que permanece rápido e centrado no uso de armas de fogo) e, sobretudo, nos percentuais de homens e mulheres que trabalham no sistema prisional, visto que elas ainda são recrutadas para exercer suas atividades quase exclusivamente em unidades femininas (que são exatamente as mesmas da época da pesquisa).

3. A PERCEPÇÃO DE SI ATRAVÉS DA(DO) OUTRA(O)

A ocupação de “agente prisional” é vista como uma atividade tipicamente masculina (CHIES, 2010), o que reverbera em um número maior de homens do que de mulheres nessa função, ainda que os concursos para a função de “Agentes de Segurança Prisional” (ASP) em Minas Gerais não coloquem cotas máximas para elas. Entre os respondentes do *survey*, como outro- ra mencionado, 21,8% eram do sexo feminino (333) e 78,2% eram do sexo masculino (1.198), uma divisão que refletia a categoria ocupacional em termos de sexo entre os anos de 2014 e 2015.⁵

A primeira questão para avaliar como as(os) agentes prisionais compreendiam a sua ocupação e se existiam diferenças estatisticamente significativas entre homens e mulheres foi relacionada aos fatores que mais agradavam e que mais desagradavam essas(es) profissionais. As perguntas eram espelho uma da outra, de forma que pudesse ser comparada a escala de preferências das(dos) entrevistadas(os). As diferenças foram estatisticamente significativas de acordo com o sexo das(dos) entrevistadas(os) tanto para o que mais agrada⁶ quanto para o que mais desagrada (ver Gráfico 1).⁷

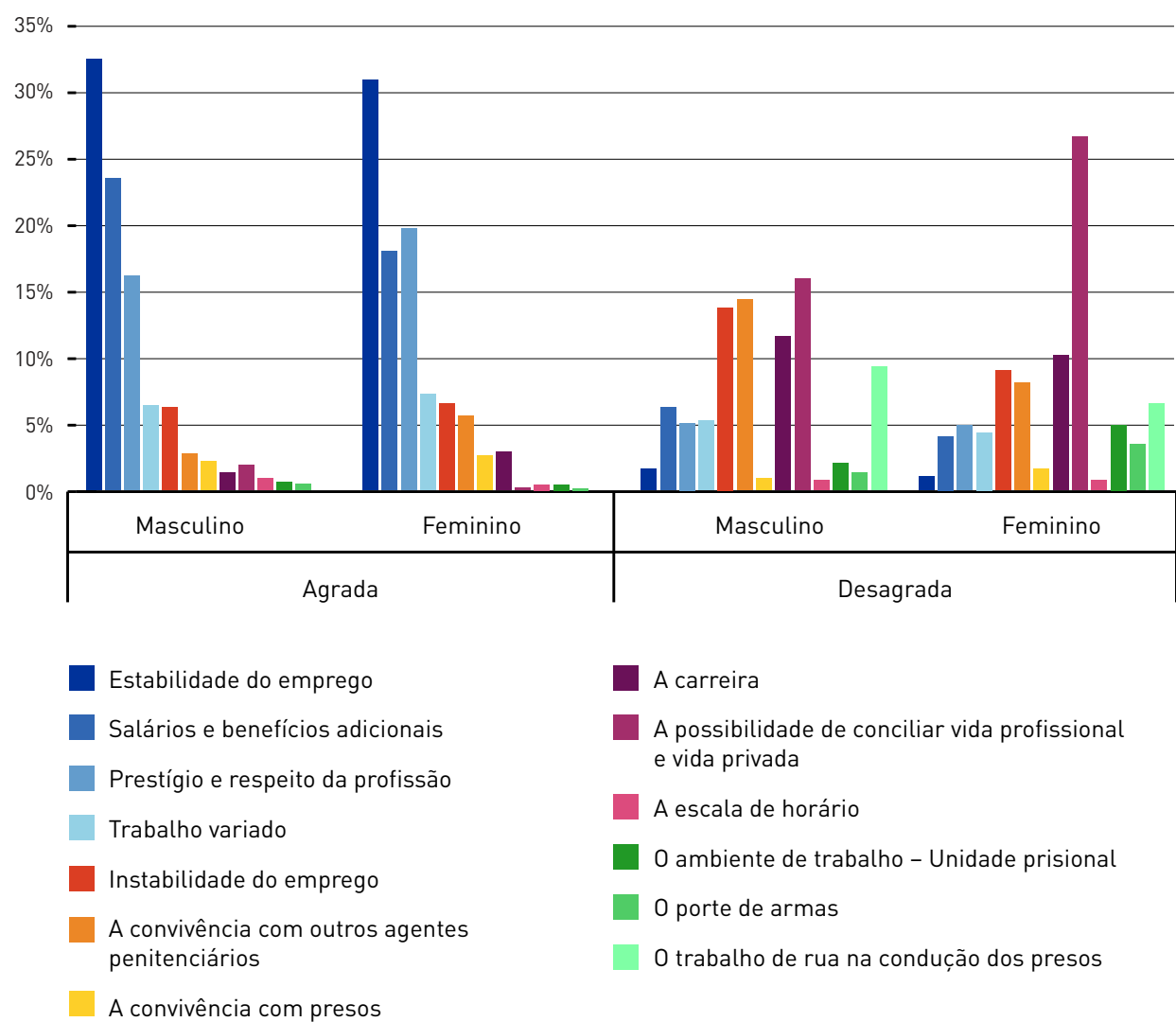
...

5 Em comparação à Polícia Militar de Minas Gerais, que estabelece a cota máxima de 10% para as vagas femininas, o sistema prisional no estado não possui tal política, o que explica a maior representação delas nessa categoria.

6 Qui-quadrado=20,950, GL=13, $p<0,050$

7 Qui-quadrado=50,026, GL=13, $p<0,001$

GRÁFICO 1 – **DISTRIBUIÇÃO DOS ASPECTOS QUE MAIS AGRADAM E DESAGRADAM HOMENS E MULHERES NA ATIVIDADE DE AGENTES PRISIONAIS (2014/2015)**



Fonte: *Surveys* com as(os) agentes prisionais (N=1.530).

Como indica o Gráfico 1, os aspectos profissionais que mais agradam as(os) entrevistadas(os) são a estabilidade do emprego, a carreira (que foi regulamentada em Minas Gerais em 2003), os salários e benefícios adicionais, a possibilidade de conciliar vida profissional e vida privada, o prestígio e o respeito da profissão. Por mais que os percentuais pareçam semelhantes, homens e mulheres se posicionaram de maneira diferente. Por exemplo, a carreira agrada mais os homens do que as mulheres, enquanto com os salários e benefícios adicionais acontece o contrário.

No caso dos aspectos que mais desagradam, a diferença entre os sexos é mais visível. A ausência do porte de armas desagrada igualmente a ambos, que veem nesse equipamento na cintura um mecanismo eficiente de garantia da lei e da ordem. Resultados semelhantes foram encontrados por Lourenço (2010), quando de sua pesquisa com agentes prisionais em Minas Gerais. Segundo ele, os profissionais se ressentiam do trabalho desarmado com o preso e do “vazio” da ocupação que se resumiria a “bater tranca”. No entanto, como o autor

não se aprofundou nas diferenças por sexo, não sabemos se existiam percepções distintas entre homens e mulheres.

A convivência com outras(os) agentes penitenciárias(os) e o trabalho de rua na condução das(dos) presas(os) desagradam mais as mulheres que os homens. A convivência com presas(os), que não apareceu como categoria que “agrada” a essas(esses) profissionais, tem maior aderência como desagrado entre os homens do que entre as mulheres.

Para entender a diferença na convivência com os colegas de profissão como uma dimensão que desagrada mais as mulheres do que os homens, vamos usar as anotações feitas no campo “observações” do *survey*. Essa era a última pergunta e pedia à(ao) entrevistada(o) que deixasse o seu comentário sobre a pesquisa em geral e sobre um aspecto que, na opinião dela(dele), merecesse ser aprofundado em outros estudos com a categoria. Duas profissionais do sexo feminino deixaram comentários interessantes para se pensar as *performances* da masculinidade (RICCIARDELLI, 2017), em uma profissão eminentemente vista como masculina e que, por conseguinte, demanda a virilidade em sua atividade (HIRATA, 2015). Os relatos que ilustram essa relação podem ser lidos no Quadro 2.

QUADRO 2 – DEMANDA DAS PROFISSIONAIS DE CUSTÓDIA DO SEXO FEMININO

MULHER, NEGRA, SOLTEIRA, 45 ANOS, COM ENSINO SUPERIOR COMPLETO	MULHER, PARDA, CASADA, 36 ANOS, COM ENSINO SUPERIOR COMPLETO
AGRADEÇO O INTERESSE POR NOSSA CLASSE. SUGIRO QUE SEJA VERIFICADA A SITUAÇÃO DE NÓS MULHERES ASPS QUE, INFELIZMENTE, AINDA SOMOS POUCO VALORIZADAS NO SISTEMA PRISIONAL. EXISTE UMA DISCRIMINAÇÃO VELADA E O “SISTEMA” POUCO NOS ENXERGA E SE PREOCUPA EM NOS VALORIZAR PROFISSIONALMENTE. (QUESTIONÁRIO 372)	ACREDITO QUE AS ASPS FEMININAS, SÃO DESQUALIFICADAS NAS ATRIBUIÇÕES DE SUAS FUNÇÕES PELO SIMPLES FATO DE SEREM MULHERES EM UM SISTEMA ONDE O MACHISMO ESTÁ INSERIDO EM TODOS OS ESCALÕES, NÃO TENDO OPORTUNIDADE DE INTEGRAR GRUPOS COMO ESCOLTA, INTERVENÇÃO TÁTICA E CANIL! DENTRO DE UMA UNIDADE PRISIONAL DEVERÍAMOS TODOS SER AGENTES, INDEPENDENTE DO SEXO? AFINAL, RECEBEMOS O MESMO TREINAMENTO E, PORTANTO, DEVERÍAMOS RECEBER SEMELHANTES OPORTUNIDADES. (QUESTIONÁRIO 761)

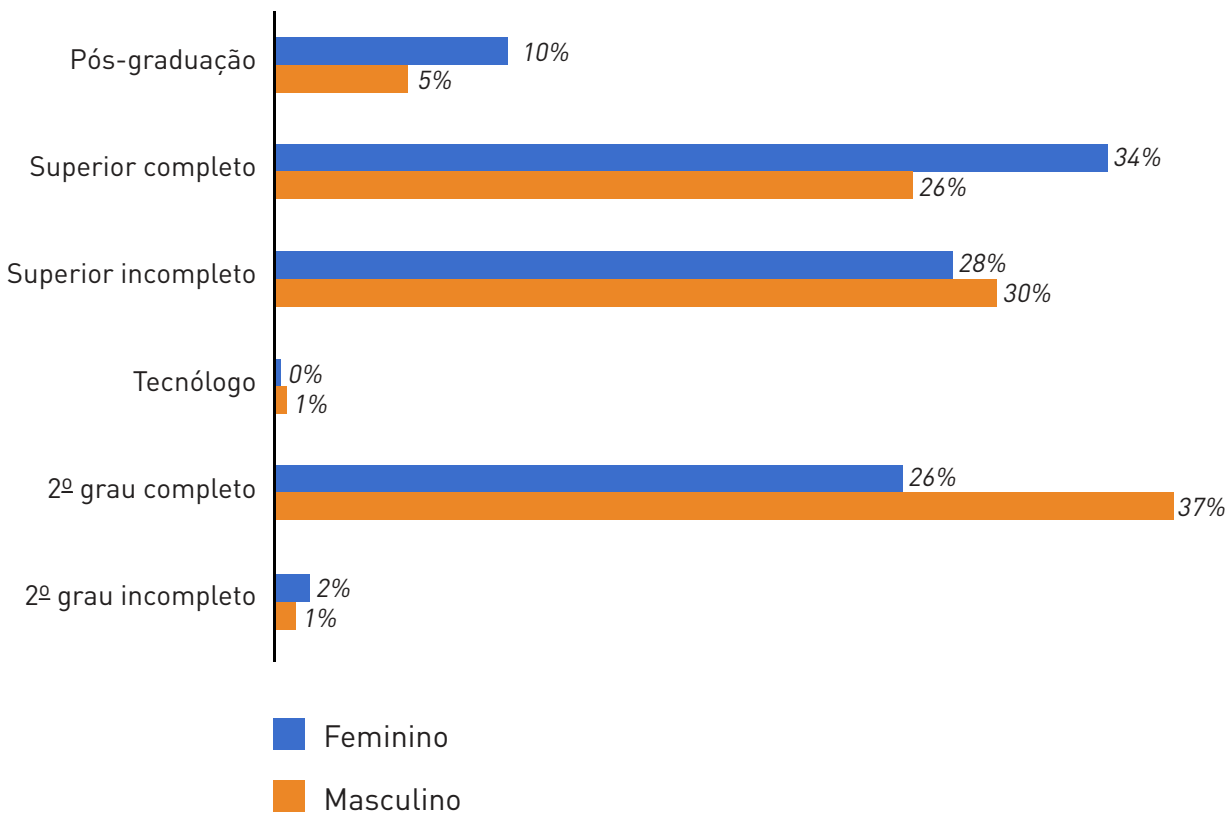
Fonte: Elaborado pelas autoras.

Ambas as entrevistadas pontuam de forma muito explícita porque o contato com os homens é um aspecto que as desagrada. Mesmo recebendo treinamento inicial similar, a elas não são dadas as mesmas oportunidades que são asseguradas aos companheiros homens da profissão. De modo semelhante ao que é observado nos estudos sobre homens e mulheres policiais

militares (RIBEIRO, 2018), há um “preconceito velado” em relação à capacidade que as agentes prisionais teriam de desempenhar papéis que são valorizados dentro da unidade prisional. Da mesma forma que se acredita que a mulher não tem a virilidade necessária para “correr atrás de bandido” (SOARES e MUSUMECI, 2005), ela também não seria enérgica o suficiente para conter os presos.

Como indica o Gráfico 2, as mulheres são mais escolarizadas que os homens, o que deveria resultar em maior valorização do trabalho feito por elas em comparação ao deles. Porém, elas são menos valorizadas porque colocam em prática uma masculinidade precária, dada pelo sexo em detrimento da formação.

GRÁFICO 2 – GRAU DE ESCOLARIDADE DAS(DOS) AGENTES PENITENCIÁRIAS(OS), POR SEXO (2014/2015)



Fonte: *Surveys* com as(os) agentes prisionais (N=1.530).

A expectativa de que a masculinidade ideal será desempenhada de melhor maneira pelos homens, porque eles seriam “naturalmente” equipados com a virilidade (VINUTO, ABREO e GONÇALVES, 2017), faz com que elas sejam preteridas em algumas atividades – como o caso da intervenção tática. No cotidiano da unidade prisional, ainda que sejam o dobro na categoria pós-graduação completa em comparação a eles, elas são “desqualificadas nas atribuições de suas funções”, como nos disse a entrevistada do questionário 762, porque são mulheres. Aparentemente, para ser valorizada como profissional do sistema prisional, além da competência

acadêmica, é necessário desempenhar a masculinidade, e, para muitas, somente o sexo de nascimento daria essa possibilidade, o que lhes renderia o rótulo indelével de “despreparadas”.

A insatisfação muda de destinatário quando focalizamos os aspectos que mais desagradam aos homens, cujas reclamações se concentram majoritariamente no relacionamento com os presos, algo que também impacta as mulheres, mas em menor intensidade. Para tanto, optamos por utilizar um bloco de 12 questões sobre a possibilidade de uso da força de maneira enérgica dentro do sistema prisional, uma vez que esse seria um dos elementos definidores da expectativa de masculinidade (HIRATA, 2015; BOYD e GRANT, 2005).

Não foram verificadas diferenças estatisticamente significativas entre o sexo do profissional e a percepção de que a força deve ser utilizada quando a(o) presa(o) “ameaça um funcionário”,⁸ “tenta fugir ou foge com uso da violência”,⁹ “tenta fugir ou foge sem o uso da violência”,¹⁰ “foge com a ajuda de pessoas de dentro do sistema”,¹¹ “comete algum tipo de falta disciplinar”,¹² “tem relações amorosas com outros presos”,¹³ “desrespeita verbalmente o funcionário”,¹⁴ “tenta autoextermínio” (ver Gráfico 3).¹⁵ Em todas essas situações, como os percentuais de apoio ao uso da força foram distintos, reforça-se o entendimento das(dos) entrevistadas(os) de que não existe apenas uma forma de atuação entre elas(eles) (violência para eles e diálogo para elas) e de que o uso desse mecanismo dependeria da situação, dos atores envolvidos e do ambiente da unidade. Dessa forma, as(os) entrevistadas(os) entendem que tanto homens quanto mulheres podem utilizar o diálogo ou a violência em seu cotidiano profissional, mesmo que não seja isso que se espere delas(deles) em razão do sexo.

...

8 Qui-quadrado=0,080, GL=1, $p>0,050$

9 Qui-quadrado=1,562, GL=1, $p>0,050$

10 Qui-quadrado=0,635, GL=1, $p>0,050$

11 Qui-quadrado=0,059, GL=1, $p>0,050$

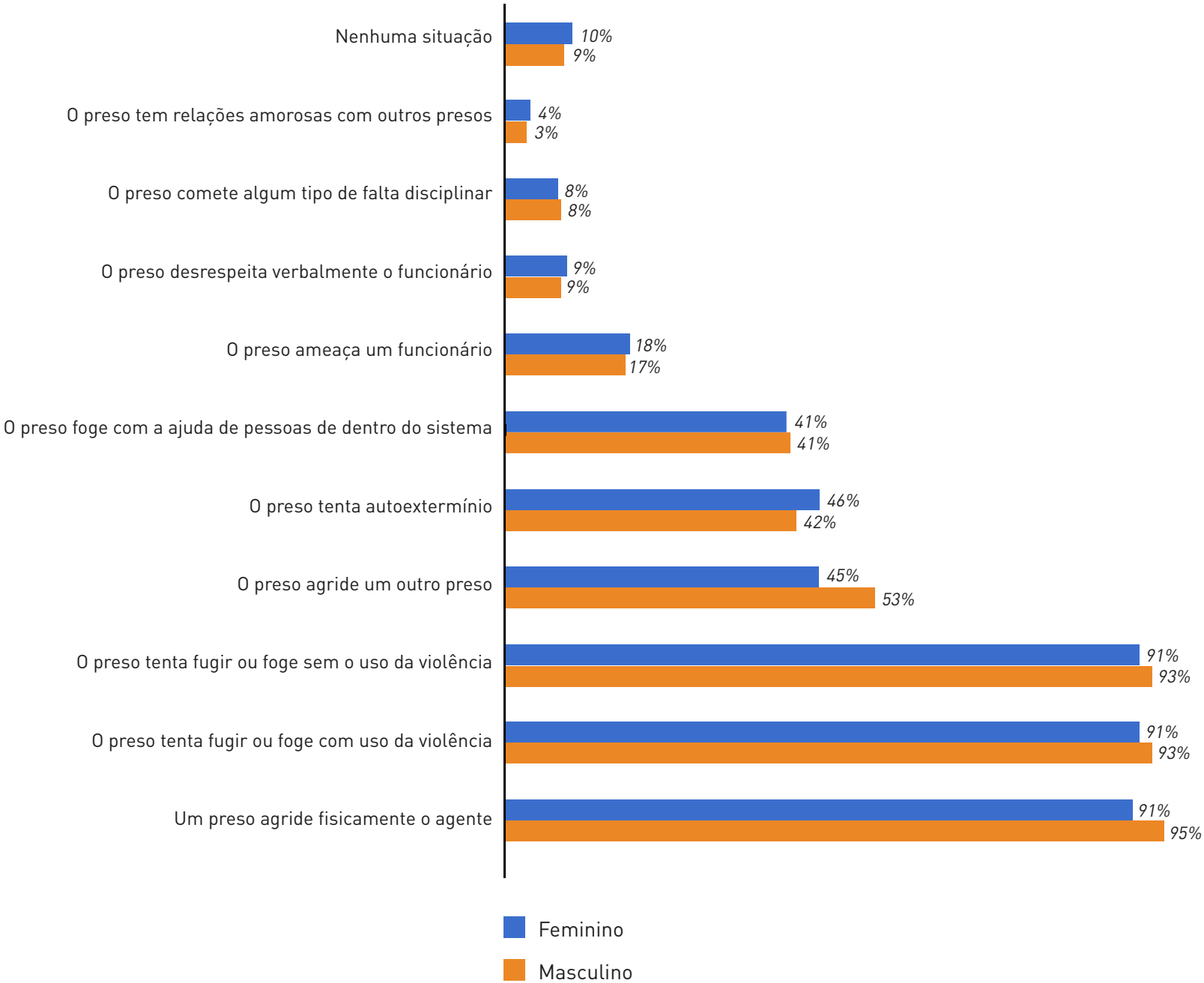
12 Qui-quadrado=0,098, GL=1, $p>0,050$

13 Qui-quadrado=0,043, GL=1, $p>0,050$

14 Qui-quadrado=0,040, GL=1, $p>0,050$

15 Qui-quadrado=1,359, GL=1, $p>0,050$

GRÁFICO 3 – SITUAÇÕES EM QUE A(O) PROFISSIONAL RESPONDEU AFIRMATIVAMENTE, CONCORDANDO QUE ACHAVA JUSTIFICÁVEL EMPREGAR O USO DA FORÇA FÍSICA DE FORMA ENÉRGICA, POR SEXO (2014/2015)



Fonte: *Surveys* com as(os) agentes prisionais (N=1.530).

Entre as diferenças estatisticamente significativas entre sexo e a possibilidade de a(o) agente usar a força no cotidiano prisional estão: quando “um preso agride fisicamente o agente”,¹⁶ “não obedece a alguma ordem dada pelo agente”¹⁷ e quando “o preso agride

...

16 Qui-quadrado=8,822, GL=1, p<0,010

17 Qui-quadrado=3,985, GL=1, p<0,050

um outro preso”.¹⁸ Nesses casos, os percentuais masculinos são muito superiores aos femininos e indicam que os agentes homens tendem a “não levar desaforo para casa”, enquanto as mulheres tentaram ponderar que, mesmo nessas circunstâncias, a violência pode não ser a melhor opção.

Nas entrevistas, essa diferença ficou mais evidente quando as entrevistadas afirmaram que as mulheres agentes prisionais eram mais “humanas”, ou seja, elas agiriam com menos truculência em comparação aos homens. Os agentes prisionais eram mais rigorosos no tratamento com os presos – especialmente para mostrar a hierarquia (“quem manda na cadeia”), o que teria como justificativa a ausência de profissionais em quantidade suficiente para guardar toda a população prisional, como nos explicou o seguinte entrevistado:

Infelizmente a supremacia de força do agente prisional em relação ao preso, fica na teoria, pois constantemente um agente conduz de 4 a 10 presos para poder atender a demanda de atendimentos do dia a dia. (Questionário 457 – homem, 28 anos, branco, ensino superior completo)

Portanto, o uso da força possui alta adesão entre homens e mulheres, sendo considerado uma ferramenta legítima de trabalho, que deve ser utilizada nos momentos em que se faz necessária. Usar de força física não é compreendido pelas(pelos) agentes prisionais como uma *punição* às ações indesejadas das(dos) detentas(os). Porém, isso não significa que as punições não existam. Nas entrevistas realizadas, sempre que se chega ao assunto de possíveis punições, as(os) guardas prisionais abordam o uso da “canetada” como a forma mais eficiente e mais legítima para resolver situações de conflitos, e sublinham a importância de seguir regras formais. As falas sobre punições físicas eram mais frequentes nos relatos masculinos, mas também apareceram de maneira pontual no discurso de profissionais femininas. Em ambos os sexos, o relato era o mesmo: até recentemente, as agressões corporais mantiveram-se como parte da punição nos cárceres, mesmo com as mudanças administrativas promovidas nas últimas décadas. Contudo, os discursos demonstram que hoje a maior punição não é aquela impelida ao corpo, mas sim pela caneta, porque suprime benefícios e atrasa a progressão de regime.

As(os) entrevistadas(os) destacaram que o uso da força física tende a ser, muitas vezes, preterido pelas(pelos) presas(os), pois os instrumentos disciplinares têm efeitos mais nocivos à vida penal. Essa possibilidade de “atrasar a vida” da(do) detenta(o) a partir do comunicado é compreendida por Martins e Dias (2018) como uma demonstração do poder que a(o) agente prisional possui. Para que a relação seja considerada boa entre ambos os grupos, as

...

18 Qui-quadrado=6,655, GL=1, p<0,010

repressões devem seguir um contínuo que passa pelas advertências verbais, seguidas pelas físicas e só em última instância são materializadas nos comunicados escritos. Para saber exatamente quando cada uma dessas metodologias de ação pode ser acionada, as(os) funcionárias(os) do cárcere devem prescrutar seu público com aguda atenção. Tanto homens quanto mulheres falaram que o recurso de comunicado era eficiente, mas que antes era necessária uma conversa, para buscar uma melhora da(do) presa(o). Ou seja, não é possível manter o cárcere a “ferro e fogo”, como os regimentos prisionais estabelecem, sendo perceptível o local limítrofe que o agente prisional ocupa, entre lei e desordem, entre a rigidez disciplinar e a necessidade de dialogar e fazer “vista grossa” (MORAES, 2005 e 2013).

Nesse ínterim, o próprio uso da força é objeto de questionamento entre as(os) entrevistadas(os), e aparece como uma metodologia de ação porque as(os) profissionais não sabem claramente como devem agir nas diversas situações com as quais elas(eles) são confrontadas(os). Como os homens já seriam socializados a usar a força para resolver seus conflitos, dentro da lógica da masculinidade ideal (RICCIARDELLI, 2017), no ambiente prisional, eles procederiam do mesmo modo. Em oposição à força, estariam as negociações, também reconhecidas como ferramentas de trabalho, a depender da situação e da função. A dificuldade de saber quando usar essas diversas metodologias se evidencia no seguinte comentário deixado no *survey*:

Quando marquei a questão com dificuldade em realizar com clareza minha função é porque a secretaria nos manda fazer, mas não nos dá suporte naquilo que precisamos, (como dizem te pago pra fazer não importa como, se vira, dá um jeito) ela quer o serviço pronto na hora dela sabendo que precisamos de equipamentos e ferramentas necessárias, mas não nos fornecem estas são umas das nossas dificuldades. (Questionário 259 – homem, 45 anos, pardo, 2º grau completo)

Uma das profissionais entrevistadas na segunda pesquisa ponderou que os homens agiam de forma mecânica, com rotinização do uso da violência, enquanto as mulheres procuravam compreender de maneira mais detalhada as atitudes das presas, seus gestos e, especialmente, os olhares sutis que elas trocavam entre si. Quando questionadas por que elas acreditavam que existia essa diferença na forma de trabalhar e se relacionar com as internas em comparação aos homens, duas justificativas foram levantadas. Como argumentado por Crouch e Albert (1982), elas acreditavam que o ambiente prisional das unidades femininas e masculinas era diferente, o que demandava uma postura distinta de agentes prisionais masculinos e femininas. No entanto, algumas mulheres defendiam que essas diferenças eram fruto do *gênio masculino* ou *coisa de mulher*. Se os homens usam da força física porque essa dimensão compõe a virilidade e, conseqüentemente, o que se espera de um “homem” (como constatado na pesquisa de Vinuto, Abreo e Gonçalves [2017] com os agentes socioeducativos do Rio de Janeiro), as mulheres lançam mão de habilidades *essencialmente* femininas (como

sublinhado por Jurik [1988]) ao demonstrar como o diálogo e a observação podem ser estratégias de garantia de legitimidade de suas ordens. Dessa maneira, eram capazes de efetivar a “manutenção da ordem” sem agressividade, o que garantiria a “maior tranquilidade” nas prisões femininas.

Apesar de as mulheres se considerarem mais abertas à escuta, nas entrevistas em profundidade, apenas três das dez entrevistadas disseram que existia *respeito* nas unidades em que trabalhavam. Entre os homens, esse número dobrou, e sete dos 13 guardas prisionais abordaram o tema. Santiago, Bortolloti e Bana (2020), em sua pesquisa com agentes prisionais do sexo masculino, destacam que essa categoria aparece como essencial quando o assunto é “segurar a cadeia”, ou seja, impedir que os conflitos irrompam ou se tornem mais graves. Em nosso estudo, o respeito era a base do relacionamento entre os guardas e os presos porque, como argumentaram dois entrevistados, estar privado de liberdade é um estágio da vida, que passará. Pode ser que, depois da saída do detento, ele e o agente prisional se encontrem do lado de fora da prisão, e, nesse caso, o relacionamento respeitoso garantiria a segurança do profissional ante um possível acerto de contas. Outra questão abordada foi o entendimento de que na prisão não existem apenas “vagabundos”, mas pessoas que cometeram deslizes em sua vida, o que pode acontecer a qualquer um. Dessa forma, tratar com respeito faz com que o cumprimento da pena não seja pior.

As poucas mulheres que falaram sobre o respeito ponderaram que existe uma relação respeitosa, mas que depende essencialmente da interna. Interessante notar que essa afirmação vai na contramão de alguns estudos (JURIK, 1988; CROUCH e ALPERT, 1982; WRIGHT e SAYLOR, 1991), visto que não se trata, naturalmente, de um atributo feminino, mas de algo que se constrói como feminilidade na mesma lógica de construção de masculinidade, em um processo de interação cotidiana com as internas (HIRATA, 2015; RICCIARDELLI, 2017).

De certa forma, as entrevistas com as funcionárias de custódia apontam para uma dualidade de expectativas de papéis entre elas, o que resume as quatro categorias de Jurik (1988) a apenas duas. De um lado, estariam as “mães de presas”, que englobam as profissionais que desenvolvem um relacionamento mais próximo ou atencioso com as mulheres presas. Apesar de ser uma característica valorizada dentro das unidades, é algo malvisto pelas colegas de trabalho, sendo sinal de que a guarda é muito permissiva e faz *vista grossa* nas situações cotidianas. Do outro lado, estariam as “ramonas”, agentes prisionais “ruins”, que usam a força para manutenção da ordem. Apesar dessas categorias não aparecerem nos discursos masculinos, entre os guardas a diferença de tratamento e a percepção de como agem os companheiros de trabalho eram constantemente acionadas. Os agentes prisionais afirmavam que existiam tanto profissionais mais rigorosos e severos quanto aqueles que buscavam ser mais atenciosos e compreensivos, apesar de não nominarem, durante as entrevistas, as categorias ocupacionais mais comuns.

Sobre o relacionamento respeitoso e a possibilidade de escutar as(os) detentas(os), as(os) guardas prisionais fizeram duas ponderações. Esses instrumentos devem ser meto-

dologias de trabalho somente quando visem (i) à troca de informações (como as relacionadas a problemas que podem desaguar em rebeliões e fugas); e (ii) à manutenção da ordem. O respeito é dado a quem age de forma respeitosa com as(os) profissionais, e, tão logo a(o) interna(o) demonstre a falta dele, a(o) agente deve responder na mesma medida – como já indicavam as respostas sobre as situações em que seria possível o uso da força no cotidiano de uma unidade prisional.

4. PERCEPÇÃO SOBRE AS(OS) PRESAS(OS)

Martins e Dias (2018) consideram os profissionais de custódia burocratas em nível de rua, uma vez que precisam interpretar cada situação para tomar suas decisões, sendo impossível criar um manual de procedimentos que dê conta de toda essa plasticidade. Os relacionamentos são plurais, pois o trabalho exige que as(os) agentes prisionais atuem e relacionem-se de forma singular em cada contexto, levando em consideração o que os circunda.

Para entender como essas(esses) profissionais se relacionam com as(os) presas(os), é necessário compreender quais são as crenças que elas(eles) têm sobre como as(os) internas(os) veem tais funcionárias(os). Assim, foi solicitado nas entrevistas que elas(eles) definissem as(os) presas(os) em uma palavra. Vale ressaltar que, apesar de sempre pontuarem que as relações são diferentes a depender das(dos) presas(os), mulheres e homens foram unânimes em homogeneizar a população lotada na unidade prisional em que trabalhavam a partir do uso de adjetivos negativos. As agentes prisionais disseram que as presas eram egocêntricas, donas da razão, indisciplinadas, desrespeitosas, mal-educadas, agressivas, articuladoras, inconstantes, não confiáveis. Para os guardas masculinos, os presos foram definidos como “fruto do meio”, marginais, excluídos, arrogantes, gananciosos e instáveis.

Resgatando a argumentação de Coelho (2005), de que a maioria das(dos) guardas de custódia tende a caracterizar as(os) presas(os) como indisciplinadas(os) e dissimuladas(os), é possível afirmar que as nossas entrevistas atualizam essas tipificações. Elas são “mapas cognitivos”, que servem para orientar as ações das(dos) profissionais e, de certa maneira, garantir a sua superioridade moral em relação às(aos) custodiadas(os). A falta de disciplina das(dos) internas(os) foi reclamação constante, considerada um desafio ao trabalho custodial, evidenciando a relação hostil e conflituosa que perpassa a convivência entre agentes e população prisional (MORAES, 2005 e 2013).

Para as(os) guardas, as(os) presas(os) estão sempre dispostas(os) a não aceitar as regras impostas ou a desacatá-las(los) verbalmente, o que, como destacado na seção 3, pode suscitar o uso da força de maneira enérgica por parte das(dos) agentes prisionais. Entre as mulheres, a falta de disciplina foi associada, pelas agentes prisionais, à ausência de “educação familiar” das internas. Para elas, as detentas não foram ensinadas, quando crianças, a seguirem regras. Enquanto estão privadas de liberdade, as internas exigem a mesma forma de vida que possuíam anteriormente, com a ausência de respeito às regras. Apesar dos discursos femininos

associarem a falta de respeito às mulheres, os agentes prisionais masculinos fizeram ponderações semelhantes, sublinhando o acionamento da mentira como parte desse processo.

A mentira, que gera desconfiança das(dos) guardas prisionais, é embasada não apenas em falas caluniosas, mas também nas invenções ou *manipulações* que as(os) presas(os) fazem para buscar algum atendimento que a elas(eles) foi negado ou para encobrir alguma situação dentro das celas. As mulheres entrevistadas afirmavam que essas estratégias eram mais comuns em presídios femininos, e, quando isso ocorria nas unidades masculinas, é porque eles estariam planejando alguma fuga ou rebelião. As mulheres manipulariam suas situações “para chamar a atenção”. Entretanto, os relatos dos agentes prisionais masculinos demonstram que a mentira e o excesso de pedidos não são restritos a um sexo específico, sendo uma realidade comum a todo o sistema prisional.

Nesse mapa, a indisciplina pode ser vista como uma tipificação que oferece às(aos) profissionais de custódia um guia de como agir. Se as(os) presas(os) são indisciplinadas(os), é dever das(dos) agentes prisionais manter a disciplina dentro da instituição prisional. Se as(os) detentas(os) são dissimuladas(os), é dever das(dos) profissionais de custódia “perceber quando os presos estão mentindo” e usar da força de maneira enérgica para evitar outras dissimulações que possam comprometer a ordem e a segurança. E só é possível manter a disciplina e saber quando há tentativas de manipulação sendo “doutor em cadeia”, trabalhando em um estado de atenção direcionado a conhecer a população prisional e sabendo “pensar como preso”, antecedendo suas ações que visam perturbar a normalidade (MORAES, 2005, 2013).

Para enquadrar a população prisional em indisciplinada, mentirosa ou dissimulada, é preciso mais do que apenas usar a força. Esse mecanismo é uma resposta à constatação, mas não responde por ela. Para mapear esses cenários e os sujeitos que os engendram, as(os) agentes prisionais precisam lançar mão de atributos tipicamente femininos, quais sejam, a observação, o diálogo e, até mesmo, o cuidado (HIRATA, 2015). Será em uma conversa sobre um atendimento indispensável que a(o) guarda ouvirá da(do) presa(o) as disputas que se estabelecem no cotidiano do pavilhão. Será no tratamento respeitoso, que reverbera em uma conversa amigável, que a(o) agente prisional poderá identificar de maneira mais detalhada quem é a liderança naquele espaço, com a qual precisará negociar para “manter a ordem” (SANTIAGO, BORTOLLOTTI e BANA, 2020). Então, por mais que as(os) entrevistadas(os) apontem os elementos masculinos, com destaque para aqueles que compõem a “virilidade” como os principais atributos para um bom trabalho prisional (VINUTO, ABREO e GONÇALVES, 2017), são as características típicas da feminilidade que lhes permitirão identificar o medo e a violência entre as(os) presas(os), e evitar que eles reverberem entre as(os) agentes. São elas que permitirão que as(os) agentes prisionais mantenham a ordem no cárcere a partir de atividades mais complexas que apenas “bater a tranca” (LOURENÇO, 2010).

Figueiró (2015) argumenta que as(os) guardas de custódia constroem a representação sobre as(os) presas(os) a partir de estigmas acerca de sua permanência na criminalidade e, para referendá-los, seria necessária uma vigilância sutil por parte das(dos) profissionais. São

os atributos femininos da observação e do detalhe que permitirão a tipificação das(dos) presas(os) como dissimuladas(os) e perigosas(os), fator crucial para encaminhar como as(os) guardas prisionais se relacionam com elas(eles). Se determinada pessoa é rotulada como “perigosa”, ela terá um tratamento mais ríspido e, talvez, mais pautado no uso da violência para garantir a superioridade das(dos) agentes (como nos disse um dos entrevistados). Se é rotulada como “carente”, é possível que as(os) guardas tenham uma postura mais voltada para o que se entende como “mãe de preso”, já que não valeria a pena fazer uso da força diante de uma pessoa “inofensiva”. Por isso, as(os) profissionais de custódia defendem que o uso da força é uma ferramenta legítima e necessária de trabalho, mas que deve ser utilizada nos momentos certos, após uma tentativa de negociação.

É interessante trazer a consideração feita por um agente prisional masculino. Durante a entrevista, ele ponderou que o uso da força é desejado pelo preso. Ser tratado de forma mais violenta pelos profissionais de custódia é valorizado pelos detentos na lógica da masculinidade ideal destacada por Ricciardelli (2017). Para o agente, o sujeito tende a ser mais estimado *no mundo do crime* quando *tira cadeia* em uma prisão violenta, que não é *lero-lero*. Nas palavras do entrevistado: “Você tem que tratar ele mal, para ele entender que cadeia é para isso mesmo. Cadeia é para homens. Cadeia é para sujeito homem”. Novamente, “a postura tida como alinhada ao masculino e à virilidade é tomada como a mais importante, em detrimento daquelas ligadas à proteção” (VINUTO, ABREO e GONÇALVES, 2017, p. 66), porque é o que transformaria o preso em *homem*, em um sujeito dotado de *masculinidade* dentro do presídio, que pode, inclusive, interagir em posição de igualdade com os agentes prisionais masculinos.

Tal situação também se repetiria nas prisões femininas, porque o exercício da masculinidade e da virilidade não está restrito aos homens (VINUTO, ABREO e GONÇALVES, 2017). Para Barcinski, Altenbernd e Campani (2014), quando as mulheres se inserem em atividades de vigilância dentro das instituições penais, elas se apropriam das características atribuídas culturalmente ao *masculino*, como a agressividade e a força, na tentativa de mostrar que estão preparadas para o bom exercício do papel profissional. Braun (2016) afirma que uma das formas que as mulheres têm de provar sua eficiência dentro de universos culturalmente masculinos é a partir da transgressão das normas de gênero atribuídas a elas e legitimadas aos homens, o que se traduz em atitudes de autoridade e agressividade com as reclusas encarceradas sob sua vigilância. As mulheres agentes prisionais demonstram uma atuação mais voltada para o padrão exigido idealmente dentro de unidades prisionais, posto que embasado em características atribuídas à masculinidade, com destaque para o uso da força em qualquer situação. Por isso, a todo momento, nas entrevistas, era dito pelas mulheres agentes prisionais que a tarefa que cumpriam e sua função eram baseadas na “supremacia da força”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para compreender como se dá a relação entre as(os) agentes prisionais e as(os) presas(os), a partir da possível influência do sexo da(do) profissional, foi necessário escrutinar como as(os) guardas prisionais percebiam as suas tarefas no ambiente prisional. Em que pese os homens entrevistados não terem demonstrado sua opinião sobre a forma como as mulheres custodiavam as detentas, as profissionais falaram abertamente de como percebiam a forma de trabalhar e de relacionar das mulheres em comparação aos homens. Para as guardas prisionais, existem algumas características das mulheres (como a socialização para a tarefa de cuidado) que fazem com que elas sejam mais humanas e mais atentas aos detalhes e aos sentidos do que se passa entre as presas.

Apesar disso, são os homens que pontuam mais frequentemente a importância dos relacionamentos respeitosos entre profissionais de custódia, bem como a necessidade de escuta e acolhida. Essa importância também aparece no discurso das mulheres, mas com menor recorrência. O respeito defendido é apenas nos casos em que as(os) detentas(os) também possuem uma postura respeitosa em relação aos profissionais. Quando a(o) presa(o) apresenta um comportamento desrespeitoso, as(os) agentes prisionais têm o direito de tratá-las(los) da mesma forma, como pressupõem os ideais de masculinidade. E, mais importante, a necessidade de ouvir os problemas da população carcerária e tratá-la respeitosamente é um recurso de manutenção da ordem e da segurança nas unidades prisionais, ainda que sejam metodologias de trabalho vistas como tipicamente femininas.

Avançando a discussão, foi necessário compreender como as(os) profissionais percebiam as(os) presas(os) para entender se essa percepção tinha influência na forma como a relação entre ambos os grupos se construía. Tanto as mulheres quanto os homens qualificam as(os) internas(os) como mentirosas(os) e indisciplinadas(os). É partir dessa concepção que as(os) guardas prisionais definem sua atuação: descobrir as mentiras para não se deixar manipular, descobrir os movimentos de irrupção da ordem para impor a disciplina dentro das prisões. É especialmente nessa última dimensão que as(os) agentes prisionais defendem o uso da força como uma ferramenta de trabalho legítima e necessária.

As falas e os dados analisados demonstram que, em alguns parâmetros, não há diferença entre o apoio ao uso da força e o sexo. Intuitivamente, essa grande adesão se dá pela compreensão do uso da força como o que permite às(aos) guardas a superioridade de forças. Isso faz com que a concepção de punição não esteja mais tão atrelada ao uso de violência física entre as(os) prisioneiras(os), mas esteja calcada na possibilidade de redigir comunicados que marcam a trajetória penal da(do) internada(o), impedindo o acesso a benefícios e direitos dentro (e fora) das unidades. Claro que há margem para negociações, conversas e repreensões verbais, até porque, segundo as(os) entrevistadas(os), não se pode levar a “ferro e fogo”; pois, se assim fosse, eclodiriam motins e rebeliões.

Logo, os diálogos – dentro das negociações – são defendidos para a manutenção da ordem e da segurança. Nessa perspectiva, o sexo não parece influir nas relações – múltiplas e singulares

– desenvolvidas com as(os) internas(os). Observamos que existe uma homogeneização das experiências que mulheres e homens guardas prisionais têm na rotina organizacional da prisão, pelas similares cobranças a que estão submetidas(os) (em termos de *performance* da masculinidade) e pela descoberta de que atributos tipicamente femininos (como a escuta e a negociação) podem contribuir para “segurar a prisão”. Portanto, a socialização nos valores institucionais do sistema prisional se sobrepõe à dos papéis de gênero que tendem a derivar do sexo.

REFERÊNCIAS

BARCINSKI, Mariana; ALTENBERND, Bibiana; CAMPANI, Cristiane. Entre cuidar e vigiar: ambiguidades e contradições no discurso de uma agente penitenciária. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 7, 2014.

BENNETT, Jamie *et al.* *Understanding Prison Staff*. [S. l.]: Willan Pub., 2008.

BOYD, Elizabeth; GRANT, Tim. Is Gender a Factor in Perceived Prison Officer Competence? Male Prisoners Perceptions in an English Dispersal Prison. *Criminal Behavior and Mental Health*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 65-74, 2005.

BRAUN, Ana Cláudia. Síndrome de Burnout em agentes penitenciários: uma revisão sistemática sob a perspectiva de gênero. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 366-381, 2016.

CALAZANS, Márcia Esteves de. Mulheres no policiamento ostensivo e a perspectiva de uma segurança cidadã. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 142-150, 2004.

CHIES, Paula Viviane. Identidade de gênero e identidade profissional no campo do trabalho. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, n. 2, p. 507-528, 2010.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo: crise e conflitos no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Record, 2005 [1978].

CRAWLEY, Elaine. Emotion and Performance: Prison Officers and the Presentation of Self in Prisons. *Punishment & Society*, [s. l.], v. 6, n. 4, p. 411-427, 2004.

CREWE, Ben. Soft Power in Prison: Implications for Staff-Prisoner Relationships, Liberty and Legitimacy. *European Journal of Criminology*, [s. l.], v. 8, n. 6, p. 455-468, 2011.

CROUCH, Ben; ALPERT, Geoffrey. Sex and Occupational Socialization among Prison Guards: A Longitudinal Study. *Criminal Justice and Behavior*, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 159-176, 1982.

DAVIS, Angela; DENT, Gina. A prisão como fronteira: uma conversa sobre gênero, globalização e punição. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 523-531, 2003.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, [s. l.], n. 24, p. 85-116, 1991.

FIGUEIRÓ, Rafael de Albuquerque. *Cartografia do trabalho de agentes penitenciários: reflexão sobre o “dispositivo prisão”*. 2015. 272 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos Alfredo. *Lugar de negro*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

HIRATA, Helena. Globalização, trabalho e gênero. *Revista de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 111-128, 2015.

HUMPHREY, John. *Gender and Work in Third World: Sexual Divisions in Brazilian Industry*. Londres: Tavistock Publications, 1987.

JURIK, Nancy. Striking a Balance: Female Correctional Officers, Gender Role Stereotypes, and Male Prisons. *Sociological Inquiry*, [s. l.], v. 58, n. 3, p. 291-305, 1988.

LIEBLING, Alison. Appreciative Inquiry and Relationships in Prison. *Punishment & Society*, [s. l.], v. 1, p. 71-98, 1999.

LOURENÇO, Luiz Claudio. Batendo a tranca: impactos do encarceramento em agentes penitenciários da Região Metropolitana de Belo Horizonte. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, [s. l.], v. 3, n. 10, p. 11-31, 2010.

LOURENÇO, Luiz Claudio; ALVAREZ, Marcos César. Estudos sobre prisão: um balanço do estado da arte nas ciências sociais nos últimos vinte anos no Brasil (1997-2017). *BIB*, São Paulo, n. 84, p. 216-236, 2018.

MARTINS, Thaís Pereira; DIAS, Camila Caldeira Nunes. A atuação do agente penitenciário como burocrata de nível de rua: para além da discricionariedade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 550-572, 2018.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê. A identidade e o papel de agentes penitenciários. *Tempo Social*, [s. l.], v. 25, n. 1, p. 131-147, 2013.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MUSUMECI, Leonardo *et al.* Polícia e gênero: participação e perfil das policiais femininas nas PMS brasileiras. *Revista Gênero*, Niterói, v. 5, n. 1, p. 183-207, 2004.

NEWBOLD, Greg. Women Officers Working in Men's Prisons. *Social Policy Journal of New Zealand*, [s. l.], v. 25, p. 105-117, 2005.

PAIXÃO, Marcelo; GOMES, Flávio. Histórias das diferenças e das desigualdades revisitadas: notas sobre gênero, escravidão, raça e pós-emancipação. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 949-969, 2008.

PONCIONI, Paula. Governança democrática da segurança pública: o caso da educação policial no Brasil. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 48-55, 2013.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Polícia Militar é lugar de mulher? *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 1, 2018.

RICCIARDELLI, Rosemary. Canadian Provincial Correctional Officers: Gender Strategies of Achieving and Affirming Masculinities. *The Journal of Men's Studies*, [s. l.], v. 25, n. 1, p. 3-24, 2017.

SANTIAGO, Eneida; BORTOLLOTTI, Patrícia Aparecida; BANA, Amanda Garbim. Laços de cooperação forçada entre agentes prisionais e apenados no intramuros prisional. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, [s. l.], v. 23, n. 2, p. 129-142, 2020.

SHANNON, Sarah; PAGE, Joshua. Bureaucrats on the Cell Block: Prison Officers' Perceptions of Work Environment and Attitudes Toward Prisoners. *Social Service Review*, v. 88, n. 4, p. 630-657, 2014.

SOARES, Barbara Musumeci; MUSUMECI, Leonarda. *Mulheres policiais: presença feminina na Polícia Militar do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SYKES, Gresham. A corrupção da autoridade e a reabilitação. In: ETZIONI, Amitai. *Organizações complexas: estudo das organizações em face dos problemas sociais*. São Paulo: Atlas, 1975. p. 191-198.

VINUTO, Juliana; ABREO, Leandro; GONÇALVES, Hebe Signorini. No fio da navalha: efeitos da masculinidade e virilidade no trabalho de agentes socioeducativos. *Plural: Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 54-77, 2017.

WORLD PRISON. *World Prison Brief Data*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>. Acesso em: 10 nov. 2022.

WRIGHT, Kevin; SAYLOR, William. Male and Female Employees' Perceptions of Prison Work: Is There a Difference? *Justice Quarterly*, v. 8, n. 4, p. 505-524, dez. 1991.

ZIMMER, Lynn. *Women Guarding Men*. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ARAÚJO, Isabela Cristina Alves de; RIBEIRO, Ludmila. Gerenciando a coexistência: uma comparação entre mulheres e homens no trabalho de agentes prisionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2308, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202308>

Isabela Cristina Alves de Araújo

PESQUISADORA DO GRUPO DE ESTUDOS SOBRE VIOLÊNCIA E GESTÃO DE CONFLITOS (GEVAC), DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS (UFSCAR), E DO CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA (CRISP), DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG). DOUTORANDA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA DA UFSCAR. MESTRA PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA DA UFMG. GRADUADA EM SOCIOLOGIA PELA UFMG.

isabelacristina1903@gmail.com

Ludmila Ribeiro

PROFESSORA ADJUNTA DO DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA (DSO) E PESQUISADORA DO CENTRO DE ESTUDOS EM CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA (CRISP), AMBOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG). DOUTORA EM SOCIOLOGIA PELO INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE JANEIRO (IUPERJ). MESTRA E BACHARELA EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). BACHARELA EM DIREITO PELA UFMG.

ludmila.ribeiro@gmail.com

Recebido: 04.03.2021

Aprovado: 07.09.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202309>

1 Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

2 Advocacia-Geral da União, Procuradoria Federal junto à ANS, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-5596-3416>

3 Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-7624-2140>



Controvérsias de investimentos sobre direitos de propriedade intelectual

INVESTMENT DISPUTES CONCERNING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Loris Baena Cunha Neto^{1,2} e Sergio Medeiros Paulino de Carvalho³

Resumo

Este artigo explora a interação entre o direito internacional de investimento e os direitos de propriedade intelectual mediante o exame de duas controvérsias arbitrais conhecidas como Philip Morris versus Uruguai e Philip Morris versus Austrália. Uma vez reconhecidos os direitos de propriedade intelectual como uma forma de investimento à luz de acordos internacionais, novos desafios sobre a autonomia regulatória nacional se impõem. O campo de pesquisa é a propriedade intelectual. O objetivo proposto é verificar se os tribunais arbitrais restringiram a autonomia regulatória do Uruguai e da Austrália. Em razão desse objetivo, a pesquisa adota o método de estudo de caso. Os resultados demonstram: (i) futuras controvérsias sobre investimentos podem considerar medidas nacionais para regular a propriedade intelectual como desapropriação indireta; (ii) o princípio do abuso de direito possui utilidade para impedir o reconhecimento da jurisdição em disputas de investimentos. Duas conclusões principais são obtidas: (i) as decisões finais arbitrais não restringiram a autonomia regulatória do Uruguai e da Austrália; (ii) os acordos internacionais de investimentos promovem potencial impacto sobre a autonomia regulatória nacional.

Palavras-chave

Propriedade intelectual; desapropriação indireta; arbitragem investidor-Estado; autonomia regulatória nacional; acordos de investimentos.

Abstract

This article explores the interaction between international investment law and intellectual property rights through examining two arbitration disputes known as Philip Morris versus Uruguay and Philip Morris versus Australia. Once intellectual property rights are recognized as a form of investment under international agreements, new challenges concerning autonomy regulation of States are imposed. The field of research is intellectual property. The proposed objective is to verify whether arbitral tribunals have restricted autonomy regulation of Uruguay and Australia. Because of this objective, the research adopts the case study method. The results demonstrate: (i) further investment disputes can consider national measures to regulate intellectual property as indirect expropriation; (ii) the principle of abuse of rights is useful to preclude jurisdiction recognition over investment disputes. Two main conclusions are obtained: (i) the final arbitration awards do not restrict national regulatory autonomy of Uruguay and Australia; (ii) the international investment agreements can impact national regulatory autonomy.

Keywords

Intellectual property; indirect expropriation; investor-State arbitration; national regulatory autonomy; investment agreements.

INTRODUÇÃO

No ano de 2003, os países-membros da Organização Mundial de Saúde (OMS) aprovaram por unanimidade a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, a qual estimula os Estados a promoverem políticas públicas de combate ao tabagismo. Com respaldo na Convenção, vários países, entre eles o Brasil, adotaram medidas para promoção da saúde pública mediante restrição do uso de marcas nas embalagens de cigarro. A empresa Philip Morris, titular da marca Marlboro, entre outras, impugnou os atos normativos do Uruguai e da Austrália à luz de tratados bilaterais de investimentos.

Um dos pontos em comum nas duas controvérsias é o argumento da empresa demandante: a restrição ao uso do registro marcário representa um ato de desapropriação indireta e consequente violação do tratado bilateral de investimentos. As alegações da Philip Morris refletem a problemática das intersecções das políticas de investimentos e de propriedade intelectual, e motivam o presente estudo de caso sobre os contenciosos suscitados em face do Uruguai e da Austrália.

Além das controvérsias propostas pela Philip Morris, três outras versam sobre registros marcários e/ou patentes, a saber: (i) Eli Lilly *versus* Canadá; (ii) Bridgestone *versus* Panamá; (iii) Shell *versus* Nicarágua. As cinco controvérsias identificadas têm em comum a imputação de violação da regra da desapropriação indireta.

O número restrito de contenciosos indica a adoção de uma pesquisa qualitativa e do método de estudo de caso, e o uso das decisões arbitrais como fontes primárias. O objetivo geral é verificar os fundamentos utilizados nas decisões arbitrais das controvérsias propostas pela Philip Morris, que acolheram ou rejeitaram a alegação de restrição de uso marcário como violação dos tratados bilaterais de investimentos.

A primeira seção versa sobre a propriedade intelectual nos acordos de investimentos. Os contenciosos sobre propriedade intelectual apresentados por investidores internacionais sugerem um esforço direcionado para limitar a autonomia regulatória dos Estados e promover uma constante elevação dos níveis de proteção dos direitos de patentes, marcas e outros ativos.

A segunda seção descreve a controvérsia Philip Morris *versus* Uruguai com foco: (i) em uma preliminar de defesa sobre a não caracterização das atividades da empresa como investimento, nos termos dos critérios de Salini; (ii) na prática da desapropriação indireta tributada ao país demandado.

A terceira seção dedica-se ao contencioso movido pela Philip Morris em face da Austrália e concentra atenção na preliminar de defesa correspondente à doutrina de abuso de direito. O ato regulatório australiano também foi imputado como um ato de desapropriação indireta. No entanto, o órgão arbitral não analisou essa alegação pelos motivos expostos na seção.

A conclusão aborda o impacto dos acordos de investimentos na autonomia regulatória nacional a partir do que foi apreendido nas controvérsias sobre restrições de uso de registro

marcário. A celebração dos tratados bilaterais de investimentos pelo Brasil enseja a adoção de novos parâmetros do exame de conformidade jurídica dos atos regulatórios de propriedade intelectual para evitar violações de regras, tais como a desapropriação indireta.

I. PROPRIEDADE INTELECTUAL NOS ACORDOS DE INVESTIMENTOS

A expressão “acordos internacionais de investimento” é empregada nos moldes utilizados pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) para se referir a: (i) tratados bilaterais de investimento; e (ii) tratados com previsões de investimento, os quais compreendem os acordos de livre-comércio (UNCTAD, 2022).

A propriedade intelectual encontra-se prevista na maior parte dos tratados bilaterais de investimento (MERCURIO, 2012, p. 872) e nos capítulos de investimentos dos acordos de livre-comércio (RUSE-KHAN, 2010, p. 12). Como forma de investimento, encontra-se prevista desde o primeiro tratado bilateral moderno sobre a matéria, celebrado entre Alemanha e Paquistão, no ano de 1959 (DIEPENDAELE, COCKBAIN e STERCKX, 2017, p. 295).

Ainda assim, há a percepção de novidade na matéria, a qual decorre das controvérsias suscitadas pelos investidores estrangeiros em face dos Estados para impugnar atos regulatórios sobre marcas e patentes, a partir da década de 2000. Os contenciosos promovidos pela empresa Philip Morris, entre outros, tiveram repercussão pública (YU, 2017, p. 843) e trouxeram ao debate o potencial impacto dos tribunais arbitrais na autonomia regulatória nacional no tocante à propriedade intelectual (HENCKELS, 2016, p. 28). O conceito de autonomia regulatória nacional remete ao grau de liberdade dos Estados para estabelecer os seus regulamentos sem descumprir os acordos internacionais no âmbito do direito econômico internacional (DU, 2011, p. 647).

A perda da autonomia regulatória nacional proporcionada pelos acordos de investimentos está longe de configurar um tema novo. A preservação da liberdade estatal para estabelecer políticas públicas encontra-se no debate sobre a não adesão do Brasil à Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, assinada em Washington em 18 de março de 1965 (COZENDEY, 2015, p. 14).

Nas três últimas décadas, a discussão sobre a restrição da autonomia regulatória decorrente dos acordos de investimentos assume relevo particular em razão do uso recorrente da arbitragem por parte dos investidores internacionais. Em consulta à base de dados da UNCTAD, identifica-se o número de 43 controvérsias de investimentos entre os anos de 1990 e 1999. O número cresce para 327 no período compreendido entre 2000 e 2009, e atinge o montante de 665 controvérsias iniciadas na década seguinte, entre os anos de 2010 e 2019 (UNCTAD, 2022).

Investidores estrangeiros veem os mecanismos de solução de controvérsia como um instrumento para obter do Estado receptor o que não é possível na negociação do acordo (OKEDIJI, 2014, p. 1136). Ao suscitar uma controvérsia perante o órgão arbitral previsto

no acordo, as empresas buscam desestimular a adoção de alterações legislativas que as desfavoreçam, entre outros objetivos (HO, 2015, p. 216). A finalidade almejada pelas empresas não se resume à obtenção de indenizações. Os órgãos arbitrais internacionais têm sido acionados por investidores com o escopo de reduzir deliberadamente a capacidade regulatória dos Estados (GATHII e HO, 2017, p. 429).

Os contenciosos de investimentos que envolvem propriedade intelectual refletem estratégias para elevar os patamares de proteção (FRANKEL, 2016, p. 122). Uma delas trata da interpretação do *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) pelos tribunais arbitrais de investimentos de forma distinta à realizada pelo órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) (BERNIERI, 2006, p. 549). Nesse sentido, a elevação dos níveis de proteção de patentes, marcas, desenhos industriais e outros ativos efetiva-se mediante a interpretação extensiva das normas do TRIPS (CORREA, 2014, p. 93). Por isso, os tratados bilaterais de investimentos e os capítulos de investimentos dos acordos de livre-comércio proporcionam o efeito TRIPS-Plus (VANHONNAEKER, 2015, p. 180).

A elevação dos níveis de proteção da propriedade intelectual por meio dos tratados bilaterais de investimentos constitui uma estratégia adotada por países desenvolvidos, que compreende três aspectos. O primeiro é a inserção da propriedade intelectual na definição de investimento. O segundo é a vinculação dos acordos de investimentos com compromissos os quais os países cedem autonomia regulatória em termos de propriedade intelectual, por exemplo, tratados bilaterais de propriedade intelectual. O terceiro refere-se ao uso dos princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional nos instrumentos de investimentos. Os três aspectos mencionados operaram em conjunto para promover um nível de proteção mais exigente da propriedade intelectual em relação ao da OMC (DRAHOS, 2001, p. 794).

O TRIPS é o ponto de partida para uma progressiva elevação dos níveis de proteção da propriedade intelectual (DRAHOS *et al.*, 2004, p. 253; KUR, 2016, p. 135-136; MERCURIO, 2006, p. 215; SELL, 2011, p. 448), que se efetiva por meio de diversas ações empreendidas pelos países desenvolvidos. Os capítulos sobre patentes, marcas e outros ativos nos acordos de livre-comércio constituem uma dessas ações, porquanto trazem normas TRIPS-Plus caracterizadas por: (i) implementar um nível de proteção mais exigente comparado ao da OMC; (ii) eliminar uma faculdade ou flexibilidade pactuada; ou (iii) incluir novos direitos de propriedade intelectual (CORREA, 2014, p. 88; DRAHOS, 2001, p. 793; MERCURIO, 2006, p. 219; VIVAS-EUGUI, 2003, p. 4). Essas normas restringem a autonomia regulatória no tocante à propriedade intelectual em um grau superior ao previsto nos acordos constitutivos da OMC (HILTY, 2016, p. 185-186).

Restrições à concessão de licenças compulsórias e proibições de importação paralela de medicamentos são incluídas nos acordos de livre-comércio celebrados pelos Estados Unidos e pela União Europeia com países em desenvolvimento, o que implica restrição de direitos compreendidos no TRIPS como necessários à promoção da saúde pública (CORREA, 2007,

p. 38; DRAHOS, 2007, p. 33; SELL, 2007, p. 59; MITTAL, 2017, p. 298; XAVIER JUNIOR e BRANDÃO, 2009, p. 434).

A elevação dos padrões de proteção de propriedade intelectual, por meio do TRIPS e de outros instrumentos, não decorre somente de uma pressão por parte dos países desenvolvidos. Determinados países em desenvolvimento compartilham de uma crença autêntica sobre o fortalecimento de proteção patentária como indutor do desenvolvimento econômico (MAZZOLENI e NELSON, 1998, p. 273), o que é controverso, porquanto o direito paten-tário pode promover distorções promotoras de ineficiência econômica quando verificada uma proteção excessiva (STIGLITZ, 2008, p. 1724).

O efeito adverso da proteção excessiva da propriedade intelectual possui impacto econômico negativo no interesse público dos países desenvolvidos e em desenvolvimento (ABBOTT, 2017, p. 63; HILTY, 2016, p. 186). Após a entrada em vigor do TRIPS, configura-se um novo bilaratelismo da propriedade intelectual, que opera por meio da extensa rede de tratados bilaterais de investimentos (OKEDIJI, 2003, p. 142).

Resta assim evidenciado o entrelaçamento entre as normas sobre investimentos internacionais e proteção de patentes, marcas, desenhos industriais e outros ativos. Os tratados bilaterais de investimentos proporcionam um nível de exigência maior em relação ao TRIPS, o que suscita um debate sobre quanto eles impactam na formulação de políticas públicas.

2. PHILIP MORRIS *VERSUS* URUGUAI

Em 2008 e 2009, o Uruguai editou três atos normativos infralegais, os quais reservaram 80% do espaço dedicado ao rótulo para imagens das consequências do uso do cigarro. Os atos regulatórios adotados pelo Uruguai estabeleceram uma única apresentação às diferentes marcas de cigarro. As marcas de cigarro costumam possuir diferentes cores ou denominações para seus produtos, por exemplo, Marlboro vermelho, Marlboro ouro, Marlboro azul e Marlboro verde. Essa diferenciação no tocante à apresentação do produto restou proibida (ICSID, 2013, §§ 4-6).

As medidas de saúde públicas adotadas pelo Uruguai tiveram como fundamento a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco de 2003, a qual prevê a obrigação de constar advertências sobre os efeitos nocivos do consumo de cigarro nas embalagens em pelo menos 50% da principal superfície exposta (WHO, 2003, art. 11.1. iv).

Em 2010, a empresa Philip Morris apresentou o pedido de instauração da controvérsia perante o ICSID. O direito aplicável invocado pela empresa demandante foi o tratado bilateral de investimentos celebrado entre Suíça e Uruguai em 1988, o qual entrou em vigor em 1991 (ICSID, 2013, § 1). O tratado definiu a propriedade intelectual como uma forma de investimento com expressa referência às marcas (URUGUAI, 1988, art. 1.2.d).

A preliminar suscitada pelo Uruguai compreendeu a descaracterização das atividades empreendidas pela Philip Morris como investimento. Para a defesa, a comercialização de

cigarro não preencheu o requisito de contribuição ao desenvolvimento do Estado receptor, um dos critérios do teste de Salini. Nessa linha de argumentação, o país demandado apresentou dados sobre o custo com tratamento à saúde gerado por doenças relacionadas ao consumo de tabaco (ICSID, 2013, §§ 177-178 e 181).

Referido teste é uma referência à controvérsia *Salini versus Marrocos*, cujo órgão arbitral elencou quatro elementos interdependentes para identificar um ativo como investimento estrangeiro: (i) aplicação de dinheiro ou de ativos; (ii) duração da execução do contrato; (iii) risco do empreendimento; (iv) contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado receptor (ICSID, 2001, § 52). Reconhece-se que o teste de Salini poderia se chamar Fedax porque os critérios para identificação do investimento já haviam sido sistematizados no laudo arbitral da controvérsia *Fedax versus Venezuela*, proferido quatro anos antes da conclusão da controvérsia *Salini versus Marrocos* (STERN, 2009, p. 536).

Os critérios de Salini não funcionam como uma definição em abstrato de investimento. Eles permitem uma identificação casuística de investimento, porquanto este é um conceito aberto, em conformidade com o art. 25 (1) da Convenção de Washington. Desse modo, novas matérias são passíveis de serem classificadas como investimentos, por exemplo, propriedade intelectual (ANDRADE, 2015, p. 59). Como os direitos de patentes, marcas, desenhos industriais e outros ativos preenchem os critérios de Salini, a literatura costuma reconhecer a possibilidade de qualificá-los como investimentos (VANHONNAEKER, 2019, p. 1995).

A Philip Morris alegou a irrelevância do critério de contribuição ao desenvolvimento econômico do Estado receptor, em razão da não previsão no tratado bilateral de investimentos (ICSID, 2013, § 185). Compreensão distinta foi defendida por Vadi (2015, p. 152), que respaldou a tese defendida pelo Uruguai. O critério do desenvolvimento econômico não é preenchido simplesmente pelo exercício da atividade de uma empresa no Estado receptor, ainda que ela gere empregos e pagamento de tributos.

O órgão arbitral reconheceu uma ampla gama de operações econômicas compreendida na noção de investimento. A restrição da definição de investimento e a consequente limitação de jurisdição *ratione materiae* ocorrem por meio de previsão nesse sentido no tratado bilateral de investimentos e/ou na legislação nacional sobre a matéria. Ao se interpretar o art. 25 (1) da Convenção de Washington, na sua aceção comum, no contexto e à luz do objeto e objetivo do instrumento, investimento possui um significado amplo, na avaliação do órgão arbitral. Os árbitros não reconheceram como consistente a jurisprudência sobre o teste de Salini, razão pela qual não o consideraram relevante para o caso concreto (ICSID, 2013, §§ 200-204).

Para o órgão arbitral, os critérios de Salini não operam como requisitos jurisdicionais, mas como elementos úteis na identificação de uma atividade como investimento. Por conseguinte, a ausência de um dos critérios de Salini não prejudicou o reconhecimento da jurisdição. Com essa fundamentação, o órgão arbitral reconheceu a sua jurisdição sobre o caso e afastou a preliminar alegada pelo Uruguai (ICSID, 2013, §§ 206 e 210).

O reconhecimento da jurisdição pelo órgão arbitral possibilitou o exame de mérito da controvérsia. Entre as alegações da empresa demandante, encontra-se a violação da regra da desapropriação indireta (ICSID, 2016, § 175), a qual possui previsão no tratado bilateral de investimentos entre Uruguai e Suíça (URUGUAI, 1988, art. 5.1).

O conceito de desapropriação indireta remete às medidas estatais prejudiciais aos investimentos estrangeiros privando-os de utilidade econômica, ou diminuindo o seu valor, independentemente da intenção do Poder Público nesse sentido (CHRISTIE, 1962, p. 310). A não transferência de titularidade da propriedade é o elemento característico da desapropriação indireta. O investidor é privado do seu investimento ou sofre uma perda efetiva do exercício ou controle da propriedade (HENCKELS, 2016, p. 40; DOLZER e SCHREUER, 2008, p. 92).

A aferição da desapropriação indireta prioriza o seu elemento consequencial, em detrimento do formal. O instrumento formal para adoção da desapropriação indireta é menos relevante comparado à consequência produzida pelo ato (REISMAN e SLOANE, 2004, p. 121). A desapropriação indireta costuma resultar de um processo constituído de diversos atos sequenciais. Os acordos de investimentos utilizam expressões sinônimas para se referir a ela: desapropriação construtiva, medidas equivalentes à desapropriação, medidas com efeito equivalente à desapropriação (FORTIER e DRYMER, 2004, p. 297).

No mérito, o Uruguai defendeu-se afirmando a inexistência de direitos passíveis de desapropriação, porquanto a sua legislação não prevê o direito de uso do registro marcário. Os árbitros rejeitaram a argumentação exposta na defesa porque a ausência de direito de uso no ordenamento jurídico não afasta o direito de propriedade conferido pelo registro marcário (ICSID, 2016, § 272).

Como o registro marcário é um direito de propriedade, ele é passível de desapropriação. Esse foi o raciocínio adotado pelo órgão arbitral. Quando um indivíduo deposita um pedido de registro, presume-se a sua intenção de uso do bem, embora o procedimento eventualmente tenha o único efeito de excluir a utilização do signo por terceiros (ICSID, 2016, §§ 272-273).

No caso concreto, o órgão arbitral não reconheceu a desapropriação indireta porque a marca Marlboro e os outros elementos distintivos continuaram estampando os maços de cigarro comercializados pela empresa demandante. As medidas impugnadas limitaram o modo de usar os registros marcários, mas não afetaram substancialmente o negócio (ICSID, 2016, § 276). Os árbitros, ao afastarem a violação da desapropriação indireta, adotaram uma fundamentação com respaldo na doutrina dos poderes de polícia, também identificada como poder de regular. Nesse sentido, o laudo arbitral em exame constitui uma contribuição para pacificar o reconhecimento da referida doutrina na jurisprudência arbitral de investimentos (ZARRA, 2017, p. 114).

A perspectiva adotada pelo órgão arbitral compreendeu uma análise do impacto da restrição de uso do registro marcário sobre o conjunto dos produtos comercializados pela empresa

demandante. As medidas impugnadas não promoveram uma limitação substancial do valor do empreendimento da Philip Morris (ICSID, 2016, §§ 283-284).

A Philip Morris admitiu a obtenção de lucros superiores aos do período anterior à edição dos atos regulatórios uruguaiois. No entanto, ela alegou que seus lucros teriam sido em valores superiores aos efetivamente verificados se não fosse pelos atos regulatórios impugnados. Essa alegação foi rejeitada pelo órgão arbitral com fundamento na jurisprudência, a qual não reconhece a desapropriação mediante a demonstração de perda parcial de lucros ou considerando a expectativa de lucro. Essas verificações levaram à conclusão da inexistência da desapropriação indireta (ICSID, 2016, § 286).

As demais alegações apresentadas pela Philip Morris foram rejeitadas. O laudo arbitral da controvérsia Philip Morris *versus* Uruguai traz consequências positivas à promoção da saúde pública, notadamente pelo reconhecimento da autonomia regulatória dos Estados na matéria (VOON, 2017, p. 329).

A título de conclusão preliminar, vê-se que o órgão arbitral reconheceu: (i) a aplicação de um conceito amplo de investimento, o qual inclui o direito marcário; (ii) o alcance limitado da alegação de não preenchimento do requisito de desenvolvimento econômico à luz do teste de Salini, porquanto se afastou a preliminar de defesa nesse sentido; (iii) o registro marcário como passível de desapropriação indireta, em tese, porque ele corresponde a um direito de propriedade; (iv) a não configuração de desapropriação indireta pelos atos regulatórios adotados pelo Uruguai, porquanto não houve perda substancial do valor do empreendimento.

3. PHILIP MORRIS *VERSUS* AUSTRÁLIA

Em setembro de 2010, a empresa Philip Morris reestruturou as suas subsidiárias em diversos países. Uma das empresas reestruturadas foi a Philip Morris Asia Limited, constituída em Hong Kong, com operações na fabricação, na importação, no comércio e na distribuição de cigarro na Austrália, na Nova Zelândia e nas Ilhas do Pacífico. A subsidiária constituída em Hong Kong passou a deter as ações de uma das empresas do grupo econômico, sediada na Austrália (Philip Morris Australia Limited), controladora da Philip Morris Limited, também com sede na Austrália. Essa última empresa foi titular, na ocasião, dos direitos de propriedade intelectual relacionados aos produtos comercializados nesse país (PCA, 2015, §§ 141-143 e 183).

Quando a reestruturação empresarial foi realizada, encontravam-se em discussão os atos regulatórios restringindo o uso de marcas nas embalagens de cigarro, os quais foram editados pela Austrália em 2011, após anos de debate. As normas australianas estabeleceram uma embalagem-padrão para cigarros, limitando o uso do registro marcário, com o escopo de desestimular o consumo e promover a saúde pública (PCA, 2015, §§ 99-140, 165).

No ano de 2011, a Philip Morris, por meio da subsidiária com sede em Hong Kong, dirigiu à Austrália a notificação para constituição de um órgão arbitral à luz das regras da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) perante a Corte Perma-

nente de Arbitragem. A estratégia adotada pela empresa Philip Morris foi suscitar a controvérsia em nome da subsidiária constituída em Hong Kong. Desse modo, foi possível adotar como direito aplicável o tratado bilateral de investimentos celebrado entre Austrália e Hong Kong em 1993 (PCA, 2015, § 13).

A pretensão da empresa compreendeu a suspensão do cumprimento da lei australiana e a respectiva compensação pelo prejuízo sofrido. Os atos regulatórios foram acusados de diminuir substancialmente o valor dos investimentos da empresa no país. Para fundamentar a alegação, ela diferenciou dois tipos de modelos de negócio. No primeiro tipo, a marca exercia um papel fundamental, já no segundo tipo, a marca era irrelevante. Na argumentação desenvolvida pela empresa demandante, o ato regulatório impugnado ensejou uma mudança do seu modelo de negócio, passando ela a exercer a atividade empresarial como se o portfólio de marcas fosse irrelevante (PCA, 2015, §§ 6, 7).

Voon e Mitchell (2011, p. 522-523) descaracterizam o alegado investimento da Philip Morris ao exporem o não preenchimento do requisito de desenvolvimento econômico. Trata-se, assim, de uma preliminar à luz dos critérios de Salini e em conformidade com a defesa do Uruguai na controvérsia suscitada pela Philip Morris.

Os atos regulatórios impugnados não afetaram o investimento como um todo, o qual é mais amplo do que os registros marcários. Por isso, os argumentos da Philip Morris aproximam-se da dúbia noção de desapropriação parcial, a qual não possui previsão no tratado bilateral de investimentos celebrado entre Hong Kong e Austrália. Trata-se de um tema não pacificado na jurisprudência arbitral, que compreende decisões favoráveis e contrárias à noção de desapropriação parcial (MITCHELL e WURZBERGER, 2011, p. 634-635).

O tratado bilateral de investimentos entre Austrália e Hong Kong não mencionou as controvérsias preexistentes à realização do investimento (AUSTRALIA, 1993, art. 10). Com esse fundamento, a defesa apresentou uma objeção temporal, porquanto não expressou consentimento aos conflitos configurados anteriormente aos investimentos (PCA, 2015, § 352).

O exame da objeção *ratione temporis* demandou a verificação da data do investimento. Em outros termos, o investimento protegido ocorreu antes ou depois da alegada violação do tratado? Na compreensão dos árbitros, a identificação precisa da data da alegada violação do tratado foi fundamental para avaliar o reconhecimento da jurisdição. Nesse aspecto, foi citada a controvérsia *Gremcitel versus Peru*, cujo julgamento admitiu a importância da identificação da data denominada de crítica, correspondente ao momento da adoção pelo Estado da medida objeto de futura impugnação. A medida impugnada costuma decorrer de uma sequência de eventos. O início da sequência de eventos ocorre comumente anos antes da adoção pelo Estado da medida apontada como violação do tratado (PCA, 2015, §§ 529-530).

No caso em tela, a edição do ato regulatório constituiu a data crítica da controvérsia (21 de novembro de 2011). No entanto, a reestruturação da empresa foi decidida em 3 de setembro de 2010 e completada em 23 de fevereiro de 2011, antes da edição da lei dedicada

à promoção da saúde pública por meio da restrição do uso de marca nas embalagens de cigarro. Considerando a identificação da data crítica, nos termos anteriormente mencionados, o órgão arbitral reconheceu a jurisdição *ratione temporis* (PCA, 2015, §§ 533-534), passando em seguida ao exame da tese do abuso de direito, invocada pela Austrália como objeção ao exame de mérito da controvérsia.

A tese de abuso de direito possui o alcance de impedir o reconhecimento da jurisdição de um órgão arbitral de investimento. Isso ocorre particularmente quando o investidor estrangeiro promove a prática do *forum shopping*, escolhendo o acordo e consequentemente reestruturando o seu empreendimento com o escopo de suscitar uma controvérsia (TOPCAN, 2014, p. 629). A Austrália invocou a tese de abuso de direito em sua defesa. Nessa linha de raciocínio, a reestruturação das empresas e dos respectivos investimentos ocorreu com o objetivo de alegar a violação do tratado, considerando uma divergência preexistente ou, pelo menos, previsível. Para a Austrália, a reestruturação empresarial foi conduzida com o escopo de criar uma vantagem desleal, porque o investidor não tinha real intenção de promover uma atividade econômica no Estado receptor, mas sim de suscitar a controvérsia (PCA, 2015, §§ 194 e 536).

A jurisprudência arbitral indica a impossibilidade de uma empresa alterar os seus investimentos com a finalidade de obter acesso jurisdicional de um órgão arbitral após a configuração do prejuízo. Não há óbice à reestruturação do investimento, particularmente na iminência de um dano. No entanto, a doutrina do abuso de direito combate a mudança estrutural do investimento por parte do investidor com objetivo único de suscitar uma controvérsia (STERN, 2009, p. 548).

A reestruturação empresarial não decorreu de razões tributárias ou de negócios, constatou o órgão arbitral. A constituição das subsidiárias foi realizada para possibilitar à Philip Morris suscitar a controvérsia com o fundamento no tratado bilateral de investimentos celebrado entre Austrália e Hong Kong (PCA, 2015, §§ 554 e 584).

Ao alcançar tal conclusão, o órgão arbitral classificou a controvérsia como um abuso de direito (ou abuso de processo). Os atos regulatórios que padronizavam as embalagens de cigarro eram previsíveis quando houve a reestruturação do grupo econômico. Desse modo, os árbitros declararam-se impedidos de exercer a jurisdição e julgaram inadmissível a arbitragem (PCA, 2015, § 585, 588). Por isso, a alegação da desapropriação indireta, própria do mérito da controvérsia, não foi examinada.

CONCLUSÃO

Os órgãos arbitrais decidiram em favor dos países demandados nas controvérsias sobre uso de registros marcários nas embalagens de cigarro, suscitadas pela empresa Philip Morris. Nesses dois casos, não houve restrições à autonomia regulatória dos Estados no tocante à formulação de políticas públicas, porquanto não foram identificadas violações dos tratados invocados.

Os países demandados não se viram obrigados a revogar suas leis ou promover indenizações pecuniárias à multinacional tabagista. Por outro lado, no curso das duas controvérsias, razoável supor um constrangimento imposto às autoridades governamentais do Uruguai e da Austrália no tocante à aprovação de novas medidas de promoção à saúde pública.

De acordo com essa hipótese, as controvérsias propostas serviram para frear o aperfeiçoamento de uma política pública. Como é cediço, as políticas públicas resultam de contextos específicos, os quais são dinâmicos. A interrupção das ações de uma política pública pode resultar no seu sepultamento. É possível que o objetivo almejado pela empresa tabagista tenha sido atingido independentemente da improcedência verificada nas duas controvérsias.

Da fundamentação adotada na controvérsia *Philip Morris versus Uruguai*, depreende-se a possibilidade de o tratado bilateral de investimentos restringir a autonomia regulatória nacional no tocante à propriedade intelectual. A decisão arbitral admitiu a viabilidade de a restrição do uso de registro marcário classificar-se como desapropriação indireta. No caso concreto, afastou-se essa alegação porque a empresa não demonstrou efetivo prejuízo decorrente da medida impugnada; ao contrário, admitiu lucros superiores aos obtidos antes da entrada em vigor dos atos regulatórios.

Isso sugere uma pergunta: se a empresa tivesse comprovado prejuízo, seria possível caracterizar a desapropriação indireta? Não há uma caracterização automática da desapropriação indireta decorrente da configuração de prejuízo econômico. De todo modo, o órgão arbitral admitiu em tese a correspondência entre uma medida restritiva de uso de registro marcário e a desapropriação indireta. Isso tampouco ocorreu na controvérsia *Philip Morris versus Austrália* porque o mérito não foi examinado, uma vez acolhida a preliminar de abuso de direito invocada pela defesa.

O estudo de caso da controvérsia *Philip Morris versus Uruguai* demonstra que medidas de propriedade intelectual são passíveis de violar tratados bilaterais de investimentos. Tendo isso em mente, mostra-se razoável a elaboração dos atos regulatórios de propriedade intelectual à luz dos compromissos de investimentos vigentes no Brasil. Esse tipo de aferição cabe, inclusive, na análise de impacto regulatório, prevista no art. 5º da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019 (BRASIL, 2019), e no Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020 (BRASIL, 2020).

Como os atos administrativos normativos sobre propriedade intelectual no Brasil são elaborados em observância às disposições do TRIPS, entre outros acordos internacionais, espera-se igual cuidado em relação aos tratados bilaterais de investimentos, sob pena de adoção de medidas frágeis do ponto de vista jurídico.

A previsão de propriedade intelectual nos tratados bilaterais de investimentos celebrados pelo país não contribuiu para a inserção do tema na Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual (Enpi) para o período de 2021 a 2030, instituída pelo Decreto n. 10.886, de 7 de dezembro de 2021 (BRASIL, 2021). Entre as ações delineadas, não se prevê nenhuma medida atinente ao impacto dos acordos de investimentos no sistema de propriedade intelectual.

Menciona-se a importância da promoção de um ambiente de negócios para atração de investimentos estrangeiros, o que não corresponde ao tema aqui tratado.

Embora os órgãos arbitrais não tenham restringido a autonomia regulatória dos países demandados nas controvérsias examinadas, reconhece-se a possibilidade de tal conclusão em futuros contenciosos que envolvam propriedade intelectual. Justifica-se, assim, um aperfeiçoamento dos atos regulatórios sobre patentes, marcas, desenhos industriais e outros ativos considerando os compromissos de investimentos celebrados pelo país, além de possíveis impugnações em órgãos arbitrais.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem ao Dr. Luiz Otávio Pimentel.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick. The Evolution of Public Health Provisions in Preferential Trade and Investment Agreements of the United States. In: ROFFE, Pedro; SEUBA, Xavier (orgs.). *Current Alliances in International Intellectual Property Lawmaking: The Emergence and Impact of Mega-Regionals, Global Perspectives for the IP System*. Strasbourg: CEIPI-ICTSD, 2017. p. 45-63.

ANDRADE, Thiago Pedroso de. *Aspectos metodológicos do direito internacional de investimentos*. 2015. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

AUSTRALIA. *Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments*. Assinado em 15 set. 1993. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/152/download>. Acesso em: 6 jan. 2020.

BERNIERI, Rosa Castro. Intellectual Property Rights in Bilateral Investment Treaties and Access to Medicines: The Case of Latin America. *The Journal of World Intellectual Property*, New Jersey, v. 9, n. 5, p. 548-572, ago. 2006.

BRASIL. Decreto n. 10.886, de 7 de dezembro de 2021. Institui a Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, n. 230, 8 dez. 2021.

BRASIL. Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, n. 124, p. 35, 1º jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, n. 183-B, p. 1-4, 20 set. 2019.

CHRISTIE, George. What Constitutes a Taking of Property under International Law? *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 38, p. 307-338, abr. 1962.

CORREA, Carlos. The Impact of the Economic Partnership Agreements on WTO Law. In: DREXL, Josef; RUSE-KHAN, Henning Grosse; NADDE-PHLIX, Souheir (eds.). *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law: EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property – for Better or Worse?* Berlim: Springer, 2014. p. 87-108.

CORREA, Carlos. *Propriedade intelectual e saúde pública*. Tradução Fabíola Wüst Zibetti. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho. Os acordos brasileiros de investimentos. In: RODRIGUEZ, Graciela (org.). *Acordos de investimentos à brasileira*. Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015. p. 13-20.

DIEPENDAELE, Lisa; COCKBAIN, Julian; STERCKX, Sigrid. Eli Lilly v Canada: The Uncomfortable Liaison between Intellectual Property and International Investment Law. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Londres, v. 7, n. 3, p. 283-305, 2017.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University, 2008.

DRAHOS, Peter. Four Lessons for Developing Countries from the Trade Negotiations Over Access to Medicines. *Liverpool Law Review*, Liverpool, v. 28, n. 1, p. 11-39, maio 2007.

DRAHOS, Peter. Bits and Bips. *The Journal of World Intellectual Property*, New Jersey, v. 4, n. 6, p. 791-808, jan. 2001.

DRAHOS, Peter *et al.* Pharmaceuticals, Intellectual Property and Free Trade: The Case of the US-Australia Free Trade Agreement. *Prometheus*, Highgate, v. 22, n. 3, p. 243-257, set. 2004.

DU, Ming. The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 14, n. 3, p. 639-675, set. 2011.

FORTIER, Yves; DRYMER, Stephen. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it when I See it, or Caveat Investor. *ICSID Review*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 293-327, set. 2004.

FRANKEL, Susy. Interpreting the Overlap of International Investment and Intellectual Property Law. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 1, p. 121-143, mar. 2016.

GATHII, James; HO, Cynthia. Regime Shift of IP Lawmaking and Enforcement from WTO to the International Investment Regime. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Minnesota, v. 18, n. 2, p. 427-515, jun. 2017.

HENCKELS, Caroline. Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 1, p. 27-50, mar. 2016.

HILTY, Reto. Ways Out of the Trap of Article 1(1) TRIPS. In: ULLRICH, Hanns *et al.* (eds.). *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law: TRIPS Plus 20 – from Trade Rules to Market Principles*. Berlin: Springer, 2016. p. 185-210.

HO, Cynthia. Sovereignty Under Siege: Corporate Challenges to Domestic Intellectual Property Decisions. *Berkeley Technology Law Journal*, Berkeley, v. 30, n. 1, p. 213-304, mar. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE OF SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Philip Morris v. Uruguay*. Award, 8 jul. 2016. ARB/10/7. Disponível em: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC9012_En.pdf. Acesso em: 6 fev. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE OF SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Philip Morris v. Uruguay*. Decision on Jurisdiction, 2 jul. 2013. Case No. ARB/10/7. Disponível em: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC3592_En.pdf. Acesso em: 2 fev. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE OF SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*. Decision on Jurisdiction, 23 jul. 2001. Case No. ARB/00/4. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

KUR, Annette. From Minimum Standards to Maximum Rules. In: ULLRICH, Hanns *et al.* (eds.). *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law: TRIPS Plus 20 – from Trade Rules to Market Principles*. Berlin: Springer, 2016. p. 133-162.

MAZZOLENI, Roberto; NELSON, Richard. The Benefits and Costs of Strong Patent Protection: A Contribution to the Current Debate. *Research Policy*, Amsterdã, v. 27, n. 3, p. 273-284, jul. 1998.

MERCURIO, Bryan. Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 15, n. 3, p. 871-915, set. 2012.

MERCURIO, Bryan. TRIPS-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends. In: BARTELS, Lorand; ORTINO, Federico (orgs.). *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 215-237.

MITCHELL, Andrew; WURZBERGER, Sebastian. Boxed In? Australia's Plain Tobacco Packaging Initiative and International Investment Law. *Arbitration International*, Oxford, v. 27, n. 4, p. 623-652, dez. 2011.

MITTAL, Sandeep. Effects of TRIPS Plus Provisions in International Trade Agreements upon Access to Medicines in Developing Countries. *Journal of Intellectual Property Rights*, Nova Deli, v. 22, n. 6, p. 295-302, nov. 2017.

OKEDIJI, Ruth. Is Intellectual Property "Investment"? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Pennsylvania, v. 35, n. 4, p. 1121-1138, jan. 2014.

OKEDIJI, Ruth. Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, Ottawa, v. 1, n. 1, p. 125-147, 2003.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA). *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*. Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 dez. 2015. PCA Case No. 2012-12. Disponível em: <https://pcacases.com/web/sendAttach/1711>. Acesso em: 22 nov. 2018.

REISMAN, Michael; SLOANE, Robert. Indirect Expropriation and Its Valuation in the Bit Generation. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 74, n. 1, p. 115-150, jan. 2004.

RUSE-KHAN, Henning Grosse. *Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?* Munique: Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, 2010.

SELL, Susan. TRIPS Was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA, and TTP. *Journal of Intellectual Property Law*, Georgia, p. 447-478, mar. 2011.

SELL, Susan. TRIPS-Plus Free Trade Agreements and Access to Medicines. *Liverpool Law Review*, Liverpool, v. 28, n. 1, p. 41-75, jun. 2007.

STERN, Brigitte. The Contours of the Notion of Protected Investment. *ICSID Review*, Oxford, v. 24, n. 2, p. 534-551, set. 2009.

STIGLITZ, Joseph. Economic Foundations of Intellectual Property Rights. *Duke Law Journal*, Durham, p. 1693-1724, abr. 2008.

TOPCAN, Utku. Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration. *ICSID Review*, Oxford, v. 29, n. 3, p. 627-647, set. 2014.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). *Investment Policy Hub*. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. Acesso em: 6 fev. 2022.

URUGUAI. *Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*. Assinado em 07.10.1988. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3121/download>. Acesso em: 6 jun. 2020.

VADI, Valentina. Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Direct Investments. *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Nova York, v. 5, n. 1, p. 113-195, 2015.

VANHONNAEKER, Lukas. *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: from Collision to Collaboration*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.

VANHONNAEKER, Lukas. Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. In: CHAISSE, Julien; CHOUKROUNE, Leïla; JUSOH, Sufian (eds.). *Handbook of International Investment Law and Policy*. Berlim: Springer, 2019. p. 1989-2012.

VIVAS-EUGUI, David. Regional and Bilateral Agreements and a TRIPS-Plus World: The Free Trade Area of the Americas (FTAA). *TRIPS Issues Papers*, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTD), n. 1, p. 1-36, jan. 2003.

VOON, Tania. Philip Morris v. Uruguay: Implications for Public Health. *The Journal of World Investment & Trade*, Leiden, v. 18, n. 2, p. 320-331, fev. 2017.

VOON, Tania; MITCHELL, Andrew. Time to Quit? Assessing International Investment Claims against Plain Tobacco Packaging in Australia. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 14, n. 3, p. 515-552, set. 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control*. Genebra, 21 maio 2003. Disponível em: <https://fctc.who.int/publications/i/item/9241591013>. Acesso em: 21 dez. 2021.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios globais contemporâneos: cenário de convergências no direito internacional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 425-442, jul. 2009.

YU, Peter. The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights. *American University Law Review*, Washington, v. 66, n. 3, p. 829-910, abr. 2017.

ZARRA, Giovanni. Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 95-120, 2017.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CUNHA NETO, Loris Baena;
CARVALHO, Sergio Medeiros Paulino
de. Controvérsias de investimentos
sobre direitos de propriedade
intelectual. *Revista Direito GV*, São
Paulo, v. 19, e2309, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202309>

Loris Baena Cunha Neto

DOUTORANDO EM PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO PELA ACADEMIA DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). MASTER OF LAWS IN INTERNATIONAL LAW PELA UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG. MAGÍSTER EN DERECHO INTERNACIONAL, INVERSIONES Y COMERCIO PELA UNIVERSIDAD DE CHILE. PROCURADOR FEDERAL.

baenaloris@yahoo.com.br

Sergio Medeiros Paulino de Carvalho

GRADUADO EM ECONOMIA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. MESTRE E DOUTOR EM POLÍTICA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA PELA UNIVERSIDADE DE CAMPINAS (UNICAMP). ESPECIALISTA SÊNIOR EM PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PROFESSOR DO PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO PROFISSIONAL EM PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI).

sergio.paulinodecarvalho@gmail.com

Direito e implementação de políticas públicas: caminhos para uma agenda de pesquisa

LAW AND IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES: PATHS FOR A RESEARCH AGENDA

Mariana Levy Piza Fontes¹

Resumo

A partir de um diálogo entre o Direito e a Ciência Política, o artigo aproxima-se da literatura sobre políticas públicas, com destaque para os estudos realizados no âmbito do neoinstitucionalismo e da implementação de políticas públicas. Apresenta os autores precursores do modelo de ciclo das políticas públicas e as críticas mais recentes, com base na inversão radical do ciclo e na centralidade da fase de implementação para compreensão do Estado e suas políticas. Tem como objetivos apresentar o panorama do debate no Brasil, delimitar o papel da pesquisa jurídica nesse campo e apontar para uma agenda de pesquisa futura.

Palavras-chave

Direito; ciência política; neoinstitucionalismo; implementação; políticas públicas.

Abstract

Based on a dialogue between Law and Political Science, the article approaches the literature on public policies, with emphasis on studies carried out within the scope of neoinstitutionalism and on the implementation of public policies. It presents the precursors to the public policy cycle model and the most recent criticisms, based on the radical inversion of the cycle and on the centrality of the implementation phase for understanding the State and its policies. The objectives are to present a panorama of the debate in Brazil, to delimit the role of legal research in this field, and to point to a future research agenda.

Keywords

Law; Political Science; neoinstitutionalism; implementation; public policies.

INTRODUÇÃO

A concretização de direitos depende essencialmente da forma em que se estrutura a ação governamental e de como o poder público implementa suas políticas. Sem as políticas públicas – e a correspondente coordenação e organização da ação estatal por meio de setores e programas específicos – seria impossível materializar os direitos fundamentais (BUCCI, 2019).

As interfaces entre Direito e políticas públicas não são propriamente um tema novo no debate jurídico. O assunto tem sido objeto de estudos nacionais (BUCCI, 2019, 2013; BUCCI e SOUZA, 2019; COUTINHO, 2013) e internacionais (CLUNE, 1993), os quais destacam caminhos possíveis de conexões e reflexões sobre essa perspectiva multidisciplinar.¹ Examina-se, assim, os pontos de contato entre os aspectos políticos e jurídicos que cercam a ação governamental e como se promove as transformações jurídico-institucionais (BUCCI, 2019).

O artigo tem como objetivo aproximar essa abordagem da literatura de políticas públicas, em especial aquela desenvolvida no campo da Ciência Política, com destaque para o neoinstitucionalismo e os estudos de implementação de políticas públicas.² Busca, assim, contribuir para a construção de uma agenda de pesquisa comum que aproxime os dois campos do ponto de vista teórico e ilumine caminhos futuros para uma análise jurídica da implementação de programas e ações governamentais. A aproximação dessa literatura com a perspectiva jurídica é construída a partir de dois conceitos fundamentais: arranjos jurídico-institucionais e gargalos jurídico-institucionais.

O texto subdivide-se em cinco seções, além desta introdução e das considerações finais. A primeira parte do texto – composta pelas seções 1, 2 e 3 – apresenta o debate neoinstitucionalista, que traz o Estado para o centro das explicações científicas, mostrando as possibilidades de se adotar uma perspectiva institucional das políticas públicas no âmbito da pesquisa jurídica.

A segunda parte do texto trata dos deslocamentos recentes ocorridos na literatura de políticas públicas, que consideram a fase da implementação como central para reflexão (seção 4). Resgata-se a produção de autores precursores no estudo das políticas públicas, tais como Harold Lasswell, Herbert Simon e David Easton, que propuseram um ciclo de políticas públicas dividido por etapas e que tomaram o processo de decisão e formulação como algo central. Em seguida, apresenta-se a crítica ao modelo clássico do ciclo, que passa a considerar a implementação como etapa fundamental para explicação das políticas públicas. Por

...

1 Para um panorama dos estudos internacionais *Law and Public Policies*, em especial as contribuições de autores como William Clune; Kreis e Christensen; Kiyoun Kim; Barclay e Birkland; e Lasswell e McDougal, vide Bucci e Souza (2019).

2 Este artigo apresenta um dos capítulos da tese de doutorado da autora, elaborada sob orientação do professor Diogo Coutinho, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e intitulada *Direito e política urbana: a implementação do plano diretor de São Paulo (2002-2014)*.

fim, examinam-se os estudos recentes sobre implementação de políticas públicas no Brasil e o papel do Direito nesse campo (seção 5).

1. O OLHAR JURÍDICO SOBRE O CAMPO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Tradicionalmente, o Direito desempenhou um papel de proximidade prática e distância acadêmica do campo das políticas públicas. De acordo com Coutinho (2013), os juristas brasileiros possuem grande dificuldade em identificar, analisar, avaliar e aperfeiçoar de modo sistemático as ferramentas e os arranjos jurídicos empregados em políticas públicas. Partem da suposição de que políticas públicas não seriam seu objeto e terminam por se excluir e privar dos debates centrais a respeito da construção e do aperfeiçoamento do Estado e da democracia. Perde-se a oportunidade de desenvolver métodos de análise e abordagens próprias. Perdem também os demais profissionais envolvidos na gestão de políticas públicas que se ressentem da falta de interlocução mais substantiva com quem elabora, implementa, interpreta e aplica a lei (COUTINHO, 2013).

A superação dessa visão exige o reconhecimento do papel do Direito enquanto elemento constitutivo das políticas públicas e do caráter indispensável do diálogo com outras áreas de conhecimento. É possível desdobrar as políticas públicas em um emaranhado de normas, processos e arranjos institucionais mediados pelo Direito (COUTINHO, 2013). Determinados objetivos politicamente escolhidos, ao materializarem-se em ações públicas, são definidos, especificados e interpretados por meio do Direito, vale dizer, por meio de normas, processos e instituições jurídicas (COUTINHO, 2016).

Trata-se de compreender o fenômeno governamental por dentro do Direito com base em categorias próprias e em um instrumental analítico que auxilie na identificação e sistematização de condições, regras e instituições jurídicas necessárias ao Estado para formular e executar políticas públicas (BUCCI, 2013). O Direito pode ser visto como tecnologia de construção e operação das políticas públicas e, como tal, estruturador de arranjos complexos que tornem as políticas eficazes, definindo tarefas, distribuição de competências entre os entes governamentais, coordenando relações intersetoriais no setor público e entre este e o setor privado (COUTINHO, 2013).

Se é, portanto, possível desenvolver uma perspectiva jurídica do estudo das políticas públicas, há que se definir o papel do Direito nas análises voltadas para a compreensão da natureza, para o funcionamento e para as características do Estado.

Tal tarefa pressupõe o diálogo entre o Direito e a Ciência Política bem como a utilização de ferramentas analíticas que permitam caminhar por suas fronteiras e reconhecer sobreposições. Busca-se, assim, trazer para o centro da pesquisa jurídica o Estado em movimento: uma análise das regras que estruturam a ação governamental de forma a reconhecer o papel das instituições, do contexto histórico e dos atores e interesses envolvidos na implementação de políticas públicas.

2. A PERSPECTIVA INSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A partir dos anos 1980, pode-se observar nas Ciências Sociais um aumento repentino do interesse pelo Estado. Uma onda de estudos de diversas perspectivas teóricas distintas passa a examinar o papel do Estado – seja como ator, seja como instituição – e a maneira pela qual ele influencia os processos políticos, sociais e econômicos por meio de suas políticas e os padrões que estabelece em suas relações com grupos sociais. É o que percebe Skocpol (1985) ao sugerir uma reorientação paradigmática e trazer “o Estado de volta”. A autora propõe que o Estado seja levado a sério em explicações científicas e volte a ocupar um lugar central nos estudos sobre transformação social e política. As questões teóricas e práticas sobre o Estado e seus efeitos na política devem ser investigadas.

Esse deslocamento nos estudos das políticas públicas – denominado neoinstitucionalismo – tem sua fase de expansão nos anos 1980 até meados dos anos 1990 (HALL e TAYLOR, 2005) e pode ser considerado de central importância para a compreensão do contexto brasileiro no qual o Estado foi historicamente essencial na produção de políticas públicas (MARQUES, 1997).

Essa perspectiva enriquece e complexifica a realidade descrita pelo modelo teórico marxista, permitindo ressaltar a relevância de outros atores fundamentais, como os agentes estatais (MARQUES, 1997). De um modelo centrado na sociedade para um interesse renovado pelo Estado (SKOCPOL, 1985), de forma a permitir o diálogo entre diferentes paradigmas e matrizes disciplinares, incorporando olhares em vez de hegemonizar determinado campo de questões (MARQUES, 1997).

Os modelos centrados na sociedade para explicar a política, predominantes na Ciência Política e na Sociologia dos Estados Unidos durante os anos 1950 e 1960, consideravam o Estado como um conceito fora de moda que era associado a estudos secos, formais e legalistas. O governo era visto como uma arena na qual os grupos econômicos ou movimentos sociais lutavam ou se aliavam uns com os outros para definir a tomada de decisão em políticas públicas (*inputs* e *outputs*). O governo não era levado muito a sério como um ator independente (SKOCPOL, 1985).

Grande parte da literatura marxista, por exemplo, realizou estudos centrados apenas na sociedade, desconhecendo o papel primordial das instituições e dos atores estatais na esfera política.³ Estudos teóricos extremamente abstratos que ignoram a riqueza de processos de formação de cada sociedade e de cada Estado em particular, distanciando-se da realidade empírica (MARQUES, 1997). A visão, em geral, é a de que o Estado, enquanto instrumento

...

3 Para um panorama da perspectiva marxista sobre o Estado, incluindo análise das obras do próprio Karl Marx e de autores marxistas, como Poulantzas, Claus Offe, Domnhoff, Miliband e outros, *vide* Marques (1997 e 2016).

de classe, é garantidor das relações de produção ou acumulação capitalista. Constitui-se, portanto, enquanto uma arena da luta de classes. O Estado seria definido por classes ou luta de classes cuja função é preservar ou expandir os modos de produção (SKOCPOL, 1985).

Essa corrente das Ciências Sociais que tem ressaltado a importância das instituições para o entendimento dos processos sociais, denominada neoinstitucionalismo, não se constitui propriamente como teoria, mas como um ferramental analítico para o estudo do Estado e suas políticas. Não é, muito menos, uma corrente unitária, mas um lugar para o qual têm convergido teóricos e estudiosos de diversos matizes e origens disciplinares no interior das Ciências Sociais (MARQUES, 1997).

Não se trata, portanto, de oferecer uma teoria geral nova, mas ilustrar e apresentar uma estrutura conceitual de referência com questões de médio alcance e hipóteses que possam informar pesquisas futuras sobre o Estado e estruturas sociais em diversas áreas do mundo. Nessa escala intermediária, busca-se o caráter histórico e conjuntural dos fenômenos, sem cair no risco de explicações deterministas e unicasais (SKOCPOL, 1985; MARQUES, 1997).

Historiadores e políticos da Economia, por exemplo, têm teorizado sobre o papel do Estado como instituidor do direito de propriedade (SKOCPOL, 1985). A análise de instituições de nível intermediário – como leis, projetos de lei e decisões judiciais – tem se revelado promissora.

Sem negar a importância das classes sociais e dos grupos de interesse presentes na cena política, a perspectiva neoinstitucionalista destaca que as relações entre instituições e sociedade ocorrem nos dois sentidos. O que se pretende é contextualizar os atores, seus interesses e suas ações estratégicas e observar questões fundamentais, tais como a natureza do Estado e o papel desses atores na proposição, na implementação, na gestão e nos resultados das políticas públicas (SKOCPOL, 1985; MARQUES, 1997).

Pode-se identificar três tipos de neoinstitucionalismo: institucionalismo da escola racional; institucionalismo sociológico e institucionalismo histórico.⁴ Há ainda quem aponte para a existência de uma quarta escola, o neoinstitucionalismo na Economia (HALL e TAYLOR, 2005).⁵ De acordo com Marques (2013), o que há em comum entre elas é a centralidade dada às instituições, embora não se parta de uma definição precisa do que sejam elas, nem mesmo de um consenso sobre os seus efeitos específicos. Não se trata, portanto, de uma teoria unificada, mas de um campo de análise amplo e substancialmente heterogêneo (MARQUES, 2013), e que deveria se caracterizar por maior intercâmbio e diálogo entre si (HALL e TAYLOR, 2003).

...

⁴ Para um panorama das principais características, limites e potencialidades de cada uma dessas correntes analíticas, *vide* Marques (1997) e Hall e Taylor (2005).

⁵ Sobre a utilização do institucionalismo econômico nas pesquisas jurídicas, *vide* Coutinho (2017).

Vale destacar, tendo em vista sua importância para os estudos de implementação de políticas públicas, as contribuições trazidas pelo neoinstitucionalismo histórico. A ênfase, nesse caso, é justamente o estudo do Estado e suas políticas (MARQUES, 2013). A explicação passa necessariamente pela adesão ou rejeição dos atores às instituições em determinada situação (MARQUES, 1997). Essa perspectiva dá ênfase aos legados históricos e está mais preocupada com processos temporais do que as outras abordagens: como são criadas as instituições, como e por que se transformam (STEINMO e THELEN, 1992; DAVIES e TROUNSTINE, 2012). Apesar das possíveis combinações entre os elementos das diversas perspectivas do institucionalismo, há que se reconhecer a centralidade do institucionalismo histórico no que se refere aos estudos voltados para a compreensão do poder e da justiça (IMMERGUT, 1998), o que abre um leque de possibilidades para a reflexão jurídica ao aproximar-se desse campo de pesquisa.

O Estado, como ator político importante, busca objetivos que não são meros reflexos das demandas ou dos interesses de grupos sociais, classes ou sociedade. É relevante nesse contexto explorar as capacidades do Estado de se opor a grupos sociais poderosos e implementar políticas e executá-las em situações socioeconômicas difíceis (SKOCPOL, 1985).

Ressalta-se que nesse caso não seria possível definir *a priori* a autonomia estatal, pois esta seria definida em função de cada situação histórica, por suas potencialidades estruturais e as estratégias utilizadas pelos diversos atores nas mudanças implementadas pelo próprio Estado (MARQUES, 1997).

O estudo das instituições seria importante não somente porque o Estado é um ator, mas porque os Estados e as instituições influenciam diretamente a cultura política, a estratégia dos atores e a própria agenda de questões a serem objeto de políticas públicas, enquadrando a luta política por meio de suas instituições (MARQUES, 1997).⁶ A política não estaria, portanto, somente na sociedade, na economia ou na cultura. O sentido da vida pública e das formas coletivas por meio das quais os grupos realizam seus objetivos não surgem das sociedades sozinhas, mas dos pontos de encontro do Estado com a sociedade. Consequentemente, a formação de fenômenos socioeconômicos, grupos de interesses ou classes dependem em grande medida das estruturas e das atividades do Estado (SKOCPOL, 1985; HALL e TAYLOR, 2005).

Os agentes estatais têm autonomia em relação aos interesses da sociedade e constituem-se como reais atores na dinâmica política. As agências estatais possuem suas próprias identidades,

...

⁶ Sobre o papel dos espaços de veto e suas consequências sobre a estratégia dos atores na reforma da saúde, *vide* Immergut (1992). A autora percebe que as diferenças entre os países nas reformas do sistema de saúde devem-se ao grau que o grupo de médicos está disposto a compor com os defensores da reforma. As razões e os motivos estão ligados à estrutura institucional do sistema político que afeta as expectativas dos grupos quanto às possibilidades de sucesso.

interesses e recursos. A interação entre Estado e agentes presentes na sociedade depende de ambientes institucionais específicos. A influência das instituições medeia a relação entre as estratégias dos atores e a implantação de determinadas políticas públicas. Nesse sentido, a existência e o desenho das instituições permitem que as demandas tenham resultados diversos dependendo do desenho institucional (MARQUES, 2013; IMMERGUT, 1992).

Instituição – embora seja um conceito central para o neoinstitucionalismo – não possui uma definição precisa nem um consenso acerca de seus efeitos sobre os processos políticos. De maneira geral, as instituições são definidas como os procedimentos, os protocolos, as normas e as convenções oficiais inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política. Estende-se de uma ordem constitucional ou dos procedimentos habituais de funcionamento de uma organização até as convenções que governam o comportamento de sindicatos, bancos e empresas. Em geral, o neoinstitucionalismo tem a tendência de associar as instituições às organizações e às regras ou convenções editadas pelas organizações formais (HALL e TAYLOR, 2005; STEINMO, THELEN e LONGSTRETH, 1992).

De forma abstrata, em uma partida, as instituições incluiriam a delimitação do campo e as regras do jogo. O que tem sido objeto de polêmica é se as regras formais e os procedimentos consentidos, práticas operacionais padronizadas que estruturam a relação entre os indivíduos nas várias unidades da política e da economia, incluem também os constrangimentos informais, como os códigos de comportamento e as convenções em geral (MARQUES, 1997).

Os debates institucionalistas apontam, em síntese, para duas questões fundamentais: como são criadas as instituições e como e por que elas se transformam (MARQUES, 2013).

A busca pela compreensão do movimento e da permanência das instituições – as razões da estabilidade e da transformação, do seu início e do seu fim, as causas exógenas ou endógenas da mudança – impulsiona uma série de reflexões relacionadas aos conceitos de “dependência da trajetória” e “janela de oportunidade” (HALL e TAYLOR, 2005; DAVIES e TROUNSTINE, 2012; TORFING, 2001; LIEBERMAN, 2001; MAHONEY e THELEN, 2010).

Mahoney e Thelen (2010), por exemplo, dão atenção às mudanças que ocorrem de maneira sutil e gradual ao longo do tempo. Embora menos dramáticas e abruptas, as mudanças lentas e fragmentadas podem igualmente gerar consequências para o comportamento humano, modificando a lógica de atuação dos atores e trazendo resultados políticos relevantes.⁷ Os padrões de mudança institucional seriam, contudo, acompanhados de tensões e ambiguidades.

Os autores destacam um tipo de mudança institucional – *layering* – no qual novas regras são instituídas, mas convivem com regras antigas. Novos elementos permanecem adjacentes às instituições existentes, as quais são modificadas gradualmente. Geralmente, tais processos

...

7 Para análise dos diversos tipos de mudanças institucionais incrementais, *vide* Streeck e Thelen (2005).

de sobreposição ocorrem quando há ausência de capacidade de alterar de maneira integral as regras originais. Em paralelo, os defensores do *status quo* não são capazes de impedir as mudanças, embora mantenham em parte as regras originais. Cada pequena mudança acumula-se, levando a grandes transformações no longo prazo.⁸

O neoinstitucionalismo, em particular o denominado histórico, promove um deslocamento, no âmbito da Ciência Política, nos estudos sobre as políticas, que é especialmente importante para a brasileira, no qual o Estado foi historicamente central na produção de políticas públicas, marcando como legado ou traço constitutivo nosso sistema político, nossos sistemas de políticas e nossa sociedade (MARQUES, 2013).

Esse deslocamento impactou a literatura nacional no que diz respeito à análise de políticas públicas e talvez seja a perspectiva teórica com maior influência no debate brasileiro. Como exemplos podem-se citar os estudos relacionados ao desenho do Estado e suas políticas, impacto das arenas nas reformas de políticas, federalismo e políticas públicas (MARQUES, 2013). Conforme se verá a seguir, essa perspectiva pode subsidiar uma agenda de pesquisa também no campo jurídico, sem prejuízo de outros caminhos teóricos possíveis.

3. O PAPEL DO DIREITO NA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os estudos e as pesquisas voltados para promover aproximações do Direito com outros campos de conhecimento⁹ estão sempre marcados por um enorme número de dilemas e desafios. No âmbito jurídico, pode-se estudar tudo ou quase tudo da política. Os atores políticos, as instituições e os processos são sempre condicionados em algum grau ou têm algum impacto sobre o Direito (SHAPIRO, 2008).

Na medida em que ressurge na Ciência Política o interesse sobre as instituições, revela-se a importância de aproximá-la dos estudos jurídicos. Constituição, leis e contratos são categorias jurídicas que se desenvolvem no contexto das instituições políticas. Ao mesmo tempo, são as instituições políticas que reforçam o significado das estruturas normativas, definindo deveres, obrigações, papéis e regras. O crescimento das pesquisas do institucionalismo histórico nos estudos jurídicos parece rápido e promissor, muito embora seu futuro permaneça incerto (SMITH, 2008).

...

⁸ Esse tipo de mudança incremental foi identificado na tese de doutorado da autora, *Direito e política urbana: a implementação do plano diretor de São Paulo (2002-2014)*, baseada em pesquisa empírica realizada no âmbito do direito urbanístico. Para uma abordagem institucional das transformações do Estado e das políticas públicas no Brasil durante os governos do PSDB e PT, vide Marques (2019).

⁹ Shapiro (2008) situa o movimento do *Law and Politics* como mais um dos inúmeros movimentos de “*Law and...*” que chegaram nos anos recentes dos quais um dos mais notáveis seria o *Law and Economics*.

De acordo com Smith (2008), embora os argumentos utilizados por muitos pesquisadores no âmbito do direito público exemplifiquem esse tipo de explicação teórica para compreender a continuidade e a mudança das instituições, apenas recentemente começaram a fazer explicitamente essa conexão. Além disso, muitos estudantes ainda estão fortemente centrados nos tribunais e juízes e dão pouca atenção aos atores políticos de maneira mais ampla (SHAPIRO, 2008; SMITH, 2008).

No Brasil, pode-se observar o aumento de pesquisas jurídicas que dialogam com uma perspectiva institucional das políticas públicas, a partir de categorias analíticas capazes de estabelecer o diálogo entre os campos distintos do conhecimento.¹⁰ Como exemplo, pode-se observar nos últimos anos a publicação de uma série de estudos baseados em conceitos como o de arranjos jurídico-institucionais e de gargalos jurídico-institucionais¹¹ ao tratar de diversas políticas públicas, tais como de planejamento territorial, habitação, combate à corrupção, inovação tecnológica, entre outras.¹²

4. OS ESTUDOS DE IMPLEMENTAÇÃO NA LITERATURA SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

A abordagem institucionalista é capaz de se aproximar das fronteiras da literatura sobre políticas públicas e o Direito. A literatura sobre implementação de políticas públicas pode ajudar a iluminar esses caminhos ampliando as interfaces e conexões possíveis entre a Ciência Política e o Direito.

A concretização de direitos depende da implementação de políticas pelo poder público após a sua aprovação por normas jurídicas, razão pela qual é central que se utilize de referências teóricas e metodológicas de outras áreas das ciências humanas, em especial aquelas voltadas para a implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, vale trazer um panorama das críticas ao modelo de etapas do ciclo de políticas públicas a fim de reforçar a importância de se direcionar o olhar investigativo para além das etapas de formação de agenda e formulação de um programa governamental. O estudo dos dilemas relacionados à eficácia e aplicabilidade da legislação exige que se amplie a lente de análise para além do processo legislativo ou da judicialização de políticas públicas.

...

10 Sobre o tema, vale a consulta ao Dossiê Direito e Políticas Públicas publicado na Revista de Estudos Institucionais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (v. 5, n. 9, 2019).

11 Sobre os conceitos de arranjos jurídico-institucionais e gargalos jurídico-institucionais, vale conferir a seção 5 do presente artigo.

12 Nessa linha, pode-se apontar uma série de estudos na perspectiva do Direito e das políticas públicas, tais como Bucci (2019), Castro (2019), Chilvarquer (2019), Coutinho (2016), Coutinho e Mouallem (2015), Coutinho *et al.* (2022), Pimenta (2019), Toledo (2019), Fontes (2020) e outros.

Afinal, são raros, ainda, na pesquisa jurídica, especialistas em burocracia e políticas regulatórias (SHAPIRO, 2008) capazes de observar o que ocorre durante a implementação de um programa governamental pela administração pública.

Vale, portanto, apresentar as mudanças ocorridas nos estudos sobre as políticas públicas, com destaque para as perspectivas da Ciência Política que consideram a fase de implementação como central para reflexão. Desde a década de 1970, a literatura sobre políticas públicas tem destacado a fase de implementação como o eixo central de análise do funcionamento do Estado e de suas políticas.¹³

Essa abordagem é fruto dos diversos deslocamentos que ocorreram nas últimas décadas na literatura sobre o Estado e as políticas públicas. A partir deles, pode-se perceber uma redução da importância do processo de decisão na etapa de formulação de políticas, acompanhada de um movimento de trazer ao centro do debate outros momentos do ciclo de produção de políticas, como a implementação (MARQUES, 2013).

4.1. O CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PRECURSORES

Na literatura sobre políticas públicas é comum a menção a um modelo dividido por etapas ou fases do processo de produção de políticas públicas: formação de agenda, formulação, implementação e avaliação. Diversos autores definiram estágios do ciclo e essa estrutura de divisão por etapas foi amplamente utilizada em manuais e livros didáticos.¹⁴

Com efeito, a referência a um ciclo de políticas públicas aparece já na década de 1930. As primeiras ideias de divisão por etapas são apresentadas por Lasswell (1956) e Simon (1984) e consolidam-se com as proposições de Easton. Os três principais precursores no estudo das políticas públicas consideravam então o processo de decisão como elemento central para a explicação das políticas públicas.

Easton (1957), por exemplo, buscou compreender a maneira pela qual as decisões são tomadas e executadas, em especial o caráter dinâmico e complexo do processo de tomada de decisão. A partir da abordagem sistêmica, pode ser considerado como um dos autores mais influentes sobre a relação entre política e administração (HILL e HUPE, 2009).

...

¹³ Sobre os recentes deslocamentos na literatura sobre políticas públicas e a implementação como etapa fundamental de compreensão do Estado e de suas políticas, *vide* Hill e Hupe (2009), Lipsky (1980), Marques (1997 e 2013) e Pressman e Wildavsky (1973). Sobre o panorama dos estudos de implementação de políticas públicas no Brasil, *vide* Faria (2012) e Lotta (2008).

¹⁴ Hill e Hupe (2009) apontam para uma enorme variedade de caminhos analíticos para a divisão das etapas dos ciclos de políticas públicas, utilizadas por diversos autores, tais como Simon (1945), Lasswell (1956), Mack (1971), Rose (1973), Jenkins (1978), Hogwood e Gunn (1984). Há inclusive autores que defendem a existência de cerca de 18 fases do processo, como Dror (1989).

As principais mudanças no interior de um sistema político teriam origem em variáveis externas a ele. A fórmula é simples: *inputs* – *political system* – *outputs*. Os *inputs* (entradas) são convertidos pelo processo do sistema político em *outputs* (saídas). Os *inputs* podem ser de dois tipos: demandas (reivindicações) e apoios de grupos de interesse que garantem ao sistema político seu caráter dinâmico (EASTON, 1957). O subsistema das políticas seria impactado por *inputs* (entradas) oriundos dos outros sistemas e de dentro do próprio sistema (*withinputs*). O sistema geraria *outputs* para os demais subsistemas e para si mesmo gerando *feedback*.

As políticas são entendidas como respostas do sistema a impulsos de fora, sendo o Estado pensado como um alocador automático e técnico que responderia a conflitos e disputas externas a ele: *politics* gerando *policies* (MARQUES, 2013). A fase de implementação é vista simplesmente como a passagem no interior do sistema político capaz de produzir automaticamente as decisões políticas das autoridades (HILL e HUPE, 2009; HAM e HILL, 1993). O elemento central das políticas continua a ser explicado a partir do processo de tomada de decisão sobre as políticas, que se daria de forma técnica e racional (MARQUES, 2013).

4.2. A CRÍTICA AO MODELO CLÁSSICO: A INVERSÃO DO CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Apesar de amplamente disseminado, o modelo do ciclo de produção de políticas públicas passou a ser criticado.

Destaca-se aqui o papel precursor de Lowi (1964 e 1972), que transforma substancialmente o olhar sobre as políticas públicas, invertendo de maneira radical o modelo do ciclo. A decisão deixa de ser considerada como a etapa prioritária para a explicação das políticas públicas, abrindo-se espaço para a denominada “revolução da implementação”, representada em um primeiro momento pelos textos de Pressman e Wildavsky (1973).

O sistema de conversão de *inputs* em *outputs* de Easton é desvendado pela crítica: a transformação de demandas e apoios em políticas públicas não acontece, na realidade, de maneira automática e perfeita. O sistema político é complexo e dinâmico e o ciclo pode ser visto de modo inverso: *policies* gerando *politics*.

É o que aponta Lowi (1964 e 1972) na resenha de um livro sobre orçamento,¹⁵ ao propor um esquema de interpretação das políticas públicas a partir de arenas de poder. O autor afirma que as diferentes áreas de *policies* ou atividades governamentais são reais arenas de poder com características próprias de estrutura política, processos, elites e relações de grupos de interesse. O poder não está, portanto, apenas nas eleições ou nas reivindicações populares, mas sobretudo no interior do próprio Estado.

O esquema está fundamentado em três pressupostos básicos: (i) os tipos de relações políticas são determinados pelas expectativas; (ii) as expectativas na política são definidas pelo

...

15 A resenha mencionada refere-se ao livro *American Business and Public Policy*, de Raymond Bauer (1963).

tipo de política (*outputs* ou *policies*); e (iii) para cada tipo de política (*policy*) há um tipo distinto de relação política.

Lowi (1964 e 1972) identifica quatro principais categorias de políticas públicas: regulatórias, distributivas, redistributivas e constituintes. Os tipos de políticas influenciam o caráter mais ou menos conflitivo dos ambientes políticos.

As políticas regulatórias definem claramente quem recebe e quem não recebe determinado benefício. O Estado define regras para o funcionamento de atividades externas a ele. Apesar de a legislação ser estabelecida em termos gerais, o impacto das decisões regulatórias aumenta os custos e diminui as alternativas dos indivíduos. São bem menos estáveis e envolvem o confronto entre quem se beneficia e quem não se beneficia. Geram conflitos e tendem à instabilidade.

As políticas distributivas são aquelas desenvolvidas sobre recursos não finitos e até mesmo ilimitados e tendem a gerar coalizões estáveis, com redução de conflitos.

As políticas redistributivas, tais como os programas de bem-estar social, distribuem recursos finitos, envolvendo grupos mais amplos e coalizões de interesses opostos. Geram jogos de soma zero: para que um grupo receba determinados benefícios, outro grupo tem de perder ou não receber. Produzem relações de conflito contínuo.

Por fim, as políticas constituintes dizem respeito à criação e transformação das próprias regras do jogo político, envolvendo os próprios produtores de regras. Esse tipo de política é altamente conflitivo e não está claro quem irá ganhar ou perder.

A classificação proposta, por tipos de política, permite associar o formato e desenho das políticas públicas a conflitos políticos específicos. As políticas públicas geram, nesse sentido, relações políticas específicas. Os tipos de políticas geram consequências relevantes para o jogo e ambiente político, influenciando seu caráter mais ou menos conflitivo. Inverte-se a estrutura causal entre política (*politics*) e políticas (*policies*).

Segundo Marques (2013), a literatura sobre políticas públicas visa compreender o porquê e como o Estado age, dada as condições que o cercam. Está voltada, portanto, para o estudo do “Estado em ação” na expressão utilizada por Jobert e Muller (1987). Diversas são as perspectivas de análise sobre a natureza, o funcionamento e as características do Estado. Entre elas figuram principalmente o pluralismo, o marxismo, a teoria das elites e o neoinstitucionalismo.¹⁶

Lowi (1964 e 1972) critica abertamente as concepções pluralistas (Dahl) e elitistas (Mills) em seu texto sobre as arenas de poder. Trata de maneira precursora dos efeitos dos formatos institucionais sobre as políticas, ideia que se tornaria muito importante nos anos 1980

...

¹⁶ Para uma visão geral das principais linhas teóricas para a compreensão do Estado e suas políticas, *vide* Marques (1997 e 2013).

com a disseminação do neoinstitucionalismo.¹⁷ Os resultados das políticas governamentais guiam as expectativas na política. O governo passa para o centro do interesse; as políticas públicas, para o foco do conflito político.

A inversão do modelo clássico do ciclo de políticas públicas proposta por Lowi altera de maneira radical o olhar sobre as políticas públicas. Duas críticas são centrais. Primeiro, há que se reconhecer que os processos políticos não acontecem de modo simples, puro e lógico no mundo prático da elaboração de políticas. Segundo, é fundamental aproximar o olhar para o processo de conversão dos *inputs* em *outputs* (sistema político) e reconhecer o caráter dinâmico da tomada de decisão (HAM e HILL, 1993). As críticas ao modelo clássico das políticas públicas, porém, não precisam necessariamente levar à negação de sua utilidade como ferramenta analítica e capacidade de fornecer um primeiro mapeamento da configuração de cada política específica (MARQUES, 2013; HILL e HUPE, 2009).

Ao longo dos anos 1970 e 1980, a literatura considerará o modelo de Easton como racional e linear demais ao não reconhecer a existência de diversos níveis de governo, ciclos concomitantes e as diferentes formas de articulação entre etapas e políticas distintas.

Pressman e Wildavsky (1973), por exemplo, ao analisar o programa de desenvolvimento local e geração de emprego de Oakland demonstram a importância de se observar os obstáculos e desafios da etapa de implementação das políticas públicas. Eles representam uma primeira geração de autores que passam a chamar atenção para a etapa da implementação de políticas como algo central para a compreensão das políticas públicas.

4.3. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ABORDAGENS POSSÍVEIS

Apesar das diversas críticas ao modelo de ciclo, há ainda um papel para a estrutura das etapas, sendo certo que possui utilidade analítica para o estudo e a prática do processo de políticas públicas. Permite uma abordagem sistemática para capturar a multiplicidade da realidade, desde que se reconheça a possibilidade de se introduzir diversas variáveis e perspectivas.

Hill e Hupe (2009) apontam para a necessidade de combinação dos benefícios analíticos do modelo de etapas com o reconhecimento da interação entre os estágios. Seguindo o deslocamento da literatura sobre políticas públicas que passa a relativizar o papel central do momento da decisão na formulação da política, os autores ressaltam que na fase de implementação a elaboração da política continua. Diferentemente da concepção weberiana, que distingue completamente a política da administração, é necessário reconhecer que o processo de produção de políticas é dinâmico e implica uma interação constante entre as fases distintas. O conteúdo da política pública pode até mesmo ser modificado de maneira substancial ou negado, inclusive, durante a etapa de implementação.

...

17 Para um panorama sobre o neoinstitucionalismo no âmbito da ciência política, *vide* seção 3 deste artigo.

Conforme mencionado anteriormente, a partir dos anos 1970, uma série de autores passam a considerar a implementação como eixo central para a explicação do processo de produção de políticas públicas. As múltiplas abordagens desse campo podem ser classificadas como *top down* e *bottom up*, cujos principais representantes são Pressman e Wildavsky e Lipsky, respectivamente (MARQUES, 2013).

As abordagens *top down* estão baseadas em estruturas tradicionais de governança e têm como foco a análise dos sistemas de controle e hierarquia da administração. A política deveria ser feita no topo e executada por agentes de acordo com esses objetivos. O papel desses estudos de implementação, portanto, é identificar as causas dos problemas na implementação e sugerir formas de obter acordo entre as ações implementadas e os objetivos da política.

Já na visão *bottom up*, os tomadores de decisão não seriam capazes de estabelecer e desenvolver políticas apenas de cima (*top down*), desde o topo da estrutura institucional e burocrática. Políticas se estabelecem sobre políticas anteriores tornando o processo mais complexo, não se originando somente de cima, mas também de baixo das estruturas organizacionais (*bottom up*). O papel da burocracia implementadora não estaria limitado à execução do que foi explicitamente formulado. A discricionariedade é exercida mudando o resultado da política e promovendo acessos mais ou menos inclusivos.

Por fim, vale notar que, para além dos modelos básicos da implementação, a literatura sofre outros deslocamentos que conferem ainda maior complexidade na compreensão do processo de produção de políticas públicas.

Reconhece-se que o processo de decisão, de maneira geral, pode estar localizado em centros mais ou menos autárquicos. As decisões não seriam geradas somente por tomadores de decisão isolados entre si, mas também em conjunto com outros atores não governamentais. Nesse sentido, vale citar a multiplicidade de pesquisas sobre governança¹⁸ e análise de redes sociais¹⁹ no estudo das políticas públicas.

4.4. OS ESTUDOS RECENTES SOBRE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

O campo do estudo das políticas públicas de maneira geral tem se institucionalizado no Brasil em distintas áreas do conhecimento – por meio da criação de programas de pós-graduação específicos e linhas de pesquisa dedicadas às políticas públicas em programas já consolidados – e pela forte expansão da produção bibliográfica específica (teses, dissertações, livros e artigos) (FARIA, 2012). Os estudos sobre implementação propriamente ditos têm crescido tanto

...

¹⁸ Para um panorama dos recentes estudos sobre governança, *vide* Hill e Hupe (2009) e Stoker (1998).

¹⁹ Sobre a análise de redes no estudo de políticas públicas, *vide* Hecló (1978), Knoke (1992), Marques (2012) e Schneider *et al.* (2003).

em termos quantitativos quanto qualitativos. Pode-se, inclusive, identificar ao longo dos anos 2000 um *boom* de teses e dissertações com foco na implementação (FARIA, 2012).

Entre os estudos brasileiros, Marques (2013) destaca como referência dessa produção recente o trabalho de Costa e Bronzo (2012) sobre coordenação de políticas, de Lotta (2008) sobre burocracias de nível de rua e de Pires (2016) sobre sociologia de guichê.

Vale trazer as justificativas elencadas por Faria (2012) para se avançar e aprofundar as pesquisas e análises sobre implementação de políticas públicas no Brasil, tais como: a) o fato de o processo acarretar muitas vezes frustrações para os tomadores de decisão, geralmente eleitos para solucionar determinadas questões; b) o reconhecimento de que a política não se traduz em prática e muito menos em resultados bem-sucedidos pela simples disposição de autoridade, autorização e mobilização de recursos e *expertise*; c) a necessidade de se maximizar o gasto público; d) a necessidade de monitorar os agentes de implementação; e) a produção de informações necessárias para que as políticas futuras sejam mais bem-sucedidas; e f) a compreensão mais ampla da máquina estatal de complexidade crescente.

5. O PAPEL DO DIREITO NOS ESTUDOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O panorama dos estudos de implementação de políticas públicas apresentado permite refletir sobre uma chave de pesquisa relevante sobre os aspectos jurídicos das políticas públicas.

Há muitas possibilidades de investigação no campo do Direito – com seu sistema de regras, procedimentos e decisões – sobre a fase de implementação das políticas públicas. A abordagem interdisciplinar exige, porém, um esforço de traduzir o conhecimento de outras áreas sem perder as nuances e as peculiaridades de um estudo desenvolvido no âmbito do Direito.

Coutinho (2016) afirma que não é usual os juristas dedicarem-se aos estudos de implementação de políticas públicas. Entretanto, o autor busca superar a visão segundo a qual há barreiras rígidas separando o Direito das políticas públicas e atribui às normas, aos processos e às instituições jurídicas um papel relevante no direcionamento da vida econômica e social:

Direitos efetivos, em última análise, dependem de resultados eficazes e legítimos de políticas públicas, que são construções institucionais em larga medida jurídicas, embora com o direito não se confundam. Quanto mais eficazes forem tais políticas públicas (e os arranjos institucionais em que elas se apoiam), mais efetivos serão também os direitos que se quer ver realizados ou fomentados. São, portanto, dois planos encadeados: a garantia de direitos e sua implementação por meio de políticas públicas. (COUTINHO, 2016, p. 233)

A etapa de implementação, ao conectar objetivos políticos aos resultados pretendidos de maneira dinâmica, representaria um momento criativo para o Direito e para os juristas envolvidos. Afirma Coutinho (2016, p. 219) que

[...] uma série de medidas estruturantes precisam ser tomadas e isso a todo tempo demanda o desenho de arranjos e soluções jurídicas que habilitem, capacitem e regulem as ações governamentais. A implementação modifica as políticas públicas e, nesse processo, o aparato jurídico, tal como instrumentalizado pelos agentes públicos encarregados da implementação, é, com suas normas, processos e arranjos institucionais, parte da modificação.

O descompasso entre “direito nos livros” (*law in books*) e o “direito na prática” (*law in action*) (POUND, 1910) revela a necessidade de uma investigação mais aprofundada sobre as leis e sua aplicação. O Direito, nesse sentido, não seria somente um ponto de partida, mas um objeto de estudo que se desdobra em interpretações, práticas e estratégias específicas. A pesquisa empírica no Direito deve, nesse sentido, explorar os modos como ele é incorporado em contextos específicos bem como as dificuldades e os problemas enfrentados em sua implementação (SILBEY e SARAT, 1987).

A possibilidade de se desenvolver estudos jurídicos voltados para a compreensão da implementação das políticas públicas foi sustentada por Clune (1993), que observou que políticas públicas de todos os tipos são executadas por meio de um conjunto de técnicas e instrumentos jurídicos, bem como mediante um conjunto de instituições, como parlamentos, agências e tribunais. O autor alerta, porém, para a necessidade de que esse tipo de estudo não se restrinja somente aos problemas e obstáculos de concretização da legislação. Destaca ainda que o impacto produzido por uma política pública depende de múltiplos fatores e seus resultados não estão relacionados necessariamente à sua base normativa.

De acordo com Kagan (2007), em diversos campos de estudos do Direito pode-se observar uma ampliação da demanda política por regulação, em processos legislativos que contam com a participação intensa da sociedade civil. O Direito tem sido colocado em xeque, tornando-se alvo de críticas em razão de um suposto valor puramente simbólico de suas regras, já que o poder público não destinaria os recursos financeiros necessários à sua implementação. Embora alguns programas governamentais sejam, de fato, políticas simbólicas, o autor afirma que não podem ser simplesmente reduzidos a uma lei ineficaz já que influenciam e determinam comportamentos. Nesse contexto, as análises jurídicas sobre processos de implementação de ferramentas regulatórias são consideradas por Kagan (2007, p. 217) como um caminho promissor de pesquisa.

Alguns conceitos podem ser úteis para a construção de uma agenda de pesquisa comum nesse campo. Os arranjos institucionais, por exemplo, podem ser definidos como um conjunto de normas que compõe o programa de ação governamental devidamente estruturado, tal como proposto por Bucci (2013), ao estabelecer os fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. Tais normas, processos e instituições jurídicas conformam os modos de articulação e interação de atores institucionais direta ou indiretamente ligados às políticas públicas (BUCCI e COUTINHO, 2017). Definem a forma particular de coordenação desses atores

e interesses, determinando a capacidade técnico-administrativa e política do Estado na implementação de uma política pública específica (GOMIDE e PIRES, 2014).²⁰

A noção de arranjos jurídico-institucionais traz, assim, a possibilidade de discussão crítica “interna” às políticas públicas, em oposição aos juízos e às interpretações “externas” usualmente feitos por juristas, normalmente voltados para a análise da legalidade ou constitucionalidade de tais políticas (BUCCI e COUTINHO, 2017).

O conceito de gargalos jurídico-institucionais, por sua vez, relaciona-se diretamente à implementação das políticas públicas. Para além das conquistas e transformações jurídico-institucionais, há circunstâncias nas quais se pode atribuir ao Direito, direta ou indiretamente, a responsabilidade por mitigar capacidades estatais técnicas ou políticas, ou por obstruir, de qualquer outra forma, a implementação adequada e a efetividade de políticas públicas. O Direito, não raro, é ele próprio um dos principais “gargalos” à efetividade e à potencialidade democrática das políticas públicas que estrutura (COUTINHO, 2016, p. 248; BUCCI e COUTINHO, 2017). Os dois conceitos podem ser aplicados nas mais diversas áreas de políticas públicas e podem aproximar o debate jurídico de um campo de pesquisa mais amplo e de natureza multidisciplinar.

Evidentemente, essa aproximação do Direito com os estudos de implementação de políticas públicas implica mudanças na própria concepção de Direito e dos papéis dos juristas (CLUNE, 1983; CLUNE e LINDQUIST, 1981). A perspectiva jurídica sobre a agenda de estudos de implementação de políticas públicas, embora promissora, ainda tem se desenvolvido de forma incipiente no Brasil, girando em torno, de maneira geral, do impacto das decisões judiciais na implementação de políticas públicas, como no caso das políticas de saúde (TERRAZA, 2008; WANG *et al.*, 2014), previdência (ALVES, 2021) e assistência social (OLIVEIRA, SILVA e MARCHETTI, 2018).

A compreensão do dia a dia da gestão pública, o olhar jurídico sobre as burocracias e execução de programas governamentais, além dos desafios teóricos, exigem também estratégias metodológicas. Nessa linha, as trilhas abertas pela ampliação dos estudos jurídicos de natureza empírica nos últimos 15 anos no Brasil (SILVA, 2016) podem apontar caminhos metodológicos possíveis para pesquisas que optem, do ponto de vista teórico, por se aproximar dos debates sobre implementação de políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dificuldades e os desafios na construção de uma pesquisa de caráter multidisciplinar passam necessariamente pela aproximação dos distintos campos do conhecimento. Ao dialogar com a

...

²⁰ Sobre as diversas dimensões da capacidade estatal, *vide* Cingolani (2013) e sobre a construção de capacidades legais para o desenvolvimento, *vide* Trubek, Coutinho e Schapiro (2013).

literatura sobre políticas públicas, o artigo buscou sintetizar os principais debates e argumentos fornecidos pelo neoinstitucionalismo histórico e pelos estudos de implementação apontando para caminhos de construção de uma agenda de pesquisa em Direito voltada especialmente para a compreensão da fase de implementação de políticas públicas.

Aprofunda-se, assim, o diálogo do Direito com a Ciência Política contemporânea. Os estudos jurídicos podem introduzir os conceitos de instituição, atores políticos e políticas públicas em suas análises, e, simultaneamente, trazer para o centro dos estudos de implementação de políticas, o papel das regras jurídicas, das proposições legislativas e das decisões judiciais sobre a ação estatal.

AGRADECIMENTOS

A autora agradece ao Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) pela concessão da bolsa na Alemanha (Winterkurz) e à Law and Development Research Network pelo apoio financeiro para a apresentação da pesquisa na 4th Annual Conference realizada em Berlim, em 2019.

Agradece também aos integrantes do grupo Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), ao orientador da tese de doutorado que gerou este artigo, professor Diogo Coutinho, e ao supervisor do trabalho na Alemanha, professor Sergio Costa. Agradece, por fim, aos membros da banca examinadora, Raquel Rolnik, Betânia Alfonsin, Maria Paula Dallari Bucci, Eduardo Marques e Edesio Fernandes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Clara. *Juízes ou burocratas?* Práticas, estereótipos e discricionariedade da judicialização da previdência rural no Brasil. 2021. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e Aplicações da Abordagem Direito e Políticas Públicas. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo; FOSS, Maria Carolina.; MOUALLEM, Pedro Salomon (orgs.). *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017. p. 313-339.

BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de. O estado da arte na abordagem direito e políticas públicas em âmbito internacional: primeiras aproximações. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 833-855, set./dez. 2019.

CASTRO, Henrique A. The Legal Construction of Power in Deliberative Governance. *Law and Social Inquiry*, Cambridge, v. 45, n. 3, p. 728-754, ago. 2020. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/law-and-social-inquiry/article/abs/legal-construction-of-power-in-deliberative-governance/B664BC529EF98823784ECD70ACA8EE83>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CINGOLANI, Luciana. The State of State Capacity: A Review of Concepts, Evidence and Measures. *UNO-MERIT Working Paper Series*, Maastricht, n. 53, 2013. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/978997/guid-25cb727f-2280-41f0-a1da-ecf3ac48230f-ASSET1.0.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CHILVARQUER, Marcelo. Aplicando o quadro de referência para análise jurídica de políticas públicas: a implementação do Programa Minha Casa Minha, Vida Faixa 1, no Município de São Paulo. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1116-1141, set./dez. 2019. doi: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.442>

CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 2, n. 1, p. 1-39, 1993.

CLUNE, William H. A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. *Iowa Law Review*, Iowa, v. 69, p. 47-125, 1983. Disponível em: <https://api.law.wisc.edu/repository-pdf/uwlaw-library-repository-omekav3/original/8d873d67985368c8bd27c7bae4218a6694a7cae9.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CLUNE, William H.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 1.044-1.116, 1981. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/wlr1981&div=38&id=&page=>. Acesso em: 23 nov. 2022.

COSTA, Bruno; BRONZO, Carla. Intersetorialidade no enfrentamento da pobreza: o papel da implementação e da gestão. In: FARIA, Carlos de (org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2012.

COUTINHO, Diogo R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento econômico. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 214-262, 2016.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos (orgs.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; LEVY, Mariana; PAULA, Pedro de. Direito e inovação em compras públicas: o caso do Programa Nacional de Alimentação Escolar. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 203-228, 2022. doi: <https://doi.org/10.21783/rei.v8i2.726>

COUTINHO, Diogo R.; MOUALLEM, Pedro S. B. Gargalos jurídico-institucionais à inovação no Brasil. In: COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul V.; SCHAPIRO, Mario G. (orgs.). *Direito econômico atual*. São Paulo: Método, 2015. p. 85-119.

DAVIES, Jonathan S.; TROUNSTINE, Jessica. Urban Politics and the New Institutionalism. In: CLARKE, Susan; JOHN, Peter; MOSSBERGER, Karen (orgs.). *The Oxford Handbook of Urban Politics*. Nova York: Oxford University Press, 2012.

DROR, Yehezkel. Public Policymaking Reexamined. 2. ed. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1989.

EASTON, David. An Approach to the Analysis of Political Systems. *World Politics*, Cambridge, v. 9, n. 3, p. 383-400, abr. 1957. doi: <https://doi.org/10.2307/2008920>

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2012.

FONTES, Mariana Levy Piza. *Direito e política urbana: a implementação do plano diretor de São Paulo*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

GOMIDE, Alexandre; PIRES, Roberto. *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014.

HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary. As três versões do neoinstitucionalismo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 58, p. 193-223, 2005.

HAM, Cristopher; HILL, Michael. *The Policy Process in the Modern Capitalist State*. Londres: Harvester Wheatsheaf, 1993.

HILL, Michael; HUPE, Peter *Implementing public policy*. Londres: Sage Publications, 2009.

HECLO, Hugh. Issue Network and the Executive Establishment. In: KING, Anthony (org.). *The New American Political System*. Washington: American Institute for Public Policy Research, 1978.

HOGWOOD, Brian; GUNN, Lewis. *Policy Analysis for the Real World*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

IMMERGUT, Ellen. The Theoretical Core of the New Institutionalism. *Politics and Society*, Nova York, v. 26, n. 1, p. 5-34, mar. 1998. doi: <https://doi.org/10.1177/0032329298026001002>

IMMERGUT, Ellen. The Rules of the Game: The Logic of Health Policymaking in France, Switzerland and Sweden. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge University Press, 1992.

JENKINS, William. *Policy Analysis: A Political and Organizational Perspective*. Londres: Martin Robertson, 1978.

JOBERT, Bruno; MULLER, Pierre. *L'État en action: politiques publiques et corporatismes*. Paris: PUF, 1987.

KAGAN, Robert. Regulators and Regulatory Processes. In: SARAT, Austin. *The Blackwell Companion to Law and Society*. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

KNOKE, David. Networks of Elite Structure and Decision Making. In: GALASKIEWICZ, Joseph; WASSERMAN, Stanley (orgs.). *Advances in Social Network Analysis*. Nova York: Cambridge University Press, 1992. p. 274-295.

LASSWELL, Harold. *The Decision Process: Seven Categories of Functional Analysis*. College Park: University of Maryland, 1956.

LIEBERMAN, Evan. Causal Inference in Historical Institutional Analysis: A Specification of Periodization Strategies. *Comparative Political Studies*, Nova York, v. 34, n. 9, p. 1.011-1.035, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0010414001034009003>. Acesso em: 23 nov. 2022.

LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. Nova York: Russel Sage Foundation, 1980.

LOTTA, Gabriela. *Agentes de implementação: um olhar sobre as políticas públicas*. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 6, 2008, Campinas. *Anais...* Campinas. Disponível em: <https://gabrielaslotta.files.wordpress.com/2012/09/artigo-abcp.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

LOWI, Theodore J. American Business, Public Policy, Case Studies and Political Theory. *World Politics*, Cambridge, v. 16, n. 4, p. 677-715, 1964. doi: <https://doi.org/10.2307/2009452>

LOWI, Theodore J. Four Systems of Policy, Politics and Choice. *Public Administration Review*, Washington, v. 32, n. 4, p. 298-310, jul./ago. 1972. doi: <https://doi.org/10.2307/974990>

MACK, Ruth. *Planning and Uncertainty*. Nova York: John Wiley, 1971.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. A Theory of Gradual Institutional Change. In: MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

MARQUES, Eduardo. Transformações, avanços e impasses nas políticas urbanas brasileiras recentes. In: ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). *As políticas da política: desigualdades e inclusão nos governos do PSDB e do PT*. São Paulo: Editora Unesp, 2019. p. 245-268.

MARQUES, Eduardo. *Notas sobre a política e as políticas do urbano no Brasil* – Texto para discussão n. 18/2016. São Paulo: Centro de Estudos da Metrópole, 2016.

MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na ciência política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (orgs.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp; CEM, 2013.

MARQUES, Eduardo. Notas críticas à literatura sobre estado, políticas estatais e atores políticos. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 43, p. 67-102, 1997.

NOBRE, Marcos *et al.* *O que é pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. Judiciário e políticas públicas: o caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 39, n. 144, p. 652-670, jul./set. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/KFWgz8DscfYyJnvL84PjyrS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 nov. 2022.

PIMENTA, Raquel de Mattos. *Reformas anticorrupção e arranjos institucionais: o caso dos acordos de leniência*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

PIRES, Roberto. A implementação de políticas públicas nos encontros entre burocratas e destinatários: contribuições da sociologia do guichê. *In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS*, 40, 2016, Caxambu. *Anais...* Caxambu, out. 2016.

POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. *American Law Review*, Boston, v. 44, n. 1 p. 15, jan./fev. 1910.

PRESSMAN, Jeffrey; WILDAVSKY, Aaron. *Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland; or Why It's Amazing that Federal Programs Work at All*. Los Angeles: University of California Press, 1973.

ROSE, Richard. Comparing Public Policy: An Overview. *European Journal of Political Research*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 67-94, 1973.

SCHNEIDER, Mark *et al.* Building Consensual Institutions: Networks and the National Estuary Program. *American Journal of Political Science*, Bloomington, v. 47, n. 1, p. 143-158, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3186098>. Acesso em: 23 nov. 2022.

SHAPIRO, Martin. Law and Politics: The Problem of Boundaries. *In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (orgs.). The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SILBEY, Susan; SARAT, Austin. Critical Traditions in Law and Society Research. *Law & Society Review*, Amherst, v. 21, n. 1, p. 165-174, 1987. doi: <https://doi.org/10.2307/3053389>

SILVA, Fabio de Sá e. Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [s.l.], v. 3, n. 1, p. 24-53, jan. 2016. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/95/93>. Acesso em: 23 nov. 2022.

SIMON, Herbert. *Administrative Behavior*. Nova York: Free Press, 1945.

SKOCPOL, Theda. Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research. *In: EVANS, Peter; RUESCHEMEYER, Dietrich; SKOCPOL, Theda (orgs.). Bringing the State Back In*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

SMITH, Rogers. Historical Institutionalism and the Study of Law. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (orgs.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen. Historic Institutionalism in Comparative Politics. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics*. Historical Institutionalism in Comparative Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics*: Historical Institutionalism in Comparative Analysis. Cambridge University Press, 1992.

STOKER, Gerry. Governance as Theory: Five Propositions. *International Social Science Journal*, [s.l.], v. 50, n. 155, p. 17-28, 1998.

STONE, Clarence. Urban Regimes and the Capacity to Govern: A Political Economy Approach. *Journal of Urban Affairs*, [s.l.], v. 15, n. 1, p. 1-28, 1993.

STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen. Introduction: Institutional Change in Advanced Political Economies. In: STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen (orgs.). *Beyond Continuity*: Institutional Change in Advanced Political Economies. Nova York: Oxford University Press, 2005. p. 1-40.

TERRAZA, Fernanda. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

TOLEDO, Carlos José Teixeira de. O neoinstitucionalismo histórico como método de análise jurídica das políticas públicas: o estudo da trajetória da política de carreira docente. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 977-1.002, set./dez. 2019.

TORFING, Jacob. Path-Dependent Danish Welfare Reforms: The Contribution of the New Institutionalisms to Understanding Evolutionary Change. *Scandinavian Political Studies*, [s.l.], v. 24, n. 4, p. 277-309, 2001.

TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario Gomes. New State Activism in Brazil and the Challenge for Law. In: TRUBEK, David M. *et al.* *Law and the New Developmental State: The Brazilian Experience in Latin American Context*. [S.l.: s.n.], 2013. p. 28-62.

WANG, Daniel *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, São Paulo, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, 2014.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FONTES, Mariana Levy Piza. Direito e implementação de políticas públicas: caminhos para uma agenda de pesquisa. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2313, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202313>

Mariana Levy Piza Fontes

INTEGRANTE DO PROGRAMA DE PÓS-DOUTORADO E DOUTORA PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP). PROFESSORA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. PESQUISADORA VISITANTE DO INSTITUTO DE ESTUDOS LATINO-AMERICANOS DA UNIVERSIDADE LIVRE DE BERLIM. MESTRE PELA FACULDADE DE DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP). BACHAREL EM DIREITO PELA PUC-SP E EM CIÊNCIAS SOCIAIS PELA USP.

marilevy28@gmail.com

Poder por meio de perguntas: interrogatório do ex-presidente Lula

POWER THROUGH QUESTIONING: FORMER PRESIDENT LULA'S QUESTIONING

Débora Cabral¹

Resumo

Este artigo tem por objetivo identificar o exercício do poder institucional por meio de perguntas feitas pelo ex-juiz Sergio Moro quando do depoimento do ex-presidente Luiz Inácio "Lula" da Silva, em maio 2017. Para isso, serão analisadas as perguntas feitas pelo ex-juiz naquele momento. A forma como as perguntas são elaboradas é uma ferramenta de exercício de poder conhecida na Linguística, no entanto, no que tange à oitiva do acusado, ainda não há pesquisas no âmbito do Judiciário brasileiro. Para contribuir com essa área, o presente artigo investiga, quantitativa e qualitativamente, como as perguntas exerceram controle sobre a fala do acusado e até que ponto há características de confrontação nas falas do ex-juiz. O estudo tem como pressuposto teórico os estudos críticos do discurso desenvolvidos por Teun A. van Dijk (2018). Os resultados mostram que o estilo de fazer perguntas adotado pelo ex-juiz naquele episódio tem traços acusatórios e lembra interrogatórios policiais.

Palavras-chave

Linguística Forense; estudos críticos do discurso; poder institucional; interrogatório do ex-presidente Lula; perguntas ao acusado.

Abstract

This paper aims to investigate the exercise of institutional power through questions presented by former judge Sergio Moro in former president Luiz Inácio "Lula" da Silva's questioning in may 2017. For this, the questions asked by the former judge at that moment will be analyzed. Questioning is a well-known tool in Linguistics to exercise power, however, regarding the defendant's questioning, no research on Brazilian judicial setting was found. In order to contribute to this research gap, this paper investigates, by means of mixed methods, the control the former judge exercises through his questions, and the extent to which the former judge's utterances have adversarial traits. This study draws on Teun A. van Dijk's (2018) approach to critical discourse studies as the main underlying framework. The results show the former judge's questioning style on that questioning carries accusatory traits and resembles police interviews.

Keywords

Forensic Linguistics; critical discourse studies; institutional power; defendant's questioning of former president Lula; questions to the defendant.

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de contribuir com a área de pesquisa do Direito e da Linguística Forense, o presente artigo pretende analisar como um juiz exerce poder institucional quando faz perguntas a um acusado. Apesar de haver pesquisas em Linguística no Brasil sobre interrogatórios policiais (*e.g.*, MARQUES e CABRAL, 2012; MARQUES, 2008), não foi encontrada nenhuma que abordasse o interrogatório do acusado feito pelo juiz. Neste artigo, analiso a oitiva do então acusado ex-presidente Lula ao então juiz Sergio Moro, em maio de 2017, investigando tanto quantitativa quanto qualitativamente dois aspectos centrais: como a formulação das perguntas exerce controle sobre a fala do acusado e até que ponto existem características de confrontação nas falas do ex-juiz.

A oitiva do ex-presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva, presidida pelo juiz Sergio Moro em maio de 2017, foi consequência da maior investigação contra corrupção já feita no Brasil, conhecida como Operação Lava Jato. Lula, à época, era acusado de corrupção passiva, e sua condenação – decidida posteriormente pelo ex-juiz Sergio Moro – levou à sua prisão. A Operação Lava Jato teve um impacto considerável na luta contra a corrupção no Brasil, e levou à condenação de aproximadamente 134 indivíduos (MORO, 2019, p. 185). No entanto, também ocorreram fatos controversos, como o vazamento para a imprensa de um grampo telefônico entre Lula e a então presidente Dilma Rousseff e, até mesmo, o abandono da magistratura, por parte de Sergio Moro, e sua posse no cargo de Ministro da Justiça do governo que ganhou a eleição da qual Lula não pôde participar por estar preso. A relevância histórica da Operação Lava Jato justifica, portanto, a escolha do objeto de estudo. O material analisado é composto de 2 horas, 29 minutos e 54 segundos não contínuas de vídeo, já que só foram consideradas as interações entre o ex-juiz e o acusado nas quase quatro horas de oitiva. Nessas quase duas horas e meia, foram identificadas 356 perguntas, em 342 turnos de fala, do então juiz Moro.

O arcabouço teórico usado para a presente análise é composto pela abordagem de Teun A. van Dijk (2018) sobre os estudos críticos do discurso, por levar em consideração os participantes e a assimetria de poder inerente ao contexto institucional, bem como pelos conceitos-base de Michel Foucault (1980 e 1994). No que diz respeito ao controle que as perguntas exercem, foi usada a obra de Chris Heffer (2005), que relaciona o propósito das perguntas ao maior ou ao menor controle exercido. E, para analisar quão adversário foi o interrogatório, o trabalho de Karen Tracy e Russell M. Parks (2012) contribuiu com a indicação de facetas linguísticas que os autores consideraram caracterizar um “interrogatório duro”.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê que o interrogatório do acusado pelo juiz ou pela juíza seja a última parte do processo (BRASIL, 2017), considerando que o julgador já teve acesso a todas as informações fornecidas, tanto pela acusação quanto pela defesa, e, assim, terá a oportunidade de sanar qualquer dúvida remanescente. Esse contexto leva a uma expectativa de interação entre quem pergunta e quem responde, já que interações institucionais têm padrões previamente definidos e atores específicos.

Para que se entenda melhor tal interação, é importante trazer à tona os diferentes papéis que um juiz pode assumir em um interrogatório. Desde que foi promulgada a Constituição Federal de 1988 (CF/88), o papel do juiz já foi revisado e repensado diversas vezes e ainda há discussão na doutrina jurídica a esse respeito. Alguns teóricos, como Eugenio Florian (1933, p. 318-319 *apud* MIRZA, 2010, p. 552), sugerem que o juiz é responsável por buscar a verdade. Para outros, como Silva (2016, p. 174-183), o papel do juiz não é questionar se a verdade foi alcançada por meio das provas coletadas, mas sim questionar se as provas coletadas permitem concluir que os argumentos da acusação foram provados ou não. Há ainda uma terceira vertente, que defende uma natureza híbrida do processo (MORAES, 2014).

O artigo 141 do Código de Processo Civil (CPC), que disserta sobre os poderes, os deveres e as responsabilidades do juiz, prevê que o juiz tomará a decisão dentro dos limites propostos pelas partes, e que a ele é negado o conhecimento de questões que não estejam no processo, já que é responsabilidade das partes levá-las ao processo (OAB RS, 2015, p. 150). O fato de isso estar explicitado na revisão feita em 2015 é uma evidência de que uma prática diferente a essa era comum. Como essa mudança é relativamente recente, é possível pressupor que os diferentes papéis assumidos pelo juiz coexistam na prática ainda hoje. Isso é importante para a análise porque cada papel exerce o poder de maneira diferente. Como um “examinador de provas”, o juiz tem um papel inquisitorial, e, como um “investigador da verdade”, um papel acusatório. Um híbrido, como o nome diz, terá característica dos dois. Cada um desses papéis exercerá controle sobre a voz do acusado em uma oitiva.

Essas diferentes formas de ver o papel do juiz se devem às mudanças (historicamente recentes) que a CF/88 trouxe. O Código de Processo Penal (CPP) teve sua primeira versão escrita em 1941, um momento de ditadura no país. Algumas das revisões feitas nele a partir da promulgação da Constituição dizem respeito exatamente aos direitos do acusado, como a obrigatoriedade da presença do advogado de defesa durante o interrogatório e a colocação do interrogatório ao final do processo (MORAES, 2014). No entanto, um dos vestígios da versão anterior do código, mais acusatória, é o fato de não haver diferença entre o interrogatório do acusado pelo juiz e pelo policial. O CPP indica as mesmas diretrizes para ambos sob o título “interrogatório do acusado”.

As interações entre policiais e acusado e juiz e acusado diferem em vários aspectos, inclusive no papel que cada um exerce no processo. Enquanto o policial atua na fase em que as provas ainda estão sendo colhidas, o juiz deve buscar nas provas já colhidas a verdade dos fatos, de modo a manter sua imparcialidade (BRASIL, 2008). Nesse sentido, juízes que se veem como “examinadores de provas” exercem um maior controle nas perguntas, que predominantemente se limitam a confirmações e esclarecimentos, já que eles se propõem a basear suas perguntas nas evidências coletadas. Juízes que se veem como “investigadores da verdade” querem determinar se a pessoa é culpada, o que leva a uma interação mais adversária no exercício do poder institucional, apesar de exercerem menos controle.

1. ARCABOUÇO TEÓRICO

Para analisar o exercício de poder institucional, a abordagem sociocognitiva de van Dijk (2018) oferece um aparato analítico útil. A partir do conceito de “modelos mentais”, que são construções sociais e culturais que moldam a forma como entendemos o mundo (VAN DIJK, 2018, p. 21-29), o autor desenvolve a ideia de “modelos de contexto”, que leva em consideração lugar da interação; tempo; participantes e seus papéis, identidades e relações; e como seus discursos se adaptam a ações comunicativas específicas (VAN DIJK, 2018, p. 30-31). Essa abordagem permite-nos examinar melhor o poder institucional por entender os atores sociais como membros de um grupo e que, como tais, compartilham conhecimento, “assim como *attitudes, ideologias, normas e valores*[,] com outros membros de vários tipos de grupos sociais” (VAN DIJK, 2018, p. 31, ênfase do original, tradução nossa).

1.1. PODER INSTITUCIONAL

O estudo do poder analisa por que algumas pessoas “conseguem coisas” e outras não (CONLEY e O’BARR, 2005, p. 8). A análise do poder institucional verifica como normas institucionais determinam a pessoa “que consegue”. Nas instituições há uma ordem na qual os eventos ocorrem, regras de interação e uso especializado da língua. Essas dinâmicas sociais não foram previamente pensadas e implementadas por um poderoso desconhecido. Como Foucault (1980, p. 159) coloca,

[e]stas táticas foram inventadas e organizadas a partir de condições locais e necessidades específicas. Elas tomaram forma de maneira gradativa, anterior a qualquer estratégia de classe desenhada para fundi-las em conjuntos vastos e coerentes. Deve ser notado também que esses conjuntos não consistem em uma homogeneização, mas sim em um jogo complexo de apoios de engajamento mútuo, mecanismos diferentes de poder que retêm toda sua especificidade. (Tradução nossa)

Toda essa organização se dá a partir da necessidade dos atores sociais nas interações. Como Heffer (2005, p. 10) pontua, criar novos discursos a cada nova interação demandaria uma “carga cognitiva grande demais” (tradução nossa), portanto, são criados padrões para serem seguidos nas interações. Analisando essas interações padronizadas, é possível identificar como “procedimentos de poder são adaptados, reforçados e transformados” (FOUCAULT, 1980, p. 142).

Foucault (1980, p. 164) também enfatiza a importância de especificar quem são os participantes, qual é a situação em que a relação de poder acontece e como e onde acontece, de forma a identificar, ou restringir, que tipo de exercício de poder ocorre. Na situação analisada no presente artigo, a instituição (onde) define os participantes (quem), e as especificidades do interrogatório do acusado determinam a situação (o que) e as restrições linguísticas (como) ao exercício do poder. É a estrutura tratada por Diana Eades (2010, p. 32) quando menciona

que “turnos de fala são regulados dentro de uma estrutura de participação hierárquica e governada por regras”; isto é, o ambiente institucional determina quem fala, quando fala, o que fala e como fala.

Quando a instituição é o Judiciário, o conceito de poder está relacionado a uma rede que se espalha e que é sustentada por mecanismos estruturais da instituição, relações interpessoais entre juízes, promotores, advogados e o público leigo (testemunhas, vítimas e acusado), conhecimento especializado de leis, doutrinas e jurisprudências, e comportamento linguístico. O público leigo está no nível mais baixo da “hierarquia organizacional” (GIBBONS, 2003, p. 75) de um tribunal. Na outra extremidade do espectro, os juízes são os participantes mais poderosos. Além de ter o conhecimento legal para controlar os procedimentos e a pertinência dos tópicos abordados (MALEY, 1995 *apud* GNISCI e PONTECORVO, 2004, p. 967), eles fazem com que as “regras de evidência” (*rules of evidence*) sejam seguidas (EADES, 2010, p. 33) e detêm o conhecimento institucional e o controle do que pode ser feito e dito, por quem e quando. Próximo aos juízes estão os promotores e advogados, que têm o conhecimento legal, conhecem as regras de interação e têm certo controle sobre as narrativas que estão sendo contadas.

Baseado no que foi explicado anteriormente, é possível afirmar que ter conhecimento institucional é ter poder institucional. O público leigo não tem o mesmo treinamento e compreensão (HEFFER, 2005, p. 15), tampouco o conhecimento especializado dos demais participantes. Juízes, promotores e advogados são ensinados não só a identificar o que é judicialmente relevante para o caso em questão (MERTZ, 1996 *in* CONLEY e O’BARR, 2005, p. 134-135), mas também a usar “temas, rótulos e itens lexicais” (EADES, 2010, p. 49, tradução nossa) que desencadearão “modelos mentais” (VAN DIJK, 2003, p. 21-29) para emoldurar suas narrativas no tribunal. O conhecimento a respeito do funcionamento da instituição permite, portanto, que “membros de um grupo” usem a “linguagem a serviço do conhecimento” (HYMES, 1996, p. 115, tradução nossa).

As perguntas são uma ferramenta conhecida de exercício de poder, seja no estágio adversário de um processo no sistema *common law* (COULTHARD e JOHNSON, 2007; EADES, 2010; GIBBONS, 2003; HEFFER, 2005, 2010; STYGALL, 1994), seja em interrogatórios policiais (INBAU *et al.*, 2004; SHUY, 1998; VRIJ, HOPE e FISHER, 2014). A próxima seção explica como cada participante usa perguntas para limitar e guiar as respostas do respondente.

1.2. PERGUNTAS COMO FORMA DE CONTROLE EM TRIBUNAIS

Perguntas em um âmbito forense estão relacionadas aos mecanismos de poder que o contexto impõe. Em um interrogatório judicial ou policial, fica claro quem faz as perguntas e quem é compelido a respondê-las (GIBBONS, 2008, p. 115; GNISCI e PONTECORVO, 2004, p. 967; HAWORTH, 2006, p. 740). Ter controle das perguntas a serem feitas permite ao inquisidor limitar o tópico (GNISCI e PENTECORVO, 2004, p. 967), a quantidade de informação que

pode ser dada na resposta (COULTHARD e JOHNSON, 2007, p. 102-106; GIBBONS, 2003, p. 103-107; HEFFER, 2005, p. 94) e, até mesmo, infiltrar informações (ALDRIDGE e LUCHJENBROERS, 2007, p. 94). Portanto, ter o controle das perguntas significa ter poder.

No sistema *common law*, dois lados opostos constroem narrativas opostas para ouvintes que tomarão uma decisão (júri e juiz). De um lado, um advogado (ou promotor) ajuda sua testemunha a tornar a narrativa legalmente relevante usando paráfrases, ou melhorando e guiando a narrativa, por exemplo (HEFFER, 2005, p. 108). Do outro lado, o outro advogado (ou promotor), quando interroga a mesma testemunha, tenta desacreditar aquela narrativa, podendo, como estratégia, desacreditar a própria testemunha (ALDRIDGE e LUCHJENBROERS, 2007, p. 87; GIBBONS, 2003, p. 112; GNISCI e PONTECORVO, 2004, p. 972).

As estratégias de controle são variadas. Um promotor/advogado pode criar uma realidade alternativa e imputar diálogos ao acusado de forma a moldar a cena como melhor lhe convenha (BAFFY e MASTERS, 2015, p. 144), ou incluir sorrateiramente informações nas perguntas, de forma a construir uma imagem negativa do acusado para o júri ou o juiz (ALDRIDGE e LUCHJENBROERS, 2007, p. 87). Além disso, o advogado de defesa pode dar mais espaço para o seu cliente falar do que o advogado de acusação, a depender do tipo de informação que pedem ao acusado, se uma narrativa, uma especificação ou uma confirmação (HEFFER, 2005, p. 111-112). Na verdade, as estratégias de controle dos advogados estruturam e moldam as histórias da forma como eles querem que sejam contadas (EADES, 2010, p. 47; HEFFER, 2005, p. 102-125; COULTHARD e JOHNSON, 2007, p. 97-111). Dessa maneira, quanto mais controle as perguntas exercem, mais poder exerce o inquisidor.

No Brasil, não obstante compartilharmos essa característica adversária no interrogatório de testemunhas, no interrogatório do acusado o principal inquisidor é o juiz. Apesar de, aparentemente, não existirem pesquisas específicas sobre o papel do juiz no interrogatório do acusado, outras pesquisas mostram que juízes são influenciados por suas ideologias. Tracy e Parks (2012) analisaram perguntas feitas em tribunais de apelação nos Estados Unidos e descobriram que os juízes eram mais “duros” nas perguntas que faziam para os advogados que defendiam visões ideológicas opostas às suas quanto à questão do casamento entre pessoas de mesmo sexo. Philips (1998) analisou as perguntas feitas por juízes quando emitiam suas sentenças e identificou traços ideológicos nas decisões. Esse comportamento não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, porque contradiz o princípio de imparcialidade (BRASIL, 2008). Consoante a exigência de imparcialidade, o papel do juiz é ser “examinador de provas”; suas perguntas devem ser baseadas nas evidências apresentadas, e suas decisões não devem considerar informações ou fatores externos.

1.3. PERGUNTAS COMO FORMA DE CONTROLE EM ENTREVISTAS POLICIAIS

No âmbito policial, até o começo do século XX, abusos físicos eram prática comum no Brasil para obter uma confissão (OLIVEIRA, 2015). Ocorreu uma mudança na legislação quando o Brasil se tornou um Estado Democrático de Direito, com a CF/88 (OLIVEIRA, 2015).

Portanto, ao não diferenciar interrogatório policial de interrogatório judicial, o CPP original, escrito em 1941, carrega em sua letra sobre interrogatório traços acusatórios. Daí a pertinência de se discutir também as características e o exercício de poder nas perguntas em entrevistas policiais.

Primeiro, no tocante à terminologia, prefere-se hoje o uso da palavra “entrevista” em detrimento de “interrogatório”, porque o último tem caráter mais acusatório e sugere a intenção primeira de conseguir uma confissão, enquanto a primeira é um evento de “busca de fatos” (SHUY, 1998, p. 188). O objetivo de uma entrevista investigativa é que os policiais estabeleçam se o suspeito está sendo verdadeiro (VRIJ, HOPE e FISHER, 2014, p. 130) por meio de autogeração de informação do próprio suspeito (SHUY, 1998, p. 189). Portanto, a assimetria explícita de poder institucional tende a ser diminuída para que o acusado/suspeito se sinta confortável para falar livremente (SHUY, 1998, p. 189).

De modo ideal, em uma entrevista com perguntas que buscam reunir informações (INBAU *et al.*, 2004, p. 6), é importante que seja estabelecida uma boa relação com o acusado/suspeito, que o entrevistador lhe explique as acusações e peça a sua versão dos eventos (VRIJ, HOPE e FISHER, 2014, p. 132). Em outras palavras, policiais devem exercer menos controle por meio das perguntas, e, conseqüentemente, menos poder, para que o suspeito fale mais. Outras estratégias incluem acomodar o discurso policial a um registro mais informal (SHUY, 1998, p. 189) e não interromper (INBAU *et al.*, 2004, p. 105).

Na prática, Haworth (2006, p. 744) identificou quatro tipos de pergunta no seu estudo sobre entrevista policial: a que busca por informação; a que busca por confirmação; a que busca por explicação; e a que é acusatória. Ao analisar algumas entrevistas, ela observou que até naquelas em que o objetivo era deixar o suspeito falar, quando o policial tinha seu poder desafiado, ele usava repetições e perguntas que exerciam mais controle (HAWORTH, 2006, p. 747). Ou seja, mesmo em uma interação que pretende balancear a assimetria de poder para que o suspeito fale mais, o exercício do poder institucional é usado como estratégia quando o poder do participante mais poderoso é desafiado.

2. METODOLOGIA

Como explicado na Introdução, o objeto deste estudo é a oitiva do ex-presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva (LL) pelo ex-juiz Sergio Moro (JM). Os dados coletados somam quase duas horas e meia de vídeo. Além do vídeo (DEPOIMENTO..., 2017), a transcrição oficial (SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ, 2017) também foi usada para a produção da transcrição linguística. A transcrição oficial por si só não era suficiente para essa análise por ser uma “transcrição naturalizada”, que privilegia características escritas (BUCHOLTZ, 2000, p. 1461-1462). Por exemplo, perguntas com entonação de pergunta eram representadas com ponto de interrogação ao final, mas perguntas que não tinham tal entonação eram representadas com reticências, que podem inferir diferentes aspectos interacionais. A transcrição

seguir a convenção de Jefferson (*apud* HEPBURN e BOLDEN, 2013).¹ Na seleção dos dados a serem usados, primeiro foi feito um processo de eliminação do que não era pergunta: discussões paralelas sobre a permissão do uso do celular, apresentação do número do processo ao reiniciar as gravações depois dos intervalos, esclarecimento de datas, etc. Em seguida, foram consideradas todas as falas do ex-juiz que se dirigissem ao acusado e selecionadas as que explicitamente pediam uma resposta e, por fim, as que, por consequência do ambiente institucional, foram respondidas.

Definir o que é uma pergunta não é tão fácil quanto pode parecer. Heritage (2002, p. 1427) descreve pergunta a partir do propósito de buscar informação e da sintaxe interrogativa. Sua pesquisa considerou resposta como um colaborador na construção da pergunta (HERITAGE, 2002, p. 1443). A pesquisa de Tracy (2004, p. 206), por sua vez, constatou que algumas perguntas não eram interrogativas. Gnisci e Pontecorvo (2004, p. 971) alertam que o contexto pode levar uma afirmação a ser interpretada como “um item de informação” ou como a requisição de uma resposta. Como o evento analisado no presente artigo se deu em uma instituição judicial, e em razão do estágio do processo, a maior parte das falas do ex-juiz na interação com o acusado foi identificada como demandas de uma resposta ou, no mínimo, uma confirmação de que foi ouvido. Na análise da Tracy (2009, p. 26) sobre práticas de questionamento de juizes, ela estabeleceu que, “com a exceção de comentários relacionados a formato e estrutura, em que o juiz reconhecia que estava falando e indicava quando deveriam parar de falar, praticamente todas as falas do juiz tinham a força de uma pergunta” (tradução nossa). Levando isso em consideração, todas as falas do ex-juiz Moro que resultaram em uma pergunta ou em uma confirmação de compreensão, de que foi ouvido, foram classificadas como perguntas, mesmo que seu propósito tenha sido apenas de esclarecimento.

...

1 CONVENÇÕES DE TRANSCRIÇÃO

[	Sobreposição
[]	Sobreposição ao fundo
=	Sem espaço entre pergunta e resposta
.	Entonação final para baixo
(.)	Micropausa
,	Entonação que indica continuação
?	Entonação que indica pergunta
-	Corte
:	Alongamento de som
underlying	Ênfase
CAPITAL LETTER	Volume alto
><	Rapidez
(1)	Pausa de 1 segundo (HEPBURN e BOLDEN, 2013, p. 59-62)

Entrando mais especificamente no aspecto linguístico das perguntas, a literatura acadêmica define “pergunta” a partir do propósito que ela tem na interação (GIBBONS, 2003, p. 95; HEFFER, 2005, p. 112; HERITAGE, 2002, p. 1427) e classifica esses propósitos ou tipos de perguntas em um espectro de controle. Para identificar o propósito que as perguntas do ex-juiz tinham, foi adotada a classificação de Heffer (2005, p. 112): pedido de narrativa, pedido de especificação e pedido de confirmação. Contudo, também tive de expandir para mais duas classificações: pedido de esclarecimento e fornecimento de esclarecimento. A escolha pela classificação de Heffer em detrimento das de outros autores se deve ao pequeno número de categorias e porque ela é mais facilmente aplicada a outras línguas, que não o inglês.

Por meio da aplicação da categorização de Heffer para analisar as perguntas do ex-juiz, os propósitos das perguntas foram identificados e quantificados para que se pudesse discutir os traços estilísticos de questionamento em termos de poder e controle sobre o discurso do acusado. No entanto, o reconhecimento de que o ex-juiz mais ou menos controlou a fala do acusado não é suficiente, uma vez que o ambiente institucional e o momento do processo já restringem bastante a voz do acusado, como visto na Introdução deste artigo. Por isso, foi feita então uma análise de quão adversário é o estilo do ex-juiz.

Um estilo adversário ou “duro” é esperado de advogados quando questionam testemunhas que não são suas (COULTHARD e JOHNSON, 2007, p. 105-111; ALDRIDGE e LUCHJENBROERS, 2007, p. 93-105); também é esperado de policiais (ALDRIDGE e LUCHJENBROERS, 2007, p. 92). No entanto, por ter que garantir tratamento igual às partes (BRASIL, 1988, art. 139, I), é esperado dos juízes brasileiros um equilíbrio entre interrogatório amigável e interrogatório mais duro. Analisar quão duro foi o estilo do ex-juiz no interrogatório examinado, visa, então, compreender como o poder institucional é representado em traços linguísticos de “perguntas duras”.

A presença de ideologia na chamada “imparcialidade judicial” é um tópico comum de pesquisa (BUSHWAY e PIEHL, 2001; CHOI *et al.*, 2016; HEFFER, 2005; HENNING, 1999; PHILIPS, 1998; ULMER e JOHNSON, 2004; ULMER, 2012; entre outros). No que tange a perguntas, Tracy e Parks (2012) identificaram traços de “perguntas duras” em perguntas feitas por juízes em cortes de apelação nos Estados Unidos. Os autores descobriram que as características das perguntas feitas para cada uma das partes, a favor e contra casamento do mesmo sexo, dependiam da posição ideológica do juiz a respeito do assunto.

Para identificar “perguntas duras” nos dados analisados neste artigo, reproduziu-se o modelo de Tracy e Parks (2012). Os autores consideraram as perguntas “duras” quando os juízes i) faziam mais perguntas para uma parte do que para a outra; ii) elaboravam perguntas mais complexas; iii) insistiam em um mesmo tópico, resultando em um número grande de turnos de fala sobre o mesmo assunto; iv) começavam seu turno interrompendo o advogado; v) começavam o turno de fala com negações; e vi) usavam perguntas hipotéticas. Levando em conta o ordenamento jurídico brasileiro, que tem o juiz como principal inquisidor, a primeira categoria não

é aplicável à presente análise — pois, em um interrogatório, as perguntas são feitas a apenas uma das partes —, mas as outras o são.

No que diz respeito à complexidade das perguntas, Tracy e Parks (2012, p. 14) definem complexidade apenas pelo tamanho das falas. Portanto, neste artigo a referência será a “tamanho da pergunta” e não a “complexidade da pergunta”. Outro traço que não é muito bem definido por Tracy e Parks é a “insistência no tópico”. Eles a relacionam tão somente à colocação sequencial dentro de uma mesma fala (TRACY e PARKS, 2012, p. 14). Ante a insuficiência dessa forma de medida para o objetivo do presente artigo, para identificar a insistência em um mesmo tópico foi usado um programa de análise de linguística de *corpus* chamado Sketch Engine. Nesse programa, foram identificados os dez substantivos mais frequentes (depois de eliminados os vocativos) dentro do escopo do tópico analisado. Em uma primeira análise qualitativa, foram definidos cinco grandes assuntos: i) instrução; ii) apartamento tríplice; iii) Petrobras; iv) Mensalão; e v) atitudes do acusado no decorrer do processo. Em uma análise quantitativa, 50% dos turnos de fala do ex-juiz abordam a questão do tríplice, daí a escolha desse assunto para exemplificar a insistência em um tópico. Dos 171 turnos de fala, houve 78 ocorrências da palavra “apartamento”, 40 ocorrências de “OAS”, 37 de “reforma”, 33 de “esposa”, 30 de “tríplice”, 29 de “conhecimento”, 23 de “Leo” (Léo Pinheiro), 19 de “cozinha” e 18 de “sítio”.

3. ANÁLISE DOS DADOS

3.1. CONTROLE EXERCIDO PELAS PERGUNTAS

Como já apresentado, ter controle sobre que perguntas fazer e como elaborá-las significa ter poder sobre a liberdade de fala do respondente. Na literatura acadêmica, que versa predominantemente sobre o sistema *common law*, é bem estabelecido que o ato de perguntar no âmbito de um tribunal tem grande importância na forma como a história é contada para o juiz e/ou júri (HEFFER, 2005, p. 65-72; COULTHARD e JOHNSON, 2007, p. 97-111). No caso brasileiro, é possível pensar que as perguntas feitas pelo juiz no interrogatório do acusado são multifuncionais, nos moldes da classificação de Heffer das perguntas. Portanto, cada pergunta carrega um propósito específico que influencia a quantidade de controle que o inquisidor exerce sobre o respondente.

Um pedido de narrativa dará ao acusado mais liberdade de fala e, conseqüentemente, a possibilidade de contar seu lado da história. Em contrapartida, também pode levar o acusado a divagar e fugir da pergunta, usando a oportunidade para falar o que ele acha importante, mesmo que não seja o que tenha sido perguntado. Um pedido de especificação busca mais informações sobre um tópico em particular. Tal pedido pode tanto levar a uma resposta curta e direta, formada por uma única palavra, como permitir certa liberdade de fala. Um pedido de confirmação restringe consideravelmente o tipo de resposta, já que quem pergunta acha que já sabe a resposta e só precisa de uma confirmação, um sim ou não. Um pedido de escl-

recimento tem como objetivo elucidar dúvidas ou verificar se o que o inquisidor entendeu está certo; portanto, no caso de dúvida, pode exigir uma explicação mais longa, e, no caso de verificação, pode restringir a resposta. Por fim, em um fornecimento de esclarecimento, o propósito de quem pergunta é ter certeza de que foi claro, o que não seria considerado uma pergunta se a interação não ocorresse em um ambiente jurídico, no qual o juiz é o inquisidor. O modelo de contexto faz com que o acusado responda, ou pelo menos dê sinal de que entendeu o que foi dito.

Os pedidos de narrativa foram identificados quando havia dicas narrativas (HEFFER, 2005, p. 113) com construções como “O senhor sabe explicar como/por que”, “o que o senhor acha que aconteceu” e o uso de verbos como “descrever” e “explicar” ou substantivos como “processo” e “explicação”. O Excerto 1, a seguir, traz alguns exemplos:

Excerto 1

JM: o senhor presidente sabe explicar por que em princípio nenhum dos executivos da OAS Empreendimentos ouvidos em juízo (.) informou ter conhecimento de que o senhor ex-presidente teria desistido da compra do apartamento tríplice?

[...]

JM: o senhor tem ideia como um jornalista lá em 2010 do Globo poderia ter feito uma matéria se referindo a essa cobertura tríplice que o senhor iria ficar nesse mesmo local nesse mesmo prédio?

[...]

JM: quanto à pergunta específica o senhor pode responder como era o processo de nomeação do presidente e diretores da Petrobras?

Nos exemplos apresentados, JM dá oportunidade para o acusado explicar a contradição entre os testemunhos e descrever o processo de nomeação de presidentes e diretores da Petrobras. Independentemente de o acusado responder ou desviar-se do tópico, JM está exercendo menos controle sobre as respostas do acusado.

Os pedidos de especificação incluem perguntas com “quem”, “como” e “onde”, que não se encaixam nos pedidos de narrativa (HEFFER, 2005, p. 113), e qualquer pergunta que demande informação. O Excerto 2 ilustra um pedido de narração seguido de dois pedidos de especificação, que buscam mais informações:

Excerto 2

JM: >o preço total da conta que levaria à aquisição do imóvel seria 95- 195 mil< (.) e a identificação do apartamento dormitórios como sendo apartamento 141 (.) do edifício návea que depois virou edifício salinas (.) quando o empreendimento passou à OAS. o senhor ex-presidente poderia me descrever as circunstâncias da aquisição dessa cota (.) correspondente a esse apartamento?

LL: é simplesmente a minha mulher resolveu comprar uma cota da cooperativa bancoop.

JM: o [sen=

LL: [e comprou

JM: o senhor acompanhou a senhora sua esposa [nessa ocasião?

LL: [não não não

JM: o senho:r ah ela relatou ao senhor ex-presidente como ela teria feito essa aquisição?

Os dados frequentemente apresentaram pedidos de especificação depois de pedidos de narrativa. Dezesete dos 42 pedidos de narrativa (40,5%) foram seguidos de pedidos de especificação. No exemplo, JM pede que LL descreva como adquiriu o triplex. Como o ex-juiz não conseguiu toda a informação que queria na resposta dada, ele fez perguntas mais específicas, de forma a ter mais controle sobre o que seria respondido. Como a resposta de LL foi apenas “minha mulher resolveu comprar uma cota”, JM pergunta se ele a acompanhou e se ela contou para ele como havia adquirido a cota. Apesar de pedidos de especificação buscarem informações específicas, perguntas como “ela relatou ao senhor ex-presidente como ela teria feito essa aquisição?” poderiam ter uma resposta mais longa. Essa possibilidade de o acusado dar uma resposta mais longa justifica Heffer (2005, p. 111) localizar pedidos de especificação exatamente abaixo de pedidos de narrativa no espectro de controle, antes de pedidos de confirmação.

Pedidos de confirmação incluem afirmações, “*tag questions*” (HEFFER, 2005, p. 113) e falas que citam uma afirmação anterior, demonstrando que JM não tinha dúvida nem havia compreendido errado o que havia sido dito. Alguns dos traços linguísticos que se repetiram foram: repetições sem entonação de pergunta; perguntas com o uso explícito de “confirmar”; ou expressões como “certo?” e “foi isso que aconteceu?”. O Excerto 3 traz um exemplo:

Excerto 3

JM: senhor ex-presidente o senhor deu uma entrevista em 2005 nove semanas após esse escândalo do mensalão a uma jornalista brasileira que trabalhava na França Melissa Monteiro que foi- passou no Fantástico essa entrevista está disponível inclusive na rede mundial de computadores e se encontra juntada nos autos. na ocasião o senhor disse o seguinte e aqui citando com aspas nós precisamos aproveitar esse momento que está acontecendo no Brasil para sermos mais duros para criarmos mais mecanismos de proteção do estado brasileiro (.) e vamos fazer gostar quem gostar doa a quem doer nós vamos continuar sendo implacáveis na apuração da corrupção (.) o senhor se recorda dessa entrevista e desse trecho?

Os pedidos de confirmação são os que exercem mais controle sobre a resposta do respondente na classificação de Heffer porque demandam como resposta apenas “sim” ou “não”. Depois de contextualizar a pergunta com a evidência previamente coletada, JM pede a

confirmação: “o senhor se recorda dessa entrevista e desse trecho?”. Não há dúvida de que a entrevista aconteceu, JM só espera como resposta um sim ou não.

A necessidade de expandir a classificação de Heffer surgiu da existência de falas de JM que foram consequência de algo que LL falou antes, e que diferem da maioria das perguntas que parecem ter sido previamente formuladas. Os pedidos de esclarecimento tiveram várias formas; no entanto, houve três predominantes: o uso de palavras ditas por LL, a repetição das próprias palavras e trechos explícitos de pedidos de esclarecimento. A Tabela 1, a seguir, resume a frequência das formas.

TABELA 1 — **FORMATO DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO**

CARACTERÍSTICAS DO FORMATO	QUANTIDADE DE OCORRÊNCIAS
USO DE PALAVRAS DITAS POR LL	42
REPETIÇÃO DE PALAVRAS USADAS POR JM	16
TRECHOS EXPLÍCITOS DE ESCLARECIMENTO	14
OUTROS	9
TOTAL	81

Fonte: Elaboração própria.

Mais da metade dos pedidos de esclarecimento feitos por JM incluiu palavras ditas antes por LL, seja repetindo uma ou mais palavras, relatando o que ele dissera, seja parafraseando o que fora dito da forma como JM entendeu. Outro formato consistiu no ex-juiz usar palavras que ele próprio havia usado anteriormente, parafraseando ou repetindo o que já tinha perguntado. Esse formato foi inesperado, já que não serviu para *fornecer* esclarecimento, mas para *pedir* esclarecimento. Além deles, trechos explícitos como “eu não entendi”, “para deixar claro”, “você pode esclarecer” e “não está claro para mim” somaram 17,5% dos pedidos de esclarecimento. Outros formatos incluem afirmações, um “é isso?” e repetições que não incluíam paráfrases nem palavras de JM ou LL.

No Excerto 4, a seguir, há três pedidos que, à primeira vista, poderiam ser classificados como pedidos de especificação, mas os pedidos se baseiam em uma fala anterior do acusado e, portanto, foram classificados como pedidos de esclarecimento.

Excerto 4

LL: doutor Moro o senhor se sente responsável

JM: hum

LL: da operação lava jato ter destruído a indústria da construção civil nesse país? (.) o senhor se sente responsável por 600 milhões de pessoas que já perderam o emprego no setor de óleo e gás da construção civil? Eu tenho certeza que não.

JM: o senhor entende que o que prejudicou essas empresas foi a [corrupção ou=

LL: [não é o método de combater a corrupção

JM: =o combate à corrupção?

LL: [o método

JM: [a que o senhor se refere?

LL: [é o que eu falei aqui

JM: é o processo contra as pessoas que pagaram propina?

LL: é que quando um juiz me desculpe isso quando um juiz e os acusadores se submetem à imprensa para poder prender as pessoas (.) aí tudo mais (.) é possível doutor

JM: de que forma que o juiz teria se [submetido à imprensa senhor ex-presidente?

Como resposta à pergunta se LL se sentia responsável pelo que as pessoas no seu governo tinham feito, LL responde com uma pergunta que culpa JM pela crise na indústria de construção civil devido às investigações da Operação Lava Jato. JM, então, usa o que LL disse: “o senhor entende que o que prejudicou essas empresas foi a corrupção ou o combate à corrupção?”. Essa estratégia de esclarecimento não apenas limita a resposta que LL pode dar, como enquadra o que LL havia dito de forma negativa, com uma ideia embutida de que LL seria contrário à luta contra a corrupção. As falas seguintes se baseiam nela e, algumas vezes, restringem mais a resposta de LL, e, outras vezes, dão mais chance para que LL fale mais livremente, como em “a que o senhor se refere?”.

A diferença entre um pedido de esclarecimento e um pedido de confirmação, dentro da expansão de classificação feita nesta pesquisa, é que o pedido de confirmação se baseia em informações previamente colhidas pelo ex-juiz, enquanto o pedido de esclarecimento se baseia em informação dada pelo acusado ou repetida na fala do ex-juiz e que este queira esclarecer ou desafiar. O Excerto 5 traz uma situação em que é possível ver um pedido de esclarecimento seguido de um de confirmação para, em seguida, haver outro pedido de esclarecimento baseado na resposta que fora dada:

Excerto 5

LL: é achismo

JM: essa matéria então não seria verdadeira? [*Pedido de esclarecimento*]

LL: não na minha opinião não (10.4)

JM: o Ministério Público senhor presidente afirma que o senhor transferiu formalmente este imóvel para o seu nome somente em decorrência da prisão do senhor Leo Pinheiro em novembro de 2014 e pela descoberta da- pela imprensa desse apartamento em dezembro de 2014 foi isso mesmo que ocorreu? *[Pedido de confirmação]*

LL: h doutor eu vou falar sobre o Ministério Público na hora que eu puder falar e depois de ouvi-los.

JM: certo. essa afirmação então não é verdadeira [que eles fazem? *[Pedido de esclarecimento]*

LL: [não é verdadeira

JM: não foi isso que aconteceu o senhor Leo Pinheiro foi preso=

LL: [não ;é verdadeira]

JM: =o apartamento foi descoberto pela imprensa e aí sim o senhor (.) ex-presidente e sua esposa [resolveram não ficar? *[Pedido de esclarecimento]*

Depois da recusa de LL a desenvolver o assunto, JM constrói seu pedido de esclarecimento a partir do que foi dito (“é achismo”) e tanto a construção negativa seguinte quanto o uso de “então” mostram a demanda do ex-juiz por uma posição mais clara do acusado. Isso também acontece quando LL evita o pedido de confirmação e o ex-juiz usa a mesma construção negativa somada a um “então”. Apesar de pedidos de confirmação e de esclarecimento serem similares, no Excerto 5 é possível ver que o pedido de esclarecimento dá mais liberdade de fala para o acusado do que o pedido de confirmação. Portanto, no que tange ao controle exercido por meio das perguntas, o pedido de esclarecimento seria mais controlador do que o pedido de especificação, mas menos controlador do que o pedido de confirmação.

Finalmente, fornecimentos de esclarecimento foram identificados quando as falas do ex-juiz incluíram a expressão “certo?” ao final, ou quando o acusado não entendeu a pergunta e o ex-juiz precisou esclarecer o que fora perguntado. Muitos fornecimentos de esclarecimento estão relacionados a falas que explicam os procedimentos, como exemplificado a seguir.

Excerto 6

JM: a: senhor presidente boa tarde já aqui desejei boa tarde antes eu vou esclarecer que o: senhor ex-presidente vai ser tratado com o máximo respeito (1) como qualquer acusado e igualmente pela condição do cargo que o senhor ocupou no passado. o senhor ex-presidente pode ficar absolutamente tranquilo quanto a isso. eu gostaria aqui de colocar mais uma vez para o senhor ex-presidente que esse interrogatório é um ato normal do processo (.) no fundo é a oportunidade que o senhor ex-presidente vai ter (.) de (.) falar no processo e apresentar a sua defesa diretamente. >seus advogados podem fazer isso< mas é a melhor oportunidade que o senhor tem de falar diretamente nos autos certo?

LL: certo.

Ao contrário, Heffer (2005, p. 114) descobriu que advogados adversários pedem mais confirmação às testemunhas da outra parte, enquanto pedem mais narrativas e especificações às próprias testemunhas. Independentemente de quem está controlando as perguntas, pesquisas anteriores reiteradamente indicam que há mais exercício de controle sobre o respondente na busca por confirmação do que na produção de narrativas.

Já que no Brasil o principal inquisidor no interrogatório do acusado é o juiz e é esperado dele que não tome partido, os resultados enquadram-se no comportamento esperado, que equilibra a complacência de dar ao acusado espaço de fala (11,8% de pedidos de narrativa) e o controle sobre as respostas do acusado (12,9% da soma de pedidos de confirmação e fornecimentos de esclarecimento). O que chama a atenção é a abundância de pedidos de especificação (52,5%). A busca por informações pode fazer parte do papel do juiz no interrogatório do acusado, já que o juiz precisa juntar os fatos que entende necessários para dar o veredito. Apesar de este ser apenas um estudo de caso e, conseqüentemente, os dados produzidos não poderem ser generalizados, eles mostram que o estilo de JM é mais adequado a outro ambiente forense, em que a prioridade é a busca por informação: a investigação policial.

Como mencionado anteriormente, a palavra “interrogatório” remete à busca por obtenção de confissão e, por isso, manifesta a presença de mais poder do que “entrevista”. Vrij, Hope e Fisher (2014, p. 130) vão mais adiante e distinguem dois estilos de entrevista: a que busca informação e a que é acusatória. A primeira “usa perguntas abertas, exploratórias para conseguir informação e estabelecer a culpa”, e a segunda “usa perguntas fechadas, de confirmação para conseguir confissão” (VRIJ, HOPE e FISHER, 2014, p. 130, tradução nossa). A partir dos resultados encontrados, o estilo de questionamento de JM se enquadraria na entrevista que busca informação.

De acordo com o CPC, o juiz deve ser um examinador de provas e usar apenas as provas coletadas pelas partes (OAB RS, 2015, p. 150). Nesse cenário, espera-se que as perguntas sejam predominantemente mais controladoras, com o uso de pedidos de confirmação e de esclarecimento, já que o papel do juiz é esclarecer, a partir das informações que já tem, as dúvidas que possam surgir. No entanto, os resultados da análise mostram que JM não exerce muito controle, uma vez que mais de 75% das perguntas são pedidos de especificação e de esclarecimento. Apesar de os pedidos de esclarecimento serem esperados, os 52% de pedidos de especificação mostram que JM estava procurando informações que não estavam no processo, estava em “busca da verdade”.

Apesar de essa característica de “busca da verdade” ter um traço acusatório no ambiente judicial brasileiro, a característica de “busca por informações” (explicitada pelos pedidos de especificação) é encontrada no cenário de entrevista policial, que propõe uma menor assimetria de poder. Entrevistas policiais dependem muito de perguntas de *follow up*, que se baseiam no que foi dito pelo suspeito (INBAU *et al.*, 2004, p. 7) – e, de acordo com os dados desta pesquisa, contam 40,5% dos pedidos de especificação – e nas informações geradas pelo suspeito (SHUY, 1998, p. 189), o que significa mais liberdade de fala para ele. Apesar

de predominantemente pedir especificações e dar oportunidade de narrativa a LL, JM também usou do controle das perguntas quando achou que as respostas não foram suficientes, como exemplificado no Excerto 2. Esse mesmo tipo de controle foi encontrado no âmbito policial pela pesquisa de Haworth (2006, p. 746-747).

Resumindo, as perguntas de JM enquadram-se nos propósitos de quem busca informação, pelo alto número de pedidos de especificação, e de quem precisa de elucidação, pelo uso de pedidos de esclarecimento. O fato de não exercer tanto poder distancia JM do papel de “examinador de provas” estipulado pelo CPC. A função de busca de informação, própria do pedido de especificação, exerce o nível de controle esperado em uma entrevista policial que busca informações.

3.2. CONFRONTAÇÃO

Poder pode ser exercido de diversas maneiras. No que tange ao poder institucional, o próprio ambiente dá mais ou menos poder a determinados participantes. No interrogatório do acusado, a estrutura social da instituição coloca o juiz na posição de maior poder. Como mostrado na subseção anterior, uma forma de exercer poder é controlar a voz do acusado por meio do tipo de pergunta que é feito (por exemplo, seu *design* e propósito). Quanto mais controle uma pessoa exerce, mais adversário seu interrogatório é. No entanto, controle é apenas uma entre várias características que correspondem a traços de confrontação. Nesta subseção, serão usadas as categorias de “interrogatório duro” de Tracy e Parks (2012) para analisar as falas de JM.

Tracy e Parks (2012) analisaram a interação entre juízes e advogados atuantes em cortes de apelação relacionada a casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados Unidos. Eles descobriram que os juízes tinham características linguísticas similares quando se dirigiam à parte da qual discordavam. Por exemplo, se os juízes eram contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo, eram mais duros com os advogados dos autores das ações, que buscavam o reconhecimento do direito de casar-se com alguém do mesmo sexo. Se os juízes eram a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo, eram mais duros com os representantes do Estado, que defendiam o casamento heteronormativo como única opção. As características compartilhadas das falas dos juízes naqueles casos e que se aplicam à presente pesquisa são: i) tamanho da pergunta; ii) insistência em um tópico; iii) interrupção; iv) sinalização negativa no começo da interação; e v) perguntas hipotéticas.

Nesta subseção de análise, as 356 perguntas viraram 342 turnos de fala de JM. Essa diferença se dá porque um turno de fala é definido por um curso de fala do juiz (TRACY e PARKS, 2012, p. 14). No presente artigo, como algumas partes da fala do ex-juiz foram descartadas por consistirem em interações com os advogados ou com o Ministério Público, um “turno” é considerado iniciado quando JM começa a contextualizar a pergunta ou explicitamente se dirige ao acusado, e terminado quando ele é interrompido, quando outro participante fala ou quando a entonação indica término.

Tracy e Parks (2012, p. 14) identificaram o tamanho da pergunta como um traço de “interrogatório duro”. Na sua pesquisa (2012, p. 17), descobriram que juízes que eram contra casamento entre pessoas do mesmo sexo costumavam usar turnos de fala mais longos ao se dirigirem aos advogados dos autores (49 palavras, em média), enquanto juízes que eram a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo usavam turnos mais longos ao se dirigirem aos representantes do Estado (52 palavras, em média). No presente artigo, em que apenas uma pessoa é interrogada, a média de palavras foi 31,4 por turno de fala de JM.

Os turnos curtos são a maioria. Com a média em 31,4 palavras, a classificação como curto é dada a turnos com 31 palavras ou menos. Consideraram-se longos turnos com mais de 31 palavras. Dos 342 turnos, 243 (71%) foram curtos e 99 (29%), longos. Tendo em conta apenas os valores quantitativos, é possível afirmar que o estilo de JM não teve muitos traços adversários. No entanto, quando se analisam qualitativamente os turnos longos, encontram-se três situações distintas: quando JM introduz um tópico; quando JM dá instruções; e quando JM não fica satisfeito com a resposta do acusado. A presente análise não levará em conta a introdução de um tópico, já que seu tamanho pode estar relacionado à sua função de contextualização, em vez do nível de confrontação (TRACY e PARKS, 2012, p. 17). O foco será nas outras duas categorias, porque dar instruções coincide com o que foi classificado na subseção anterior como fornecimento de esclarecimento; e a insatisfação com a resposta do acusado diz respeito a *follow-up questions*, que não só são uma forma de insistir em um tópico, como em entrevistas são reconhecidamente úteis “para identificar verdade e enganação” (INBAU *et al.*, 2004, p. 117).

Quanto à sobreposição entre dar instruções e a categoria de fornecimento de esclarecimento, perguntas mais longas foram usadas quando JM exerceu mais controle no interrogatório, ilustrando situações em que o ex-juiz exerceu poder institucional. Além do Excerto 6, que pode ser um exemplo, o Excerto 7 mostra JM exercendo poder tanto por meio do controle da pergunta como usando um turno longo:

Excerto 7

JM: além disso senhor ex-presidente eu queria deixar claro (.) em que pese a: algumas alegações nesse sentido da minha parte não têm qualquer desavença pessoal (.) em relação ao senhor ex-presidente certo? (.) o que vai determinar o resultado desse processo no final são as provas que vão ser colecionadas e a lei. (3) e também vamos deixar claro que quem fez a acusação nesse processo é o Ministério Público e não o juiz. eu estou aqui para ouvi-lo e para proferir um julgamento ao final do processo certo? também vou deixar claro senhor ex-presidente houve alguns boatos (.) no sentido de que haveria a possibilidade de ser decretada a sua prisão durante esse ato. (.) isso são boatos que não têm qualquer fundamento. imagino que seus advogados já tenham lhe alertado que não haveria essa. possibilidade mas pra deixar o senhor absolutamente tranquilo eu lhe asseguro de pronto e expressamente que isso não vai acontecer,

LL: [mas eu=

JM: [o senhor] vai ser exclusivamente ouvido nesse processo.

LL: mas eu tinha consciência disso

Nesse exemplo, JM usa a parte de instrução, em que o acusado não tem voz, para explicar e justificar longamente, falando inclusive de alegações de desavença pessoal com LL. JM usa seu poder institucional de esclarecer procedimentos para elucidar tópicos que ele, pessoalmente, entendia como importantes, o que mostra explicitamente seu poder institucional de ressaltar, marcar sua posição (imparcial) em face do acusado.

A afirmação de Tracy e Parks (2012) de que turnos mais longos são uma característica de “dureza”, de confrontação, é corroborada pelo resultado desta pesquisa, em que se aferiu que JM fez perguntas mais longas quando não estava satisfeito com a resposta. Enquanto *follow-up questions* pedem especificidades do que foi dito e, “no geral, são mais curtas do que a primeira em uma sequência” (TRACY e PARKS, 2012, p. 17, tradução nossa), perguntas mais longas expõem a necessidade de dar mais informação (explicação, justificativa) para tentar conseguir uma resposta aceitável. Por exemplo, no Excerto 8, os trechos mais longos de JM seguem uma resposta divergente de LL.

Excerto 8

JM: =teriam sido feitas- efetuadas juntas então eu mantenho essa pergunta (.) ah ao senhor. mas sigo adiante. o senhor ex-presidente tratou com executivos da OAS com Leo Pinheiro por exemplo dos projetos de reforma do tríplice da implantação da cozinha do tríplice igualmente dos projetos de reforma do sítio em Atibaia e da implantação da cozinha do sítio de Atibaia?

LL: não

JM: (1) foi identificado no aparelho celular utilizado pelo presidente da OAS (.) José Alde-
mário Pinheiro Filho troca de mensagens em 12 3 12/02/2014 com Paulo Cesar Gordilho
diretor técnico da OAS (.) da qual é possível inferir que segundo o Ministério Público (.)
os destinatários da cozinha instalada pela OAS naquele mesmo ano no apartamento 164a e
no sítio de Atibaia seriam o ex-presidente e sua esposa segundo o Ministério Público. eu
vou lhe mostrar aqui essa imagem=

O exemplo mostra duas perguntas longas (57 e 75 palavras, respectivamente) em que JM combina uma pergunta relacionada ao tríplice com outra sobre o sítio de Atibaia. Apesar de o advogado de Lula e o próprio LL já terem avisado que não responderiam a perguntas sobre o sítio de Atibaia, tendo em vista que se tratava de objeto de outro processo, JM os ignora e mantém a pergunta. Ele então elabora melhor a pergunta, trazendo a evidência das mensagens que contradiriam o que LL respondera.

Corroborando com o resultado de que os turnos longos se deviam parcialmente ao fato de JM não estar satisfeito com as respostas, o turno mais longo examinado no último excerto

se deu após o advogado de defesa ter aconselhado LL a não responder às perguntas. Esses achados sugerem que JM assumiu uma abordagem mais adversária, desenhando longos turnos, quando não tinha as respostas para as quais pudesse dar sequência.

No que tange à insistência em um mesmo tópico, Tracy e Parks (2012) não definem “sequência de insistência” e, portanto, como explicado na seção 2, no presente artigo a ferramenta Sketch Engine foi usada para identificar os substantivos mais frequentes, de modo a se poder identificar suas ocorrências no contexto.

O apartamento triplex é o maior argumento da acusação e, como tal, ocorre em 50% (171 dos 342) dos turnos de fala. É, portanto, o foco da presente análise de insistência em um tópico. A insistência fica evidente na repetição de perguntas que já haviam sido respondidas, como exemplificado no Excerto 9, a seguir.

Excerto 9

JM: o senhor Leo Pinheiro disse que iria fazer alguma reforma nesse apartamento? =

LL: =não na- no dia que eu fui lá não disse

[...]

LL: tá? e o Leo disse exatamente eu vou pensar numa proposta e te faço (1) e nunca mais eu conversei com o Leo sobre o apartamento.

JM: mas uma proposta de reforma do apartamento?

LL: não sei qual era a proposta ele me disse que ia fazer uma proposta.

[...]

JM: uhum (1) e o senhor Leo não falou ao senhor que: ia reformar o apartamento pra ver [se o senhor se interessava

Em momentos diferentes do interrogatório, JM voltava à mesma pergunta repetidas vezes, usando basicamente a mesma paráfrase: “O senhor Léo Pinheiro disse ao senhor que faria a reforma?” ou “O senhor Léo não te contou que reformaria o apartamento?”, por exemplo.

As outras características que Tracy e Parks (2012) identificaram como caracterizadoras de “interrogatório duro” ou estavam ausentes (pergunta hipotética), ou tiveram ocorrências insignificantes: oito interrupções e 31 sinalizações negativas no começo do turno. Esses números corroboram os resultados da subseção anterior sobre controle, segundo os quais o estilo de JM lembra uma investigação policial, em que o mais importante é ter o acusado falando. De acordo com Inbau *et al.* (2004, p. 105), “se o investigador interrompe para fazer perguntas, o suspeito que esteja contando a verdade pode editar o conteúdo para poder fornecer o que acredita ser o que o investigador quer saber”.

Na presente subseção, os mesmos dados foram analisados por outra perspectiva: até que ponto os turnos de fala de JM pareceriam adversários. Em outras palavras, como alguém que busca a verdade, poderia o ex-juiz ainda ser imparcial, como o Código de Ética da Magistratura demanda? Os resultados apontam que não houve muitos traços de confrontação. No

entanto, JM se posicionou, sim, como um adversário quando não ficava satisfeito com as respostas dadas. Isso pode ser visto tanto no uso de turnos mais longos, quando LL se recusou a responder a algumas perguntas, quanto pela insistência no tópico, independentemente das respostas fornecidas por LL. O alto número de turnos curtos é próprio de entrevistas policiais que buscam informação e são menos adversárias. No entanto, olhando com mais cuidado os turnos, a insistência em um tópico esteve muito presente, o que tornou o interrogatório, até certo ponto, adversário.

CONCLUSÃO

Este artigo visou investigar como o poder institucional é exercido em um estudo de caso, a saber, a oitiva do ex-presidente Lula (LL) pelo ex-juiz Sergio Moro (JM). Tendo em mente que juízes podem entender seus papéis no interrogatório do acusado como aquele que busca a verdade, ou aquele que examina as provas, e/ou híbrido, com características dos dois (MORAES, 2014), e que cada um desses papéis pode gerar um tipo diferente de exercício de poder, primeiro foram analisados os propósitos das perguntas de JM, para, em seguida, serem investigados traços de confrontação nos seus turnos de fala.

Identificar os propósitos de JM ao fazer as perguntas revelou quanto poder ele exerceu no interrogatório. O contexto judicial e seu “modelo de contexto” (VAN DIJK, 2018, p. 30-31) dão ao juiz muito poder, já que ele é o representante máximo da instituição. Foi explicado como as perguntas exercem controle sobre o respondente, sendo, portanto, uma estratégia de exercício de poder. Os resultados mostraram que JM usou essa estratégia com parcimônia: ele deu muita liberdade para o acusado falar, mas, quando não se satisfazia com as respostas de LL, usava perguntas mais controladoras.

Na subseção 3.1, foi mostrado que mais de 52% das falas de JM (incluindo pedidos e fornecimentos) foram de pedidos de especificação, e quase 12% foram pedidos de narrativa, somando 64% das perguntas do ex-juiz. Na escala de controle de Heffer (2005, p. 111), esses dois são os tipos de perguntas que exercem menos controle. É possível inferir, portanto, que o ex-juiz queria que o acusado falasse e lhe deu liberdade para tal. No entanto, 40% dos pedidos de especificação ocorreram depois de um pedido de narrativa, o que mostra que JM usou quase metade de seus pedidos de especificação não para dar ao acusado a chance de falar, mas para controlar as respostas que recebia. Quando LL não usava a oportunidade de narrativa ou não dava a JM a resposta que ele buscava, JM controlava a narrativa com pedidos de informações específicas. Tal estratégia de exercício do poder institucional contribui para a construção de um estilo que se parece com uma entrevista policial que busca informações.

A ideia de entrevistas policiais pretende um distanciamento da abordagem acusatória dos interrogatórios, depende da criação de uma boa relação com o suspeito e de fazê-lo falar mais livremente, de forma a fornecer mais informações que possam ser usadas como evidência mais para a frente (SHUY, 1998, p. 189; VRIJ, HOPE e FISHER, 2014, p. 132). Apesar da

diferença entre os estágios do processo criminal, o CPP brasileiro não diferencia o interrogatório do suspeito do interrogatório do acusado. O código original, escrito em 1941, tinha uma natureza mais acusatória (SILVA, 2016, p. 174), sendo possível inferir que essa não diferenciação de âmbitos pode ser um resquício da natureza do juiz que assume o papel de quem busca a verdade. Portanto, encontrar nos resultados da presente pesquisa que os propósitos das perguntas de JM são próximos dos usados em entrevistas policiais, em que se busca exercer menos controle para que o suspeito forneça as provas e mais controle quando as perguntas não são respondidas como previsto, revelou um exercício de poder institucional que parece ter traços acusatórios.

Outra forma de exercício de poder institucional é a natureza adversária do interrogatório. Portanto, identificar até que ponto o ex-juiz usou elementos de confrontação para interrogar o ex-presidente traz à tona a questão se o estilo de JM está de acordo com a imparcialidade exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro ou se ele foi “duro” nas suas perguntas como parte da disputa de poder. A subseção 3.2 mostrou que JM usou alguns elementos de confrontação quando não obtinha a resposta para a informação que pedira. Os resultados corroboram a conclusão de Tracy e Parks (2012) de que perguntas longas e insistência em um tópico são usadas como estratégia de confrontação. No entanto, a maioria das falas de JM foram curtas (menos de 31 palavras) e eram *follow-up questions*, perguntas que davam continuidade a algo que fora dito antes. Esse tipo de pergunta não só é comum em entrevistas policiais, como é mais útil para identificar “verdade ou enganação” (INBAU *et al.*, 2004, p. 117), o que contribui para a conclusão de que o estilo de questionamento é relativamente acusatório.

Enquanto Eades (2010, p. 18) identificou que juízes no sistema *civil law* são inquisitivos, o presente estudo encontrou vários traços de elementos acusatórios, como i) fazer com que o acusado fale mais, de forma a dar espaço para que gere evidências que possam incriminá-lo; ii) usar elementos de controle e confrontação quando as respostas não respondiam à pergunta ou não davam o que o ex-juiz considerava ser informação suficiente; iii) repetir e parafrasear perguntas sobre o mesmo tópico incansavelmente na tentativa de conseguir uma resposta diferente. Características de um interrogatório mais inquisitivo também estiveram presentes, com mais de 22% de pedidos de esclarecimento e 8,1% de pedidos de confirmação, que somam aproximadamente 30% de perguntas relacionadas a provas que já tinham sido coletadas. Em resumo, no caso examinado, o poder institucional foi exercido de forma sistemática com uma abordagem predominantemente acusatória.

Um juiz imparcial que examina as provas e esclarece dúvidas a respeito dessas mesmas provas sem influência externa é o ideal, mas inalcançável. Resquícios da natureza acusatória do CPP (como a não diferença entre o interrogatório do suspeito, pela polícia, e do acusado, pelo juiz) dão validade à natureza acusatória de interrogatórios, que coloca as instituições judiciárias brasileiras na perigosa posição de “responsáveis pela verdade” (FOUCAULT, 1994, p. 295). Como um estudo de caso, há limitações na generalização dos resultados desta pesquisa (THOMAS, 2017, p. 156); no entanto, “a construção do conhecimento jurídico deve

partir da realidade, a qual deve ser profundamente ‘devassada’ e estudada, a partir da observação das práticas forenses e da interlocução com os atores e sujeitos do processo” (BAPTISTA e PUERARI, 2017, p. 103). Além do mais, para se analisar as relações de poder, é importante estabelecer “concretamente – em cada caso específico – quem está engajado na relação, sobre o que a disputa de poder se dá e como, onde, de que forma, por quais meios e qual o processo racional que envolve” (FOUCAULT, 1980, p. 164, tradução nossa).

O objeto deste artigo é muito rico e poderia ter sido abordado de diversas maneiras. A escolha de focar apenas na interação entre juiz e acusado deixa de lado as interações entre o juiz e os advogados e promotores, por exemplo. Outro aspecto que deixou de ser mencionado foi a questão de construção da identidade. Considerando os três papéis que um juiz pode assumir em um processo (MORAES, 2014), uma análise sobre construção de identidade social poderia ter enriquecido o trabalho. Essas, contudo, podem ser pesquisas futuras.

O presente estudo mostrou que o interrogatório do acusado pode parecer-se com uma entrevista policial. Esse é um achado importante, porque os dois ambientes estão não só em momentos diametralmente opostos do processo, como têm propósitos diferentes. Na realidade, perceber que juízes acham que podem intervir em todos os estágios de um processo (investigação, elaboração e exame de provas) nos faz perguntar se essa prática é condizente com o Código de Ética da Magistratura e se deixa espaço para um processo justo.

AGRADECIMENTOS

A autora agradece à Dra. Tereza Spilioti pelo apoio e pela orientação durante o mestrado, que resultou neste artigo. Agradece também aos revisores e ao grupo editorial da Revista Direito GV pelas observações construtivas.

REFERÊNCIAS

- ALDRIDGE, Michelle; LUCHJENBROERS, June. Linguistic Manipulations in Legal Discourse: Framing Questions and ‘Smuggling’ Information. *International Journal of Speech, Language and the Law*, [s. l.], v. 14, n. 1, p. 85-107, 2007. DOI: 10.1558/ijssl.v14i1.85
- BAFFY, Marta; MARSTERS, Alexandria. The Constructed Voice in Courtroom Cross-Examination. *International Journal of Speech, Language and the Law*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 143-165, 2015. DOI: 10.1558/ijssl.v22i2.17895

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; PUERARI, Daniel Navarro. A difícil tarefa de ser um juiz “ativo e imparcial”: um olhar empírico sobre os poderes instrutórios do juiz e o princípio da imparcialidade. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*, Florianópolis, v. 3, n. 1, p. 101-120, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0251/2017.v3i1.2040>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Código de Ética da Magistratura Nacional*, de 26 de agosto de 2008. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Presidência. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União* de 13 de outubro de 1941, p. 19699, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf. Acesso em: 19 mar. 2019.

BUCHOLTZ, Mary. The Politics of Transcription. *Journal of Pragmatics*, [s. l.], v. 32, n. 10, p. 1439-1465, 2000. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0378-2166\(99\)00094-6](https://doi.org/10.1016/S0378-2166(99)00094-6)

BUSHWAY, Shawn D.; PIEHL, Anne Morrison. Judging Judicial Discretion: Legal Factors and Racial Discrimination in Sentencing. *Law & Society Review*, [s. l.], v. 35, n. 4, p. 733-764, 2001. DOI: <https://psycnet.apa.org/doi/10.2307/3185415>

CHOI, Hansoo *et al.* Too Big to Jail? Company Status and Judicial Bias in an Emerging Market. *Corporate Governance: An International Review*, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 85-104, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1111/corg.12142>

CONLEY, John M.; O'BARR, William M. *Just Words: Law, Language and Power*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

COULTHARD, Malcolm; JOHNSON, Alison. *An Introduction to Forensic Linguistics: Language and Evidence*. Nova York: Routledge, 2007.

DEPOIMENTO de Lula ao juiz Sérgio Moro – Completo. Curitiba, 2017. Son., color. Publicado pelo canal EXAME. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PcQo35lle0Y&t=9s>. Acesso em: 8 nov. 2022.

EADES, Diana. *Sociolinguistics and the Legal Process*. Bristol: Multilingual Matters, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Ethics: Essential Works of Foucault 1954-1984*. Organização Paul Rabinow. Londres: Penguin, 1994. v. 1.

FOUCAULT, Michel. *Power/Knowledge*. Harlow: Pearson Education, 1980.

GIBBONS, John. Questioning in Common Law Criminal Courts. In: GIBBONS, John; TURELL, M. Teresa (orgs.). *Dimensions of Forensic Linguistics*. Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2008.

GIBBONS, John. *Forensic Linguistics: An Introduction to Language in the Justice System*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

GNISCI, Augusto; PONTECORVO, Clotilde. The Organization of Questions and Answers in the Thematic Phases of Hostile Examination: Turn-by-Turn Manipulation of Meaning. *Journal of Pragmatics*, [s. l.], v. 36, n. 5, p. 965-995, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.pragma.2003.10.005>

HAWORTH, Kate. The Dynamics of Power and Resistance in Police Interview Discourse. *Discourse and Society*, [s. l.], v. 17, n. 6, p. 739-759, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1177/0957926506068430>

HEFFER, Chris. Narrative in the Trial: Constructing Crime Stories in Court. In: COULTHARD, Malcolm; JOHNSON, Alison. *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*. Londres, 2010. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203855607>

HEFFER, Chris. *The Language of Jury Trial: A Corpus-Aided Analysis of Legal-Lay Discourse*. Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2005.

HENNING, Tim. Judicial Summation: The Trial Judge's Version of the Facts or the Chimera of Neutrality. *International Journal for the Semiotics of Law*, [s. l.], v. 12, p. 171-213, 1999. DOI: <https://doi.org/10.1023/A:1008942707893>

HEPBURN, Alexa; BOLDEN, Galina B. The Conversation Analytic Approach to Transcription. In: SIDNELL, Jack; STIVERS, Tanya (orgs.). *The Handbook of Conversation Analysis*. West Sussex: Blackwell Publishing, 2013.

HERITAGE, John. The Limits of Questioning: Negative Interrogatives and Hostile Question Content. *Journal of Pragmatics*, [s. l.], v. 34, n. 10-11, p. 1427-1446, 2002. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0378-2166\(02\)00072-3](https://doi.org/10.1016/S0378-2166(02)00072-3)

HYMES, Dell. *Ethnography, Linguistics, Narrative Inequality: Towards an Understanding of Voice*. Londres: Taylor & Frances, 1996.

INBAU, Fred E.; REID, John E.; BUCKLEY, Joseph P.; JAYNE, Brian C. *Criminal Interrogation and Confession*. 4. ed. Massachusetts: Jones and Bartlett Publishers, 2004.

KERCHE, Fábio. Independência, Poder Judiciário e Ministério Público. *Caderno CRH*, Salvador, v. 31, n. 84, p. 567-580, 2018. DOI: <https://doi.org/10.9771/ccrh.v31i84.24661>

MARQUES, Débora. A tentativa da construção sequencial da verdade num interrogatório policial da delegacia de repressão a crimes contra a mulher. *Veredas – Revista de Estudos Linguísticos*, Juiz de Fora, v. 1, p. 61-79, 2008. Disponível em: <https://www.ufjf.br/revistaveredas/files/2009/12/artigo51.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2022.

MARQUES, Débora; CABRAL BASTOS, Liliana. Construindo a culpa em interrogatórios policiais: recontextualizações e formulações de perguntas nas falas de um inspetor. *Veredas – Revista de Estudos Linguísticos*, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, p. 130-148, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/veredas/article/view/25044>. Acesso em: 7 nov. 2022.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [s. l.], v. 5, n. 5, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/23103/16456>. Acesso em: 20 ago. 2019.

MORAES, Voltaire de Lima. Do interrogatório do réu no processo penal. *Associação Nacional dos Membros do Ministério Público*, Brasília, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/4675-do-interrogatorio-do-reu-no-processo-penal-4675.html>. Acesso em: 28 ago. 2019.

MORO, Sergio. Sobre a operação Lava Jato. In: PINOTTI, Maria Cristina (org.). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfólio Penguin, 2019. p. 184-216.

OAB RS. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

OLIVEIRA, Wellington de. Aplicando técnicas de entrevista e interrogatório na investigação: método Reid. *Polícia Civil do Mato Grosso do Sul*, 2015. Disponível em: http://www.pc.ms.gov.br/?page_id=344. Acesso em: 7 nov. 2022.

PHILIPS, Susan U. *Ideology in the Language of Judges: How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ. 13ª Vara Federal do Paraná. *Termo de transcrição*: do interrogatório de Luiz Inácio Lula da Silva, colhido na ação penal n. 504651294.2016.404.7000. Curitiba, 2017. 118 p. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2017/05/transcricao_interrogatorio_lula_moro_10.mai_.pdf. Acesso em: 8 nov. 2022.

SHUY, Roger W. *The Language of Confession, Interrogation and Deception*. Londres: Sage Publications, 1998.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. A regra do art. 386 do Código de Processo Penal brasileiro e sua incompatibilidade com a garantia constitucional do estado de inocência. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 172-190, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/25039>. Acesso em: 7 nov. 2022.

STYGALL, Gail. *Trial Language: Differential Discourse Processing and Discursive Formation*. Filadélfia: John Benjamins Publishing Co., 1994.

THOMAS, Gary. *How to Do Your Research Project: A Guide for Students*. 3. ed. Londres: Sage, 2017.

TRACY, Karen. How Questioning Constructs Judges' Identities: Oral Argument about Same-Sex Marriage. *Discourse Studies*, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 199-221, 2009. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24049758>. Acesso em: 7 nov. 2022.

TRACY, Karen; PARKS, Russell M. 'Tough Questioning' as Enactment of Ideology in Judicial Conduct: Marriage Law Appeals in Seven US Courts. *The International Journal of Speech, Language and the Law*, [s. l.], v. 19, n. 1, p. 1-25, 2012. DOI: 10.1558/ijssl.v19i1.1

ULMER, Jeffery T. Recent Developments and New Directions in Sentencing Research. *Justice Quarterly*, Greenbelt (Maryland), v. 29, n. 1, p. 1-40, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1080/07418825.2011.624115>

ULMER, Jeffery T.; JOHNSON, Brian. Sentencing in Context: A Multilevel Analysis. *Criminology*, [s. l.], v. 42, n. 1, p. 137-177, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.2004.tb00516.x>

VAN DIJK, Teun A. Socio-Cognitive Discourse Studies. In: FLOWERDEW, John; RICHARDSON, John E. (orgs.). *The Routledge Handbook of Critical Discourse Studies*. Londres: Taylor & Francis Group, 2018.

VAN DIJK, Teun A. *Ideology and Discourse: A Multidisciplinary Introduction*. Barcelona: Ariel, 2003. Disponível em: <http://www.discursos.org/unpublished%20articles/Ideology%20and%20discourse.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2019.

VRIJ, Aldert; HOPE, Lorraine; FISHER Ronald P. Eliciting Reliable Information in Investigative Interviews. *Policy Insights from Behavioral and Brain Sciences*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 129-136, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1177/2372732214548592>

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CABRAL, Débora. Poder por meio de perguntas: interrogatório do ex-presidente Lula. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2310, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202310>

Débora Cabral

BACHAREL EM HISTÓRIA. LICENCIADA EM LETRAS (PORTUGUÊS) E MESTRA EM ANÁLISE DO DISCURSO PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB). MESTRA EM PESQUISA DE LINGUAGEM E COMUNICAÇÃO (*LANGUAGE AND COMMUNICATION RESEARCH*) PELA CARDIFF UNIVERSITY, REINO UNIDO. DOUTORANDA NA CARDIFF UNIVERSITY.

debora.cabral.lima@gmail.com

Recebido: 15.07.2021

Aprovado: 13.09.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202311>

1 Universidade Federal do Paraná,
Faculdade de Direito, Curitiba,
Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-3532-6468>

2 Universidade Federal do Paraná,
Faculdade de Direito, Curitiba,
Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-0555-737X>



Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia

BRAZILIAN SUPREME COURT AND FEDERALISM: BEFORE AND DURING THE PANDEMIC

Miguel Gualano de Godoy¹ e Renata Naomi Tranjan²

Resumo

Este artigo investigou o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) prévio à pandemia de covid-19 sobre repartição de competências em matéria federativa, o qual era majoritariamente centralizador, com a aplicação do nebuloso critério da predominância dos interesses para resolução de conflitos federativos. Depois, foi realizado um levantamento de dados sobre as decisões do STF em relação a conflito de competências entre entes federados. O recorte temporal foi de março de 2020 a janeiro de 2021. O recorte processual, que totaliza 93 ações, abordou as ações do controle concentrado abstrato, pois possuem efeitos gerais e vinculantes, e as ações civis originárias, que se destinam a resolver conflitos federativos. Concluiu-se que a atuação do STF foi majoritariamente descentralizadora, com a adoção de um entendimento renovado sobre o direito à saúde, que permitiu maior autonomia aos estados e municípios na definição de vários temas. Todavia, verificou-se a manutenção do uso do indeterminado princípio da predominância dos interesses como critério definidor dos conflitos federativos, sobretudo nas matérias relativas às leis estaduais que concederam descontos na mensalidade de instituições de ensino privadas (Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs n. 6.435, 6.423 e 6.575) e às leis estaduais que permitiram a suspensão do pagamento de consignação voluntária de servidores públicos estaduais (ADIs 6.484, 6.451 e 6.495).

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal; controle de constitucionalidade; federalismo cooperativo; conflito entre entes federativos; pandemia de covid-19.

Abstract

This paper investigated how the Brazilian Supreme Court (STF) used to understand division of powers in federative matters before the covid-19 pandemic, which was mainly centralized and based on the nebulous criterion of the predominance of interests for federative conflicts resolution. Then, we conducted a data survey about the STF decisions on conflicts of competences between federated entities. The time cut was from March 2020 to January 2021. The judicial process cut, totaling 93 actions, occurred in the abstract concentrated control actions, for having general and binding effects, and in the civil actions based on the primary competence of the Brazilian Supreme Court, which are intended to resolve federative conflicts. We concluded that the STF works was mostly decentralized since they adopted a renewed understanding about the right to health. This allowed greater autonomy for states and municipalities to define several topics. However, we noticed that the indeterminate principle of the predominance of interests was maintained as a defining criterion for federative conflicts, especially in matters relating to state laws that granted discounts on tuition from private educational institutions (ADIs 6,435, 6,423 and 6,575) and in state laws that allowed state public servants to suspend the payment of voluntary consignment (ADIs 6,484, 6,451 and 6,495).

Keywords

Brazilian Supreme Court; judicial review; cooperative federalism; conflict between federative entities; covid-19 pandemic.

INTRODUÇÃO¹

O ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.341, afirmou que a expressão democrática do federalismo se realiza pela estrita adesão às regras constitucionais e, especialmente, aos direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva, temos o controle de constitucionalidade como meio pelo qual se visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais em face de possíveis usurpações (BARROSO, 2016, p. 87; MENDES e BRANCO, 2019, p. 1794; FERNANDES, 2017, p. 870), devendo ser visto como um eficiente meio para a promoção de um diálogo institucional entre os poderes e entes federativos, apto a produzir uma decisão epistemicamente mais democrática (GODOY, 2012, p. 150).

Todavia, pesquisas demonstram que a utilização do controle de constitucionalidade tem sido majoritariamente voltada ao fortalecimento das competências da União e à imposição aos estados e municípios do seu desenho institucional geral (BZDERA, 1993; OLIVEIRA, 2009; COSTA e BENVINDO, 2014; CAMARGO, 2014). Mesmo diante de posicionamentos divergentes, a exemplo do exposto pelo ministro Edson Fachin, defensor de uma recompreensão do federalismo já explanada em diversas ações e votos (ADIs n. 3.356/PE e 3.165/SP; REs n. 730.721 e 194.704), o posicionamento dominante do STF no contexto anterior à pandemia de covid-19 seguia preponderantemente favorável a uma visão estanque e centralizadora do federalismo brasileiro na União.

O princípio utilizado pela Corte para embasar a centralização e, poucas vezes, a descentralização é o chamado “princípio da predominância dos interesses”. Se, em um primeiro momento, sua conceituação parece óbvia e pautada na ideia de que os interesses mais amplos (da União) devem ter preferência em relação aos mais restritos (dos estados e municípios), na prática, sua aplicação é nebulosa, principalmente em temas que se dividem em assuntos que, de um lado, compõem a competência concorrente e comum e, de outro lado, consistem em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da federação. Porém, esse contexto de maior centralização pautado na aplicação de um nebuloso princípio solucionador de conflitos de competências parecia se alterar ante a emergência sanitária gerada pelo coronavírus, bem como em razão da aguda crise política, potencializada no início de 2020. Nesse cenário, a judicialização, desejável ou não, parecia, e foi, inevitável, de modo que nos coube, então, verificar se ela iria auxiliar ou prejudicar a gestão de ambas as crises. Até o primeiro semestre de 2021, decisões importantíssimas foram tomadas pelo STF, com foco na reiterada

...

¹ Este artigo faz parte de uma pesquisa mais ampla e em andamento sobre o Supremo Tribunal Federal (STF), seus déficits e disfuncionalidades, e é resultado do diálogo empreendido entre a referida pesquisa e outra sobre a atuação do STF durante a pandemia de covid-19, ambas realizadas no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

afirmação de competência concorrente e comum de estados e municípios no combate à epidemia, tanto na elaboração de políticas públicas e na instauração de medidas de isolamento, quanto na possibilidade de aquisição de vacinas e realização compulsória de vacinação (ADI n. 6.341, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 672, ADI n. 6.343, Ação Civil Originária – ACO n. 3.393, ADI n. 6.362, ADI n. 6.625, ADI n. 6.586, ADI n. 6.587, ADPF n. 770, ACO 3.451). A ingerência do chefe do Poder Executivo federal durante a pandemia exigiu um posicionamento distinto do Tribunal, tendo a Corte reconhecido que a omissão é o pior erro na formulação das políticas públicas, sobretudo com relação às ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Portanto, como antes da pandemia a jurisprudência do STF esteve majoritariamente voltada a uma maior centralização de competências na União, questionamo-nos se, em um cenário pós-pandêmico, a situação seria outra.

Eis a proposta deste artigo: verificar a atuação do STF e como ela se deu durante a pandemia de covid-19 em matéria de conflitos federativos. Isso foi feito por meio de uma metodologia analítico-descritiva, com a priorização da pesquisa bibliográfica, bem como por meio de um levantamento das decisões do STF que versaram sobre conflitos de competência entre os entes federados.²

O texto está dividido em três partes: na primeira, será exposta, de forma breve, a atuação do STF em julgamentos sobre a matéria federativa antes da pandemia. Na segunda parte, serão apresentados o levantamento de dados decisórios do STF, sua respectiva metodologia e as conclusões quantitativas e qualitativas alcançadas mediante a pesquisa de dados. Por fim, na conclusão, foi elaborado um quadro comparativo entre a atuação do STF antes e durante a pandemia, e exposto o que, finalmente, podemos compreender dessa atuação quanto ao tema e ao período analisados.

1. ATUAÇÃO DO STF ANTES DA PANDEMIA DE COVID-19

Apesar do reconhecimento para que entes federados regionais e locais possam legislar sobre matérias de competências comuns ou concorrentes,³ é grande o número de decisões

...

² O recorte temporal foi de março de 2020 a janeiro de 2021. O recorte processual compreendeu 93 ações, referentes ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, uma vez que essas ações têm efeitos gerais e vinculantes, e às ACOs, ações de competência originária do STF, que ganham relevância por se destinarem a resolver conflitos entre os entes da federação.

³ Conforme precedentes favoráveis no STF, a exemplo do julgamento conjunto das ADIs n. 3.356, 3.357, 3.937 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 109, ocasiões nas quais o Tribunal defendeu um federalismo cooperativo, apto a atuar como mecanismo para a agregação política e social.

relativas à garantia da competência da União contra eventual invasão por parte dos estados e dos municípios. Tal constatação é reveladora do papel do STF na manutenção de um modelo estanque de federalismo. Desse modo, em vez de o controle de constitucionalidade ser visto e utilizado para garantir a concretização dos direitos fundamentais, como já foi muito bem diagnosticado por diversas pesquisas, o que ocorre é justamente o contrário: o padrão da tripartição de poderes é matriz das mais invocadas, sobretudo no controle abstrato de constitucionalidade, para a invalidação de normas constitucionais e infraconstitucionais dos estados e municípios (BZDERA, 1993; OLIVEIRA, 2009; COSTA e BENVINDO, 2014; CAMARGO, 2014; MITIDIERO, SARLET e MARINONI, 2019, p. 1405).⁴

Nesses casos, em que há conflitos entre os entes federados quanto ao desempenho das atribuições comuns e concorrentes,⁵ o STF tem utilizado o critério da predominância dos interesses para solucioná-los, porquanto é possível falar em hierarquia de interesses, na qual os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos estados e municípios) (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1424). No campo da competência concorrente, o motivo para entregar à União a responsabilidade pela edição de normas gerais reside na necessidade de nacionalizar o essencial, de tratar uniformemente o que extravasa o interesse local (TAVARES, 2020, p. 1420-1421). Todavia, apesar das explicações teóricas sobre esse critério solucionador de conflitos, não fica claro como ele é efetivamente aplicado, podendo pender para a descentralização, entendida como matérias afeitas ao “condomínio legislativo”, ou para a centralização, em que prevalecem os interesses nacionais. A existência desse critério é reconhecida, mas o conceito de preponderância dos interesses não é determinado, pois sempre dependente do que se justifica como preponderância. E, pior, sua aplicação não é rigorosa nem na definição, nem no alcance dos interesses, tampouco no motivo da prevalência, ou não, sobre os demais.

...

- 4 Relembra-se que uma das características do Estado Federal é a existência de um órgão do Judiciário para sanar conflitos federativos; a Constituição Federal de 1988 (CF/88) atribuiu essa função ao STF, visto que, em seu art. 102, I, “f”, determina ser de competência originária do STF julgar as causas e os conflitos entre a União e os estados, a União e o Distrito Federal (DF), ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. Por exemplo, na Reclamação n. 1.061, rel. min. Ellen Gracie, *Dj* 20.04.2004.
- 5 O Brasil, consoante a CF/88, adota um complexo sistema de repartição de competências, uma vez que aborda tanto a repartição horizontal – de competências enumeradas e remanescentes – quanto a repartição vertical – de competências concorrentes e comuns –, visando atingir um federalismo de equilíbrio, no qual se permeiam competências privativas ou exclusivas, remanescentes, comuns e concorrentes entre os entes federativos (FERNANDES, 2017, p. 885). A repartição horizontal está, sobretudo, prevista nos arts. 21, 22 e parágrafo único, 25, § 1º, 30, I, III a IX, e 32, § 1º. A repartição vertical está prevista, principalmente, nos arts. 23, 24 e 30, II, da CF/88.

A situação fica ainda mais evidente quando se faz necessária a aplicação da predominância do interesse em problemas complexos, os quais envolvem leis que tratam de diversos temas (leis multitemáticas), que, por sua vez, conjugam assuntos que compõem a competência concorrente e comum e em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da federação. A partir disso, constata-se o que André Ramos Tavares diagnosticou como “a dificuldade de se encontrar, no STF, um critério minimamente homogêneo e linear, com clareza para uma repetição em série sem maiores dificuldades” (TAVARES, 2020, p. 1125) a solucionar situações futuras de conflitos federativos.⁶

Em que pese essa opacidade do critério da preponderância dos interesses, vários foram os estudos que se dedicaram a identificar e catalogar um entendimento majoritário do STF em matéria federativa ao longo dos anos. Assim, para além da insegurança produzida pela utilização do critério da preponderância dos interesses, percebe-se uma tendência restritiva do STF quanto a um amplo e real compartilhamento de competência entre os entes. Deveras, o que esses estudos concluíram é uma incontestável tendência centralizadora de competências na União e uma baixa incidência de descentralização em face dos demais entes federados (estados, municípios e DF).

Nesse sentido, André Bzdera (1993)⁷ verificou que, em Estados federais, as decisões das supremas cortes nas disputas federativas promovem a centralização política da federação.⁸ Ainda, em pesquisa mais recente, realizada em 2009, voltada à realidade brasileira, Vanessa Elias de Oliveira (2009)⁹ concluiu que há uma tendência do Poder Judiciário em favorecer o governo federal, em detrimento dos governos estaduais, visto que as ações da União em face dos estados foram mais vitoriosas, indicando um federalismo centralizador.

...

- 6 Por exemplo, na ADI n. 3.723, rel. min. Gilmar Mendes, j. 27.03.2020, foi declarada inconstitucional lei estadual que determinava aos titulares das serventias extrajudiciais que fizessem microfilmagem dos documentos arquivados nos cartórios, por violar competência privativa da União.
- 7 André Bzdera realizou um estudo comparativo dos tribunais federais de cúpula em sete federações (Estados Unidos, Suíça, Canadá, Austrália, Alemanha, Áustria e Bélgica) e em dois sistemas não federais com características federativas (a antiga Comunidade Europeia e a Itália). Apesar de o estudo ser antigo e não abordar o Brasil, ele se mostra relevante em razão das conclusões a que chegou o pesquisador, que apontam uma problemática comum aos Estados federais.
- 8 Dos elementos característicos das cortes que contribuíram para isso, citamos: a adoção da técnica de “opinião singular anônima”, por meio da qual se omitem os votos dissidentes; e o “mito” da independência judicial, uma vez que as cortes procuravam se afirmar como árbitros independentes das disputas federativas mesmo com a existência de um viés nas atividades desses tribunais.
- 9 Enfocou-se na atuação do STF como árbitro nas disputas envolvendo dois níveis de entes federados, os estados e a União, a partir das taxas de sucesso no julgamento das ADIs que um propôs em face do outro, sob a alegação de usurpação da competência legislativa. A base de dados foi composta de 305 ADIs.

Em igual sentido, recorremos ao estudo publicado por Alexandre Araújo Costa e Julia-no Zaiden Benvindo (2014),¹⁰ destacando a conclusão de que as assembleias legislativas são as grandes perdedoras nas ações, o que comprova que a atuação do STF no controle de constitucionalidade não lida com uma avaliação material dos atos normativos que têm repercussão mais geral, mas sim com o controle da autonomia estadual. Por fim, Fernando Santos de Camargo (2014) analisou 5.011 ADIs e concluiu que o controle abstrato restringiu ainda mais a descentralização, por ser mais fácil obter um resultado favorável do STF quando a ação envolve pedido de invalidação de normas editadas por instituições estaduais em vez de federais.

Todas as pesquisas citadas atestaram que a repartição de competências tem sido entendida a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou vertical, ou, ainda, em competência legislativa ou administrativa. Mesmo diante da competência legislativa concorrente, o entendimento do STF tem sido no sentido de reconhecer a limitação do estado-membro para legislar além do que prescrito em normas gerais editadas pela União, em razão dos parágrafos do art. 24 da CF/88, de modo que, embora igualmente integrantes da República, os estados e municípios têm suas competências colocadas em segundo plano.

Porém, consoante entendimento defendido pelo ministro Edson Fachin, é preciso renovar a concepção de federalismo no Brasil, a fim de enfatizá-lo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa – ou em uma rede interligada de competências –, para que o Estado possa efetivamente se comprometer a alcançar o bem comum e a satisfação dos direitos fundamentais.¹¹ Isso, pois, segundo o ministro Fachin, o compartimento estanque de competências não é capaz de dar conta das dificuldades apresentadas por uma sociedade plural, surgindo daí a necessidade da Corte de (re)compreender o federalismo, explorando, para isso, outras inovações previstas pela CF/88.¹²

...

10 Os autores analisaram todas as ADIs julgadas pelo STF no período de 1988 até 2012, o que englobou um montante de 4.727 ações.

11 Destarte, utilizando-se de outra interpretação do texto constitucional, o ministro Fachin alega ser possível sustentar a existência de um princípio de subsidiariedade no federalismo brasileiro que, quando aplicado segundo uma visão procedimental, exige que sejam justificadas as razões pelas quais uma legislação deve ser editada de modo uniforme pelo ente maior. Desse modo, desloca-se o enfoque costumeiramente dado pelo Poder Judiciário: em vez de investigar qual competência o ente detém, investiga-se como o ente deve exercê-la. Mais além, junto ao princípio da subsidiariedade, faz-se presente o princípio da proporcionalidade, que tem por intuito garantir que seja respeitada a adequação entre meios e fins.

12 Referido entendimento respaldou importantes votos do ministro Fachin, a exemplo do seu voto-vista proferido nos autos da ADI n. 3.165/SP, que tratou de ação proposta pelo governador de São Paulo contra a

2. ATUAÇÃO DO STF DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Exposto o entendimento majoritário e minoritário do STF em matéria federativa antes da pandemia, passa-se agora ao momento da emergência sanitária gerada pela covid-19, que pareceu gerar dúvidas sobre o que se tinha por certo na atuação do STF, ante a inércia e ingerência do governo federal na condução da pandemia.

Ao largo de 2020 e 2021, muitas foram as decisões que reconheceram a autonomia dos entes federativos para gerirem os danos causados pela pandemia, nas quais as ideias defendidas pelo ministro Edson Fachin acerca do federalismo cooperativo encontraram solo fértil. Diante desse cenário, convém questionar: houve uma alteração do entendimento do STF, no sentido de efetivamente concretizar o federalismo cooperativo? Se sim, haverá alguma justificação mais densa que explique essa virada jurisprudencial? Ou, ao contrário, trata-se de um comportamento atípico, que, assim como outros que ocorreram em períodos anteriores à pandemia, será esporádico e efêmero?

2.1. METODOLOGIA

Para responder a essas perguntas, foi realizado um levantamento das decisões do STF que versaram sobre conflitos de competência entre entes federativos. Para tanto, foi adotado o recorte temporal referente às decisões proferidas durante a pandemia de covid-19 (março de 2020 a janeiro de 2021), totalizando 93 ações.

...

Lei n. 10.849/2001 daquele estado, que estabelecia punições contra empresas que exigissem teste de gravidez e apresentação de atestado de laqueadura como condição para a contratação de mulheres. O autor da ação argumentou, em síntese, a usurpação da competência exclusiva da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da CF/88) e a desproporcionalidade da penalidade imposta, qual seja, o cancelamento da inscrição fiscal. O ministro relator Dias Toffoli votou pela procedência do pedido da ADI. Contudo, o ministro Fachin, ao votar pela improcedência, alegou que não se estava diante de uma legislação regulamentadora de direito do trabalho, senão de uma legislação protetiva contra a discriminação de gênero, proibitiva de restrição de acesso a postos de trabalho em razão do sexo feminino (arts. 3º, IV, 5º, I, e 7º, XXX, da CF/88). Ele apelou para um entendimento de federalismo cooperativo, no sentido de que a norma impugnada, ao ir muito além da regulamentação do direito ao trabalho, deveria ser lida não à luz da tradicional repartição de competências constitucionais, mas sim como complementar às outras normas já existentes no plano federal (Leis Federais n. 9.029/1995 e 9.729/1999), com o fim de inibir práticas discriminatórias contra a mulher (STF, Plenário, ADI n. 3.356/PE, rel. min. Eros Grau, red. p/ acórdão min. Dias Toffoli, voto-vista min. Fachin, j. 30.11.2017). Conferir também: Recurso Extraordinário – RE 730.721/SP, decisão monocrática, rel. min. Fachin, j. 02.10.2015; ADI n. 3.356/PE, Plenário, rel. min. Eros Grau, red. p/ acórdão min. Dias Toffoli, voto-vista min. Fachin, j. 30.11.2017; RE 194.704/MG, Plenário, rel. min. Carlos Velloso, red. p/ acórdão min. Edson Fachin, j. 29.06.2017.

Como base de dados, foi utilizado o sistema pertencente ao STF, intitulado Painel de Ações Covid-19 (2021), que traz informações específicas sobre decisões proferidas pela Corte que dizem respeito à pandemia do coronavírus, e é atualizado diariamente.¹³

Para selecionar as ações pertinentes ao objeto de pesquisa, o primeiro filtro aplicado à planilha de processos foi de decisões dadas em ações propostas no ano de 2020 a 2021. Na sequência, o segundo filtro consistiu em ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, já que elas têm efeitos gerais e vinculantes, e também em ACOs, pois são ações de competência originária do STF e, a despeito de incidirem sobre fatos e casos concretos, são relevantes para o levantamento dos dados porque também se destinam a resolver conflitos entre os entes da federação.

Assim, chegou-se a um universo de análise composto de ações sobre a pandemia com efeitos gerais e vinculantes e, ainda, ações específicas sobre a pandemia e os conflitos entre os entes federativos. A partir disso, foi possível analisar as ações, separá-las por matéria e, com isso, obter as que trataram de matéria federativa – nesse ponto, considerou-se que as ACOs possuem como requisito de cabimento a existência de conflito federativo.

A seguir, trazemos a análise e os principais resultados desse levantamento.

2.2. ANÁLISE E RESULTADOS

2.2.1. ANÁLISE QUANTITATIVA

Da análise quantitativa das 93 ações, constatamos que:

- 1) a maior parte das ações sobre a pandemia foi ajuizada em abril de 2020: foram ajuizadas 19 ações no mês de abril (21%)¹⁴ (Gráfico 1);
- 2) a maioria das ações sobre a pandemia é ADI: 50 ações (54%).¹⁵ Todavia, o número

...

¹³ Em complemento à plataforma do STF, foi utilizado o boletim emitido pelo escritório Ayres Britto, intitulado “Supremo Tribunal Federal: a Judicialização da crise”, para contraexame dos dados extraídos da plataforma do STF pela verificação dos assuntos das ações, com o intuito de identificar as que diziam respeito à matéria federativa. Disponível em: <https://online.fliphtml5.com/hhays/bicv/?fbclid=IwAR2K7vaK9skN1WeZzE38zTyIElh16G5ZDh6gpXSRzRxZK5jj-2e0oDHvIVE#p=87>. Acesso em: 9 jan. 2023.

¹⁴ ADPF n. 672, ADI n. 6.362, ACO n. 3.381, ACO n. 3.382, ACO n. 3.383, ADI n. 6.376, ACO n. 3.384, ADI n. 6.381, ACO n. 3.385, ADPF n. 675, ACO n. 3.387, ADPF n. 676, ACO n. 3.389, ACO n. 3.390, ADI n. 6.394, ACO n. 3.391, ADI n. 6.405, ADI n. 6.406 e ACO n. 3.394.

¹⁵ ADIs n. 6.341, 6.343, 6.357, 6.362, 6.376, 6.381, 6.394, 6.405, 6.406, 6.410, 6.411, 6.423, 6.432, 6.435, 6.438, 6.441, 6.442, 6.443, 6.444, 6.445, 6.447, 6.448, 6.450, 6.451, 6.456, 6.464, 6.465, 6.484, 6.485, 6.486, 6.488, 6.489, 6.490, 6.491, 6.493, 6.495, 6.497, 6.498, 6.525, 6.526, 6.538, 6.541, 6.542, 6.575, 6.586, 6.587, 6.588, 6.623, 6.625 e 6.661.

expressivo de ACOs e ADPFs demonstra a existência de conflitos federativos relevantes durante a pandemia: foram 22 ACOs (24%)¹⁶ e 21 ADPFs (22%)¹⁷ (Gráfico 2);

3) a maioria das ações sobre a pandemia foi ajuizada por confederações, associações ou sindicatos: eles foram responsáveis por 43 ações (46%),¹⁸ seguidos pelos partidos políticos (24 ações – 26%),¹⁹ estados (19 ações – 21%),²⁰ governadores (5 ações – 5%)²¹ e, empatados, Presidente da República e Procurador-Geral da República (PGR), com 1% cada (1 ação cada)²² (Gráfico 3);

4) a região Nordeste foi da qual se originaram mais ações relativas a conflitos federativos. De 10 ações, o Nordeste foi responsável pelo ajuizamento de 5 – 26%,²³ seguido pelos estados das regiões Centro-Oeste (4 ações – 21%),²⁴ Norte (4 ações – 21%),²⁵ Sul (4 ações – 21%)²⁶ e Sudeste (2 ações – 11%)²⁷ (Gráfico 4);

5) quanto à situação das ações, em 31 delas houve o reconhecimento de conflito federativo por decisão do relator ou julgamento em Plenário (33%).²⁸ Destas:

• • •

¹⁶ ACOs n. 3.364, 3.381, 3.382, 3.383, 3.384, 3.385, 3.387, 3.389, 3.390, 3.391, 3.393, 3.394, 3.398, 3.400, 3.403, 3.417, 3.418, 3.425, 3.426, 3.451, 3.463 e 3.465.

¹⁷ ADPFs n. 665, 666, 671, 672, 675, 676, 680, 687, 690, 691, 692, 701, 702, 703, 706, 713, 720, 756, 770, 773 e 785.

¹⁸ ADPFs n. 665, 666, 672; ADIs n. 6.362, 6376; ADPF n. 675; ADIs n. 6.405, 6.406, 6.410, 6.411, 6.423, 6.435, 6.438, 6.432; ADPF n. 687; ADIs n. 6.441, 6.444, 6.448; ADPF n. 692; ADIs n. 6.451, 6.456, 6.465; ADPFs n. 701, 702, 703, 706, 713; ADI n. 6.485; ADPF 720; ADIs n. 6.484, 6.486; ACOs n. 3.417, 3.418; ADIs n. 6.495, 6.498, 6.526, 6.538, 6.541, 6.542, 6.575, 6.588; ADPF 770; e ADI 6.445.

¹⁹ ADIs n. 6.341, 6.343; ADPF n. 671; ADI n. 6.381; ACO n. 3.387; ADPFs n. 676, 680; ADIs n. 6.442, 6.443, 6.447; ADPFs n. 690, 691; ADIs n. 6.491, 6.493, 6.497, 6.525, 6.586, 6.587; ADPF n. 756; ADIs n. 6.623, 6.625; ADPFs n. 773, 785; e ADI n. 6.450.

²⁰ ACOs n. 3.364, 3.381, 3.382, 3.383, 3.384, 3.385, 3.389, 3.390, 3.391, 3.393, 3.394, 3.398, 3.400, 3.403, 3.425, 3.426, 3.451, 3.463, 3.465.

²¹ ADIs n. 6.394, 6.488, 6.489, 6.490 e 6.661.

²² ADIs n. 6.357 e 6.464, respectivamente.

²³ ACOs n. 3.385, 3.389, 3.391 e 3.451.

²⁴ ACOs n. 3.364, 3.382, 3.390 e 3.393.

²⁵ ACOs n. 3.383, 3.394, 3.398 e 3.400.

²⁶ ACOs n. 3.384, 3.403, 3.425 e 3.426.

²⁷ ACOs n. 3.463 e 3.465.

²⁸ ADI n. 6.341, ACO n. 3.364, ADI n. 6.343, ACO n. 3.393, ADPF n. 672, ADI n. 6.362, ACO n. 3.385, ADI n. 6.406, ACO n. 3.398, ADI n. 6.423, ACO n. 3.400, ADI n. 6.435, ADPF n. 691, ADPF n. 690,

– nos casos em que havia conflito de competência entre União e estados (24 ações),²⁹ em 79% dos casos foi reconhecida a competência dos estados/municípios (19 ações)³⁰ (Gráfico 5);

– nas ações ajuizadas por partidos políticos ou confederações/associações/sindicatos em face da União (14 ações),³¹ em 86% dos casos a União perdeu (12 ações)³² (Gráfico 6);

– nas ações ajuizadas por partidos políticos ou confederações/associações/sindicatos em face dos estados (10 ações),³³ em 70% dos casos as leis estaduais foram consideradas inconstitucionais (7 ações)³⁴ (Gráfico 7).

...

ADPF n. 692, ADI n. 6.451, ADI n. 6.484, ACO n. 3.418, ACO n. 3.417, ADI n. 6.495, ACO n. 3.425, ACO n. 3.426, ADI n. 6.575, ADI n. 6.586, ADI n. 6.587, ADPF n. 756, ADPF n. 770, ACO n. 3.451, ADI n. 6.625, ACO n. 3.463 e ADPF n. 785.

²⁹ ACO n. 3.393, ADPF n. 672, ADI n. 6.341, ADI n. 6.343, ADI n. 6.362, ACO n. 3.385, ADI n. 6.406, ACO n. 3.398, ACO n. 3.400, ADPF n. 691, ADPF n. 690, ADPF n. 692, ADI n. 6.586, ADI n. 6.587, ADPF n. 756, ADPF n. 770, ACO n. 3.451, ADI n. 6.625, ACO n. 3.463, ACO n. 3.364, ADI n. 6.423, ADI n. 6.435, ACO n. 3.425 e ACO n. 3.426.

³⁰ ACO n. 3.393, ADPF n. 672, ADI n. 6.341, ADI n. 6.343, ADI n. 6.362, ACO n. 3.385, ADI n. 6.406, ACO n. 3.398, ACO n. 3.400, ADPF n. 691, ADPF n. 690, ADPF n. 692, ADI n. 6.586, ADI n. 6.587, ADPF n. 756, ADPF n. 770, ACO n. 3.451, ADI n. 6.625 e ACO n. 3.463.

³¹ ADPF n. 785, ADI n. 6.423, ADI n. 6.586, ADI n. 6.587, ADPF n. 756, ADPF n. 770, ADI n. 6.625, ADI n. 6.341, ADI n. 6.343, ADPF n. 672, ADI n. 6.362, ADPF n. 691, ADPF n. 690 e ADPF n. 692.

³² ADI n. 6.586, ADI n. 6.587, ADPF n. 756, ADPF n. 770, ADI n. 6.625, ADI n. 6.341, ADI n. 6.343, ADPF n. 672, ADI n. 6.362, ADPF n. 691, ADPF n. 690 e ADPF n. 692.

³³ ACOs n. 3.418 e 3.417; ADIs n. 6.406, 6.451, 6.484, 6.495, 6.575, 6.435, 6.451 e 6.484.

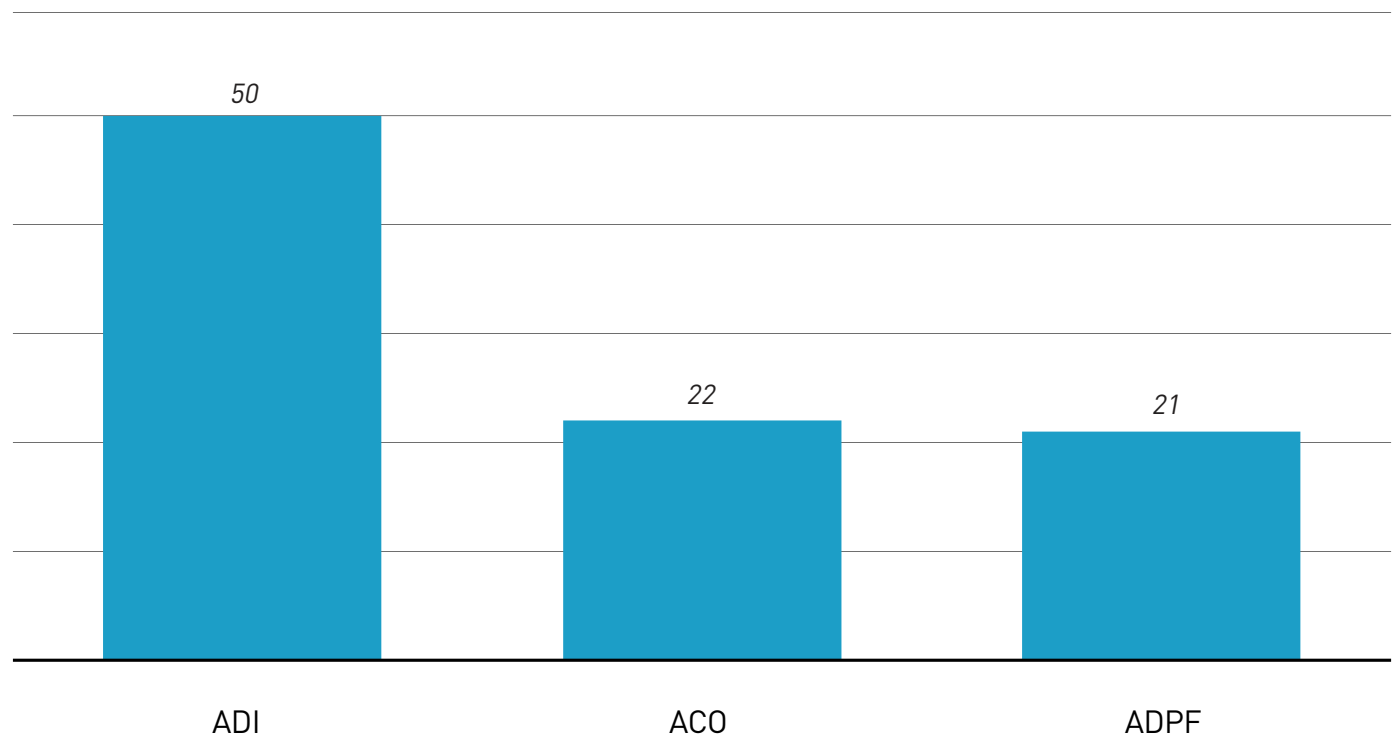
³⁴ ADIs n. 6.406, 6.435, 6.451, 6.484, 6.495, 6.575.

GRÁFICO 1 – QUANTIDADE DE AÇÕES POR MÊS



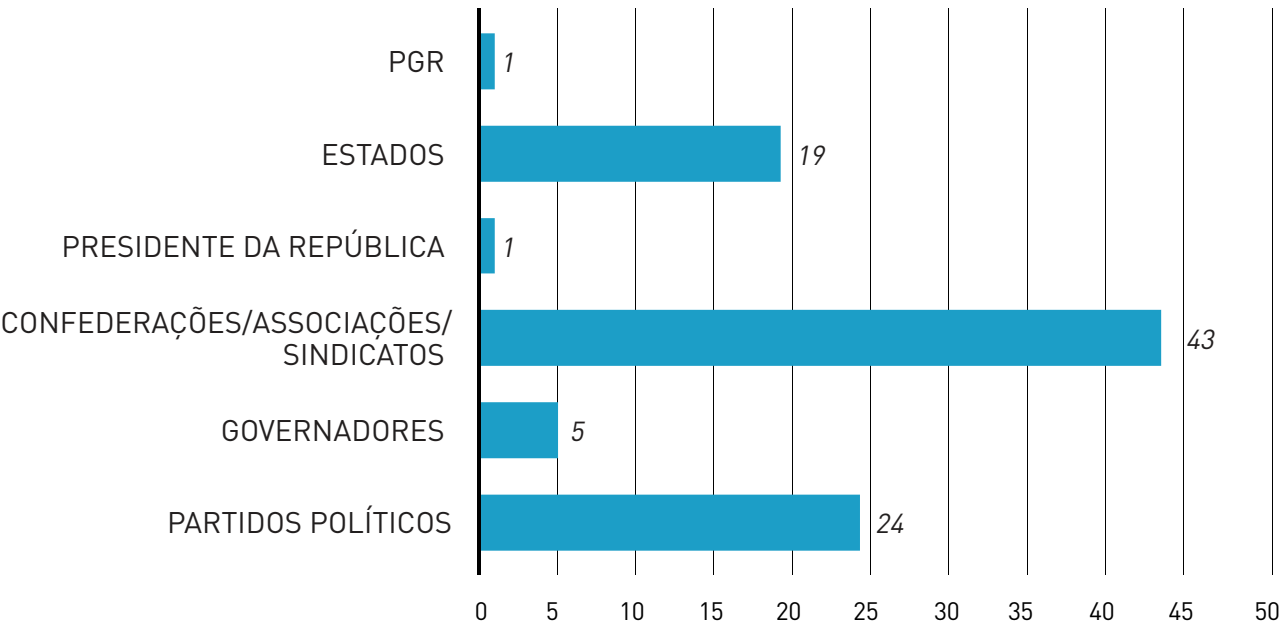
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Painel de Ações Covid-19 do STF.

GRÁFICO 2 – QUANTIDADE DE AÇÕES POR CLASSE PROCESSUAL



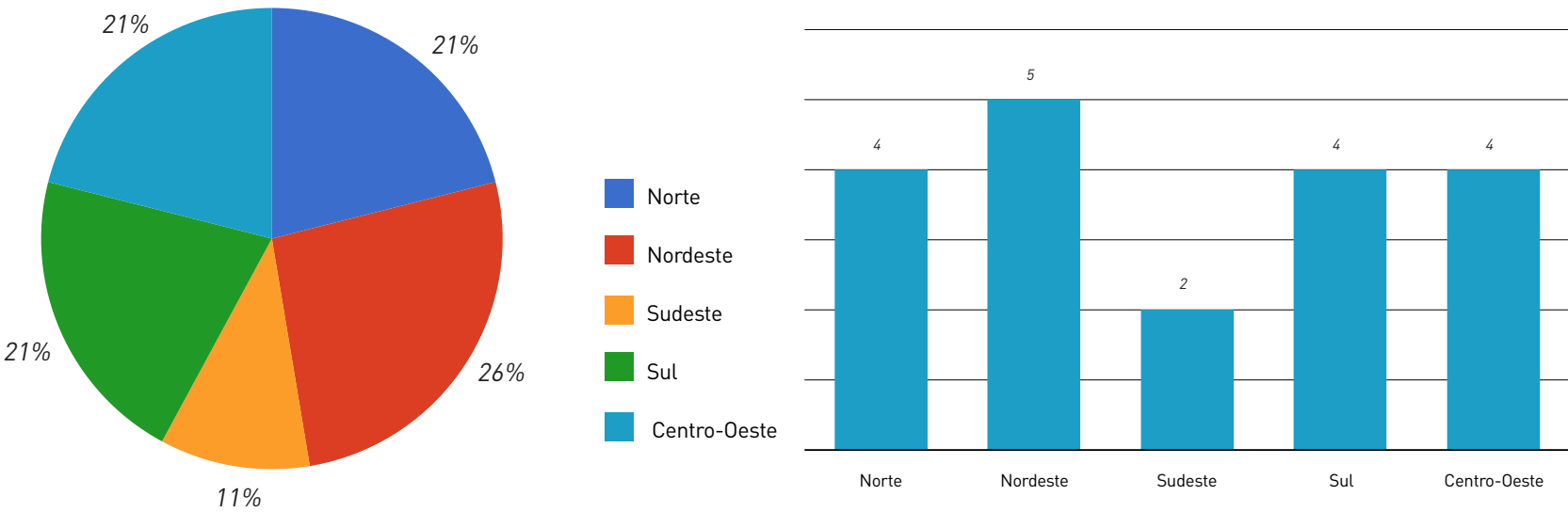
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Painel de Ações Covid-19 do STF.

GRÁFICO 3 – QUANTIDADE DE AÇÕES POR AUTORES



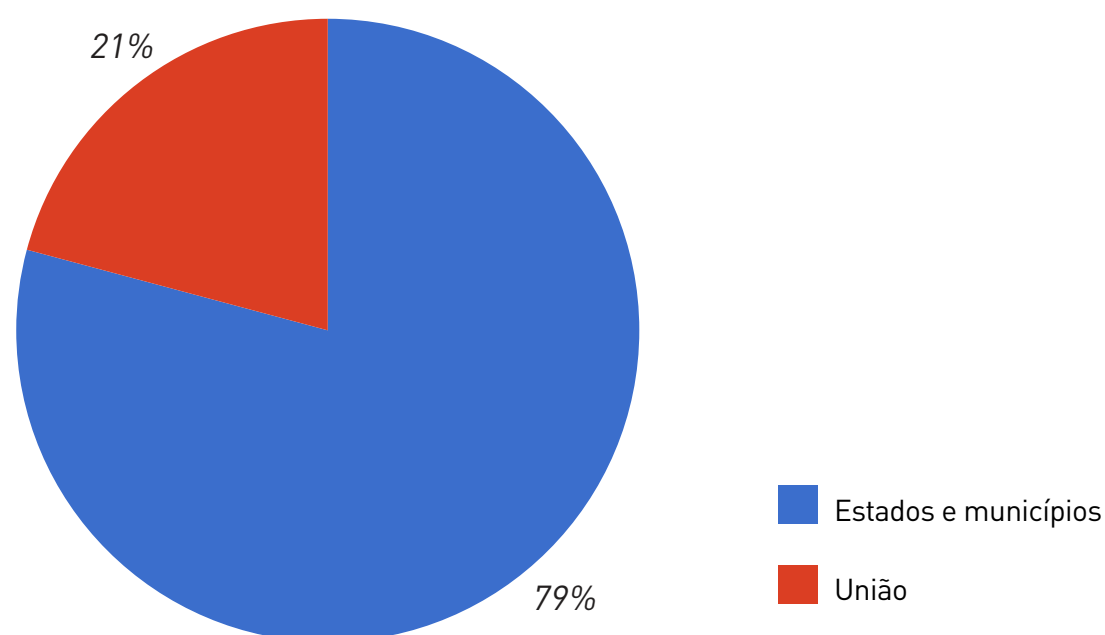
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Painel de Ações Covid-19 do STF.

GRÁFICO 4 – QUANTIDADE DE AÇÕES POR REGIÃO



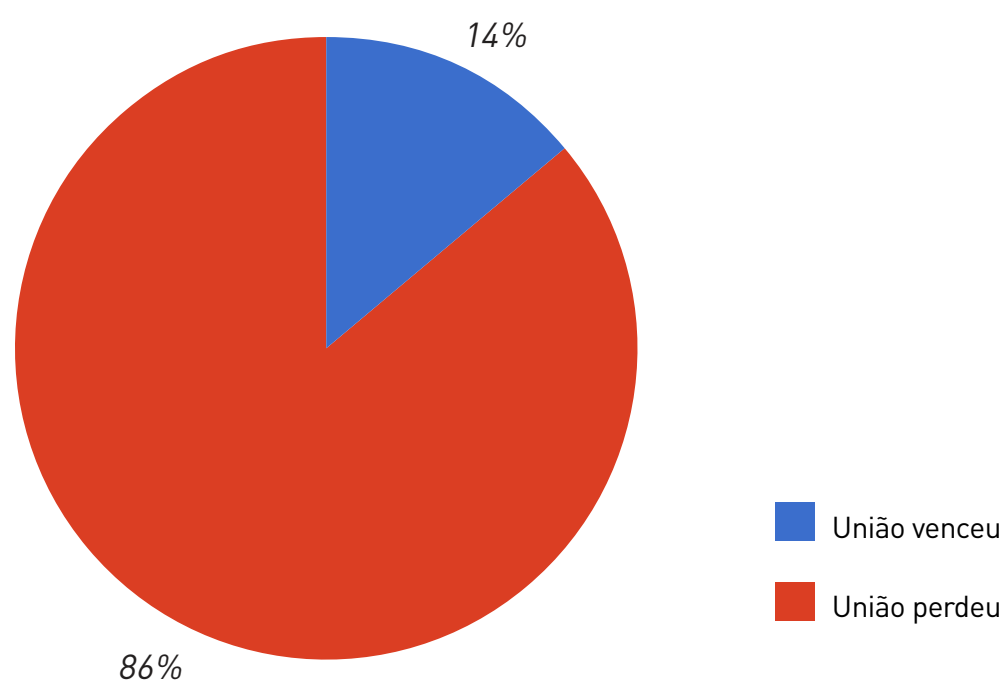
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Painel de Ações Covid-19 do STF.

GRÁFICO 5 – **PERCENTUAL DE VITÓRIA EM AÇÕES DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE ESTADOS/MUNICÍPIOS E UNIÃO**



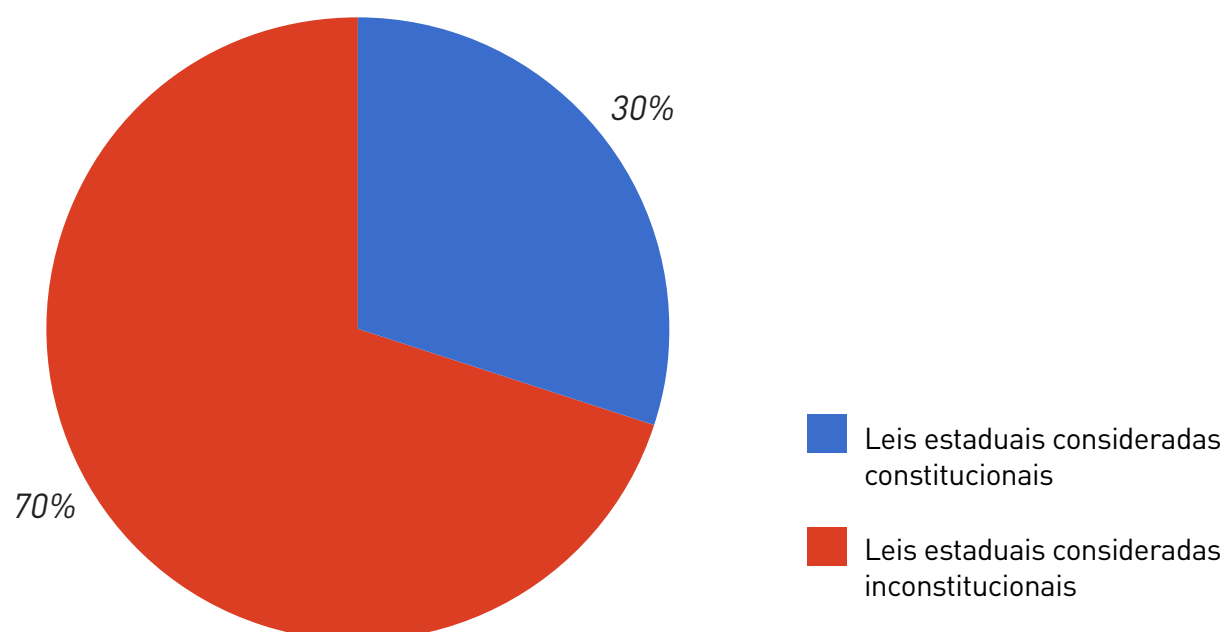
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Painel de Ações Covid-19 do STF.

GRÁFICO 6 – **PERCENTUAL DE VITÓRIA EM AÇÕES AJUIZADAS POR ORGANIZAÇÕES (PARTIDOS POLÍTICOS, CONFEDERAÇÕES/ ASSOCIAÇÕES/ SINDICATOS) EM FACE DA UNIÃO**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Painel de Ações Covid-19 do STF.

GRÁFICO 7 – **PERCENTUAL DE VITÓRIA EM AÇÕES AJUIZADAS POR ORGANIZAÇÕES (PARTIDOS POLÍTICOS, CONFEDERAÇÕES/ASSOCIAÇÕES/SINDICATOS) EM FACE DE LEIS ESTADUAIS**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Painel de Ações Covid-19 do STF.

2.2.2. ANÁLISE QUALITATIVA

Passamos, agora, à temática das ações, com o exame das que tiveram conflito federativo reconhecido e, mais, da tendência do Tribunal ao julgá-las – se mais centralizadora ou descentralizadora. Identificamos que a **atuação descentralizadora** do STF durante a pandemia se concentrou nos seguintes temas: políticas públicas no combate à pandemia;³⁵ orçamento público (Lei de Responsabilidade Fiscal [LRF] e Lei de Diretrizes Orçamentárias [LDO]);³⁶ requisição administrativa;³⁷ ventiladores pulmonares;³⁸ requisição de leitos de UTI;³⁹ impugnação de dispositivos da Lei Complementar (LC) n. 173/2020;⁴⁰ e possibilidade de lei estadual

...

³⁵ ADI n. 6.341, ADPF n. 672, ADI n. 6.343, ADPF n. 703, ADI n. 6.586, ADI n. 6.587, ADPF n. 770 e ADPF n. 756.

³⁶ ADIs n. 6.357 e 6.394.

³⁷ ADPF n. 671, ADI n. 6.362 e ACO n. 3.463.

³⁸ ACOs n. 3.393, 3.385 e 3.398.

³⁹ ADI n. 6.625.

⁴⁰ ADIs n. 6.442, 6.447, 6.450 e 6.525.

que proíba corte de serviço essencial por inadimplemento.⁴¹ Da **atuação centralizadora** do STF durante a pandemia, os principais temas foram: relações contratuais e política de crédito;⁴² possibilidade de leis estaduais que legislam sobre mensalidades em instituições de ensino privadas.⁴³

Surge disso uma primeira conclusão: a atuação do STF durante a pandemia, nos temas relacionados a conflitos federativos, foi majoritariamente descentralizadora, tanto em números absolutos de ações (das 33 ações com conflito federativo reconhecido e julgadas em plenário, 22 foram em prol da descentralização) quanto em âmbito temático (dos nove principais assuntos das ações julgadas em plenário com conflito federativo conhecido, sete são de ações em que se reconheceu a descentralização).

Tal conclusão ganha ainda mais relevância quando consideramos que, apesar de todas essas ações versarem, em última análise, sobre direito à saúde, as medidas determinadas pelos entes federados têm implicação prática em outras áreas, por exemplo, as relacionadas a transportes, políticas públicas, relações contratuais e consumeristas. Nessa perspectiva, citamos os exemplos da LC n. 173/2020, em vigor desde 28 de maio de 2020, que instituiu um programa envolvendo os entes federados em medidas orçamentárias voltadas ao enfrentamento do coronavírus. De forma semelhante, a Emenda Constitucional (EC) n. 106/2020, aprovada pelo Congresso Nacional em maio de 2020, instituiu um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da pandemia. Para além dessas leis, outro grande exemplo é a Lei n. 13.979, sancionada em fevereiro de 2020, uma legislação complexa que deu ferramentas ao Estado para o enfrentamento da emergência sanitária.

As três legislações mencionadas representam atos coordenados dos Poderes Executivo e Legislativo que contêm elementos que ultrapassam o tema da saúde pública e cuidam, a um só tempo, de questões afetas à seguridade social, à defesa e ao cuidado da saúde. Nesses casos, a interpretação constitucional pode apontar que a competência para legislar é privativa da União (art. 22, XXIII, da CF/88), ou concorrente entre estados e União (art. 24, XII, da CF/88), ou, ainda, comum entre todos os entes (art. 23, II, da CF/88). No que diz respeito à atuação descentralizadora do STF, das ações⁴⁴ que trataram sobre políticas públicas

41 ADI n. 6.406.

42 ADIs n. 6.451, 6.484 e 6.495.

43 ADIs n. 6.323, 6.435 e 6.575.

44 Para além dos exemplos trazidos, menciona-se a ADPF 672, proposta em 01.04.2020 pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, que tratava das ações e omissões do Poder Público Federal, com foco no Presidente da República e no Ministério da Economia, na condução de políticas públicas voltadas à pandemia. Em 15.04.2020, foi publicada decisão monocrática que deferiu parcialmente a medida liminar requerida e, em 13.10.2020, o Tribunal, por unanimidade, confirmou a medida

para conter a pandemia, versando, especificamente, sobre o reconhecimento da autonomia dos entes para legislar sobre o tema, é interessante frisar a leitura feita pelo STF da repartição de competências relativas ao direito à saúde e assistência pública. A Corte afirmou que a Carta Magna consagrou a existência de competência administrativa comum aos entes (art. 23, II e IX, da CF/88), bem como previu competência concorrente entre União e estados/DF para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF/88), permitindo aos municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF/88). Ademais, previu a descentralização político-administrativa do Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 198 da CF/88 e art. 7º da Lei n. 8.080/1990), inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei n. 8.080/1990). Neste ponto, é imprescindível rememorar a proposta de recompreensão do federalismo do ministro Fachin, exposta, sobretudo, nas ADIs n. 6.341 e 6.343.

A ADI n. 6.341, ajuizada em 23 de março de 2020 pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e distribuída ao ministro Marco Aurélio, versa sobre o reconhecimento de que as medidas adotadas pelo governo federal na Medida Provisória (MP) n. 926/2020⁴⁵ para o enfrentamento do coronavírus não afastassem a competência concorrente dos demais entes federados. Em julgamento no dia 15 de abril de 2020, o Tribunal, por maioria,⁴⁶ seguindo a tese do ministro Fachin, definiu que, como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde. O ministro Fachin disse que, na organização das competências federativas, a União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CF/88), quer por lei complementar (art. 23, parágrafo único, da CF/88), norma que organize a cooperação federativa.

...

cautelar e, no mérito, julgou parcialmente procedente. Reconheceu-se que, apesar de o Poder Executivo federal ter papel central no planejamento e na coordenação das ações governamentais, não pode ele afastar unilateralmente as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei n. 13.979/2020 no âmbito de seus territórios. Essa ADPF é um típico exemplo de ação que tinha como matéria de fundo outros temas, como transporte, requisição administrativa, etc., de modo que o STF, utilizando a argumentação sobre a competência comum e concorrente no direito à saúde, acabou por decidir pela descentralização sobre uma variedade de assuntos (ADPF 672, Plenário, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 13.10.2020).

⁴⁵ Já revogada, alterava a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 9 jan. 2023.

⁴⁶ Foram vencidos os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e, em parte, o ministro Alexandre de Moraes.

Em seguida, imprescindível mencionar a ADI n. 6.343, ajuizada em 24 de março de 2020 pela Rede Sustentabilidade e distribuída ao ministro Marco Aurélio, que versa sobre a suspensão de pontos das MPs n. 926/2020 e 927/2020⁴⁷ e competência dos entes federados durante a pandemia. Em 6 de maio de 2020, o Tribunal, por maioria,⁴⁸ concedeu parcialmente a cautelar, afirmando que os condicionamentos imposto pela Lei n. 13.979/2020 aos estados e municípios restringiam indevidamente o exercício das competências constitucionais desses entes, em detrimento do pacto federativo. Com voto vencido, o relator ministro Marco Aurélio, seguindo a manifestação do Presidente da República no sentido de decorrer diretamente do princípio da predominância dos interesses a prerrogativa da União para estabelecer diretrizes gerais, entendeu que o momento pandêmico exigia um tratamento nacional do âmbito da locomoção, motivo pelo qual seria inviável emprestar ênfase maior ao critério da descentralização, deixando a cargo de cada estado restringir ou não a locomoção entre os municípios. Contudo, o redator para acórdão, ministro Alexandre de Moraes, reafirmou as competências comuns e concorrentes na efetivação do direito à saúde, afirmando não ser possível que a União restrinja a competência dos estados para regulamentar o transporte intermunicipal.

Ainda neste tópico das políticas públicas, com foco na vacinação contra a covid-19, recentemente, a Corte julgou a ADI n. 6.586, proposta em 21 de outubro de 2020, e a ADI n. 6.587, proposta em 22 de outubro de 2020, ambas pelo PDT e distribuídas ao ministro Lewandowski, que requeriam fosse fixada orientação no sentido de competir aos estados e municípios determinarem a realização compulsória de vacinação. Em 17 de dezembro de 2020, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes as ADIs, determinando que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada e que tais medidas podem ser implementadas por todos os entes.⁴⁹ Outrossim, na ADPF n. 756, proposta em 23 de outubro de 2020 pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL),

...

⁴⁷ Já revogada, dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dava outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 9 jan. 2023.

⁴⁸ Vencido o ministro Marco Aurélio e, em parte, os ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

⁴⁹ Além dessas, destacam-se, ainda, a ADPF n. 770, proposta em 9 de dezembro de 2020 pela OAB, contra as ações e omissões do Poder Público Federal, ao demorar para fornecer um plano de vacinação nacional e definitivo; e a ACO n. 3.451, ajuizada em 9 de dezembro de 2020 pelo estado do Maranhão – ambas de relatoria do ministro Lewandowski e julgadas em conjunto. Em 18 de dezembro de 2020, foi publicada decisão monocrática deferindo em parte a cautela, que foi referendada em Plenário em 24 de fevereiro de 2021, por unanimidade. No seu voto, o ministro Lewandowski frisou que, não obstante constitua incumbência do Ministério da Saúde coordenar o Programa Nacional de Imunizações (PNI) e definir as

Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Socialista Brasileiro (PSB) e Cidadania, distribuída ao ministro Lewandowski, o relator, fazendo menção ao federalismo cooperativo como um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais, frisou que a pandemia exigia uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais, sobretudo mediante a implementação de programas universais de vacinação. Quanto às ações sobre orçamento público e economia, o STF decidiu duas vezes, nas ADIs n. 6.357 e 6.394. A ADI n. 6.357, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, foi julgada em plenário em 13 de maio de 2020, ocasião na qual o Tribunal, por maioria,⁵⁰ referendou a medida cautelar que afastara excepcionalmente as exigências da LRF e LDO aos entes federados. O acórdão ressaltou a necessidade de uma atuação coordenada dos entes, visto que todos teriam que realizar gastos destinados à proteção do direito à saúde e à vida, sendo ambos direitos fundamentais de máxima importância, decorrendo disso a permissão para o descumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade. No que diz respeito ao tema das requisições administrativas, o STF decidiu sobre o assunto três vezes: na ADPF n. 671, na ADI n. 6.362 e na ACO n. 3.463. Nas três, foi reconhecida a competência concorrente e comum dos entes sobre o tema, com fundamento nos arts. 5º, XXIII e XXV, e 170, III, da CF/88, podendo o instituto ser desencadeado por qualquer dos entes federados, com base no art. 23, II, da CF/88, que estabelece que é da competência comum destes “cuidar da saúde e assistência pública”. Outrossim, o art. 24, XII, da CF/88 atribui competência concorrente aos entes para legislar sobre “proteção e defesa da saúde”. Para além dos dispositivos constitucionais, o art. 15, XIII, da Lei n. 8.080/1990 também permite que, em caso de calamidade pública, a autoridade competente da esfera administrativa requisiite bens e serviços; assim como o art. 3º, VII, da Lei n. 13.979/2020, que incluiu uma previsão de requisição administrativa voltada ao enfrentamento da covid-19 para qualquer ente federado. Assim, apesar do reconhecido papel da União no combate à pandemia, apreendido dos arts. 21, XVIII, e 198 da CF/88, decidiu-se que não há evidências de que o Ministério da Saúde tenha a capacidade de analisar e solucionar as multifacetadas situações emergenciais que eclodem em cada uma das regiões ou localidades do país.

Utilizando como exemplo a ADI n. 6.362, ajuizada em 2 de abril de 2020 pela Confederação Nacional de Saúde (CNS), tínhamos o pleito pelo reconhecimento de que cabia ao Ministério da Saúde coordenar as medidas de requisições administrativas, as quais não poderiam ser

...

vacinas integrantes do calendário nacional de imunizações, tal atribuição não exclui a competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para fazer adaptações às peculiaridades locais, no exercício da competência comum.

⁵⁰ Vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin.

levadas a efeito pelos entes subnacionais antes do consentimento da pasta. A petição inicial ressaltava “o quadro de balbúrdia federativa que a leitura equivocada da Lei n. 13.979/2020 tem gerado” e que a predominância do interesse geral da União em coordenar as requisições administrativas realizadas no território do país seria indisputável. Em 2 de setembro de 2020, o STF julgou improcedente a ADI e reiterou, por unanimidade, que estados e municípios podem requisitar insumos de saúde e leitos de UTI sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde.⁵¹ Ainda, quanto à validade de ato administrativo por meio do qual a União requisitara ventiladores pulmonares adquiridos por estado-membro, o STF decidiu pela impossibilidade do ato em três ACOs (ACOs n. 3.393, 3.385 e 3.398). A Corte afirmou que a tentativa de requisição unilateral de equipamentos essenciais ao enfrentamento de emergência sanitária adquiridos por estado-membro revelava o uso abusivo, pela União, da função de planejar as políticas públicas de saúde em âmbito nacional. Em relação à impugnação de leis estaduais que proibiam corte de serviços essenciais por inadimplemento durante a pandemia, estava em jogo definir se os diplomas estaduais atuavam suplementarmente na proteção do consumidor, com base na competência concorrente, ou se invadiam o campo privativo da União, para tratar de serviços e instalações de energia elétrica, bem como dos direitos dos usuários de serviços públicos (arts. 21, XII, “b”, e 22, IV, da CF/88). Nesse tópico, menciona-se a ADI n. 6.406, proposta em 30 de abril de 2020 pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee) e distribuída ao ministro Marco Aurélio, na qual se requeria a suspensão da Lei n. 20.187/2020, do Estado do Paraná, que proibiu o corte de energia elétrica e outros serviços essenciais. Em 21 de dezembro de 2020, o Tribunal, por maioria,⁵² indeferiu a liminar, nos termos do voto do relator.

O relator ministro Marco Aurélio, apesar de reconhecer que o plenário, em diversas oportunidades, assentara a inconstitucionalidade de normas estaduais que interferiram diretamente na atividade desempenhada pelas concessionárias de serviços de fornecimento de energia elétrica e água, disse que o alcance da regra do diploma impugnado reclamava a adoção de óptica diversa. Falou que o legislador estadual, ao editar norma proibindo cortes no fornecimento de serviços de energia elétrica durante a pandemia de covid-19, não interviu diretamente no núcleo de atuação das empresas voltadas à prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica e água, de modo que não usurpara a competência privativa da União.

...

⁵¹ A ministra Rosa Weber, no seu voto, afirmou que “as diversidades presentes na realidade dos diferentes Estados e Municípios deste país continental soblevam na avaliação dos requisitos ensejadores das requisições administrativas”, e “as peculiaridades locais expressam a concretização do princípio da subsidiariedade na federação brasileira”, entendido como “substrato axiológico a decisão de preferência em favor do nível governamental mais próximo aos interessados”.

⁵² Vencidos os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Argumentando que os usuários de serviço público também se caracterizam como consumidores, o ministro disse que estes devem ser protegidos por normas específicas, como a contida na lei impugnada, dado se tratar da manifestação do exercício da competência concorrente dos estados para legislar sobre direito do consumidor (art. 24, V, da CF/88).

Todavia, o ministro Dias Toffoli, que votou divergentemente, alegou que admitir a atuação legislativa dos estados em matéria de energia elétrica, “ainda que em razão de uma finalidade louvável”, é permitir que os estados-membros alterem ajustes cujas consequências econômicas não podem prever e que não serão por eles suportadas. De igual forma, o ministro Gilmar Mendes, que apresentou voto-vogal, afirmou que “o momento de continência não pode afastar a preservação das competências federativas disciplinadas constitucionalmente”. Logo, no cenário dito “descentralizador”, reiteradamente os ministros frisaram que o que menos precisávamos no contexto pandêmico era de embates judiciais entre entes federativos nos quais algum ente tentasse anular o que o outro fez ou sobrepujar o posicionamento dos demais. Entretanto, como observado pelo ministro Alexandre de Moraes na ADPF n. 672, tivemos divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos mesmo em assuntos técnicos e de tratamento uniforme em âmbito internacional. Por várias vezes os ministros realizaram digressões sobre o federalismo cooperativo, alegando que este exige que os entes se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária.

Partindo, agora, para a análise das matérias em que o STF decidiu de modo **centralizador**, temos os casos de leis estaduais, as quais, a despeito de declararem tratar de matéria consumerista (art. 24, V e VIII, da CF/88), foram consideradas inconstitucionais pelo STF, por versarem sobre temas de competência privativa da União, especificamente sobre relações contratuais (art. 22, I, da CF/88) e políticas de crédito (art. 22, VII, da CF/88). Isso ocorreu em três ações: nas ADIs n. 6.484, 6.451 e 6.495. Em todos os casos, os relatores reconheceram a boa intenção do legislador estadual em amenizar a crise gerada pela pandemia, não obstante, entenderam que isso não sanava a inconstitucionalidade formal dos diplomas, porquanto a relevância das atividades desempenhadas pelas instituições financeiras demanda a existência de coordenação centralizada das políticas de crédito.

Dos casos anteriormente catalogados, expomos como exemplo a ADI n. 6.451, ajuizada em 9 de junho de 2020 pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) e distribuída à ministra Cármen Lúcia, que requeria a suspensão integral da Lei n. 11.699/2020, do Estado da Paraíba, a qual determinara a suspensão, durante a pandemia, do pagamento do contrato de crédito consignado de consumidores que são servidores públicos estaduais. Em 8 de fevereiro de 2021, o Tribunal, por maioria,⁵³ julgou procedente o pedido,

...

53 Vencido o ministro Marco Aurélio.

nos termos do voto da relatora. Ganha destaque o voto vencido do ministro Marco Aurélio, que entendeu que a lei impugnada seria constitucional, visto que teria buscado potencializar, no âmbito local, mecanismo de tutela da dignidade dos consumidores, considerada a pandemia de covid-19.

Igualmente, o STF reconheceu a competência privativa da União para legislar sobre descontos nas mensalidades da rede privada de ensino durante a pandemia, afirmando se tratar de tema afeto ao direito civil e contratual (art. 22, I, da CF/88), declarando, consequentemente, inconstitucionais diplomas estaduais que versavam sobre a matéria. Isso ocorreu na ADI n. 6.435, ajuizada em 22 de maio de 2020 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), que impugnava a Lei n. 11.259/2020, do Estado do Maranhão; na ADI n. 6.423, proposta em 15 de maio de 2020, também pela Confenen, que impugnava a Lei n. 17.208/2020, do Estado do Ceará; e na ADI n. 6.575, ajuizada em 1º de outubro de 2020, mais uma vez pela Confenen, que impugnava a Lei n. 14.279/2020, do Estado da Bahia. Em 21 de dezembro de 2020, o Tribunal, por maioria, julgou procedentes as ações, nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, restando vencidos parcialmente os ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia e Rosa Weber, que julgavam parcialmente procedente o pedido, e vencido o ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido improcedente.

Sem aprofundar muito em sua justificativa, o ministro relator Alexandre de Moraes fez algumas digressões sobre o princípio da predominância dos interesses, afirmando ser o princípio geral que norteia a repartição de competências entre os entes, e que a matéria de descontos em mensalidades seria afeta ao direito civil e, por isso, de interesse geral da União. Porém, apesar de também fazer menção ao princípio da predominância dos interesses, o voto vencido do ministro Marco Aurélio foi em sentido contrário: afirmou que o texto constitucional não impede a elaboração de legislação estadual que, sem tratar especificamente dos negócios jurídicos já firmados, venha a afetar a atividade dos estabelecimentos de ensino, preservado o núcleo de obrigações assumidas em contrato. Em outros termos, “ausente interferência na atividade-fim das pessoas jurídicas abrangidas pela eficácia do ato atacado, inexistente usurpação de competência da União”. Eis um exemplo da conceituação do critério da preponderância dos interesses e do seu uso opaco, uma vez que permite que se decida com base nele, ainda que de maneiras opostas.

Por sua vez, o ministro Fachin, parcialmente vencido, também argumentou que o diploma se tratava de competência referente à proteção do consumidor, a um, porque inexistente vedação expressa de lei federal nesse sentido, a dois, pois, embora tratasse de redução de mensalidades, havia a peculiaridade do contexto excepcional da pandemia, que ensejara a alteração do serviço efetivamente contratado e a necessidade de proteção uniforme dos consumidores do estado.

Dessa análise, observamos dois movimentos subsequentes: primeiro, em uma atuação descentralizadora, temos um STF que, utilizando uma leitura ímpar da CF/88 sobre o direito à saúde e à vida, reconheceu a competência dos estados e dos municípios para legislar e

decidirem, ao lado da União, sobre uma variedade de temas. E depois, em consequência da descentralização com relação à garantia ao direito à saúde, decidiu-se pela autonomia dos entes para elaborarem políticas públicas, flexibilizarem seus orçamentos, fazerem requisições administrativas, comprarem ventiladores pulmonares e vacinas, assim como elaborarem leis protegendo consumidores inadimplentes.

A pandemia escancarou as fraquezas e as virtudes de nossa forma de governança, em especial do sistema público responsável por assegurar os direitos fundamentais à vida e à saúde. Não à toa, o argumento que embasou a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para enfrentamento da pandemia foi, sobretudo, a necessidade de suprir lacunas ou omissões do governo central. A despeito de, antes da pandemia, já existirem alternativas ao cenário de centralização da federação, a exemplo da proposta de recompreensão do federalismo do ministro Fachin, para além de alguns casos esparsos, faltava um ambiente propício para uma efetiva proliferação dessas ideias.

Foi a ingerência do chefe do Poder Executivo Federal durante a pandemia que exigiu um posicionamento distinto do Tribunal. Veja-se o exemplo da ACO n. 3.463, em que se reconheceu que a incúria do governo federal não poderia penalizar a diligência da administração do estado de São Paulo, a qual vinha se preparando para enfrentar a crise sanitária por meio da aquisição prévia de vacinas. Como explanado pelo ministro Fachin naquela ação, o pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da CF/88.

Já na atuação centralizadora, observamos o mesmo STF de antes da pandemia, patinando nas mesmas discussões, especificamente ao decidir sobre leis estaduais multitemáticas, em que surgem dúvidas se o diploma trata de competência privativa da União, ao versar sobre relações contratuais, ou de competência concorrente dos entes federativos, ao abordar relações consumeristas.

Por que lei estadual que proíbe corte de serviços como luz e água durante a pandemia foi considerada matéria consumerista, ao passo que lei estadual que suspendeu o pagamento de contratos de créditos de servidores públicos e a que deu desconto nas mensalidades de escolas privadas foram consideradas afetas ao direito civil? A diferença não restou evidente.

Isso porque, em todos esses casos, o STF continuou aplicando o princípio da predominância dos interesses, o qual, segundo o ministro Alexandre de Moraes, “norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro” (ADI n. 6.435). Esse princípio chegou a ser utilizado até mesmo por ministros com posicionamentos divergentes, para justificar ora o reconhecimento da competência concorrente e comum, ora a competência privativa da União. Melhor dizendo, em algumas oportunidades, o princípio foi utilizado para argumentar que o texto constitucional não impede a elaboração de legislação estadual que, preservando o núcleo relativo às normas gerais editadas pelo Congresso Nacional, venha a complementá-las e não as substituir. Em outras ocasiões, contudo, argumentou-se que o momento de crise não podia justificar a usurpação de competências privativas da União. Isso

mostra a permanência, durante a pandemia, da grande adaptabilidade e indeterminação desse princípio, que permite sua aplicação em variadas situações, segundo o posicionamento dos ministros sobre as matérias.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, chegamos a algumas conclusões interessantes, sobretudo quando comparamos a atuação prévia e durante a pandemia do STF em matéria federativa, e que estão brevemente sintetizadas no Quadro 1, a seguir.

QUADRO 1 – COMPARAÇÃO ENTRE A ATUAÇÃO DO STF ANTES E DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

ANTES DA PANDEMIA DE COVID-19

AS DECISÕES DO STF NAS DISPUTAS FEDERATIVAS TENDIAM A PROMOVER A CENTRALIZAÇÃO POLÍTICA DA FEDERAÇÃO.

O DESENHO INSTITUCIONAL FEDERATIVO DELINEADO PELA CF/88 FAVORECIA A CENTRALIZAÇÃO PRÓ-UNIÃO.

HAVIA UMA TENDÊNCIA DO STF EM FAVORECER O GOVERNO CENTRAL, EM DETRIMENTO DOS GOVERNOS ESTADUAIS, JÁ QUE A TAXA DE ÊXITO DA UNIÃO NAS AÇÕES QUE PROPÔS CONTRA OS ESTADOS FOI SIGNIFICATIVAMENTE SUPERIOR ÀS ADIS PROPOSTAS POR ASSEMBLEIAS E GOVERNADORES CONTRA O GOVERNO CENTRAL.

DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

DURANTE A PANDEMIA, ISSO PARECE TER MUDADO: HOVE UMA MAIOR DESCENTRALIZAÇÃO. MAS ESSA MUDANÇA CONTINUA CARECENDO DE UMA MAIOR EXPLICAÇÃO, VIDE O RECONHECIMENTO DE IMPOSSIBILIDADE DE QUE ESTADOS EDITEM LEIS QUE DEEM DESCONTOS EM MENSALIDADES ESCOLARES E QUE SUSPENDAM O PAGAMENTO TEMPORÁRIO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO DE SERVIDORES PÚBLICOS.

A PROPOSTA DE RECOMPREENSÃO DO FEDERALISMO DO MINISTRO FACHIN ATUA COMO TERCEIRA VIA PARA A LEITURA DA CF/88, AO PROPOR A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO INDEFINIDO DA SUPREMACIA DOS INTERESSES. ESSA PROPOSTA GANHOU MAIOR DESTAQUE DURANTE A PANDEMIA, NO ENTANTO, ISSO NÃO SIGNIFICA QUE ELA SERÁ IMPLEMENTADA A LONGO PRAZO PELO TRIBUNAL NEM QUE ELA FOI IMPLEMENTADA NOS EXATOS TERMOS DEFENDIDOS PELO MINISTRO FACHIN.

AO MENOS DURANTE A PANDEMIA, DO LEVANTAMENTO DE DECISÕES VERIFICOU-SE QUE, NOS CASOS DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE UNIÃO E ESTADOS (24 AÇÕES), EM 79% DELES FOI RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS/MUNICÍPIOS (19 AÇÕES).

(continua)

OS LEGITIMADOS FEDERAIS (PRESIDENTE DA REPÚBLICA, SENADO FEDERAL, CÂMARA DOS DEPUTADOS E PGR) ERAM OS PRINCIPAIS RESPONSÁVEIS PELA INSTAURAÇÃO DE CONFLITOS FEDERATIVOS ENTRE GOVERNO CENTRAL E GOVERNOS REGIONAIS POR MEIO DE ADI.

OS PRINCIPAIS RESPONSÁVEIS PELA INSTAURAÇÃO DE CONFLITOS FEDERATIVOS DURANTE A PANDEMIA FORAM OS PARTIDOS POLÍTICOS E AS CONFEDERAÇÕES/ASSOCIAÇÕES/SINDICATOS. ASSIM:

- NAS AÇÕES AJUIZADAS POR PARTIDOS POLÍTICOS OU CONFEDERAÇÕES/ASSOCIAÇÕES/SINDICATOS EM FACE DA UNIÃO (14 AÇÕES), EM 86% DOS CASOS A UNIÃO PERDEU (12 AÇÕES);
- NAS AÇÕES AJUIZADAS POR PARTIDOS POLÍTICOS OU CONFEDERAÇÕES/ASSOCIAÇÕES/SINDICATOS EM FACE DOS ESTADOS (10 AÇÕES), EM 70% DOS CASOS AS LEIS ESTADUAIS FORAM CONSIDERADAS INCONSTITUCIONAIS (7 AÇÕES).

O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE RESTRINGIA AINDA MAIS A DESCENTRALIZAÇÃO.

O CONTROLE ABSTRATO NÃO RESTRINGIU A DESCENTRALIZAÇÃO, VISTO QUE A MAIORIA DAS AÇÕES SOBRE CONFLITO FEDERATIVO FOI ADI. CONTUDO, É PRECISO RESSALTAR A GRANDE QUANTIDADE DE ADPFS (22%) E ACOS (24%).

HAVIA CONVERGÊNCIA ENTRE OS INTERESSES DOS GOVERNOS E AS DECISÕES DO STF, UMA VEZ QUE A CORTE LEVAVA EM CONSIDERAÇÃO, DE MODO ESTRATÉGICO, O INTERESSE DO GOVERNO EM EXERCÍCIO NO MOMENTO DA DECISÃO.

NÃO OBSERVAMOS CONVERGÊNCIA DE INTERESSES ENTRE A CORTE E O GOVERNO, JUSTAMENTE O CONTRÁRIO, DADAS AS TAXAS DE PERDA DO GOVERNO FEDERAL.

RECONHECIA-SE A NECESSIDADE DE INSERÇÃO DE VARIÁVEIS POLÍTICAS PARA ANALISAR O *JUDICIAL REVIEW*, DADA A INSUFICIÊNCIA DAS VARIÁVEIS INSTITUCIONAIS.

O DIAGNÓSTICO SE MANTÉM. O MOMENTO PANDÊMICO E DE MÁ GESTÃO POLÍTICA FOI DETERMINANTE PARA A MAIOR ATUAÇÃO DO STF COM DECISÕES DESCENTRALIZADORAS.

Fonte: Elaboração própria.

Assim, a atuação do STF durante a pandemia teve um “papel fundamental para afastar obscurantismos, opacidades e o arbítrio infundado cientificamente” (NOHARA, 2020, p. 1), de modo que, sem ele, provavelmente teríamos tido número muito maior de mortos.

Então, se, antes da pandemia, o entendimento descentralizador era minoritário, durante a pandemia podemos dizer que se tornou o entendimento predominante na Corte. Porém, uma análise jurídica não permite que afastemos a crítica de que, mesmo havendo motivos para a alteração no modo sobre como se vinha decidindo conflitos federativos, é preciso fundamentar essa virada jurisprudencial.

Ainda que a proposta de recompreensão do federalismo do ministro Fachin tenha ganhado mais atenção na atuação colegiada do Tribunal, não podemos dizer que houve uma efetiva

releitura da repartição de competências. Isso porque o nebuloso princípio da predominância dos interesses continuou sendo utilizado como máxima na resolução desses conflitos, ainda que alguns ministros tenham se esforçado para lhe dar maior concretude.⁵⁴

O maior expoente dessa avaliação parece ser as decisões proferidas nas ações de invalidação de diplomas estaduais que haviam concedido descontos aos alunos de instituições privadas de ensino e nas ações que suspenderam o pagamento de contrato de crédito consignado de servidores públicos estaduais. A razão para tanto é que não há tal coisa como uma legalidade extraordinária que justifique uma atuação sem explicação. Se essa mudança de entendimento se pretende definitiva, é imperiosa a existência de maior fundamentação. Permanecemos aguardando.

Portanto, a despeito de este artigo ter se destinado a analisar a atuação do STF em relação aos conflitos federativos durante a pandemia de covid-19, ele está longe de encerrar a discussão sobre o tema. Há dois motivos para isso: o primeiro e mais óbvio é que a pandemia ainda não acabou; então, o “durante a pandemia” contido no título é um durante ainda inacabado. Podemos e devemos esperar surpresas por parte do STF. O segundo motivo, menos óbvio, sintetiza-se na ideia dos pêndulos do federalismo: movimentos de centralização e descentralização são intrínsecos ao Estado federal brasileiro. A predominância de um sobre o outro varia de acordo com a Constituição vigente e o contexto político.

Assim, estamos diante de uma virada jurisprudencial que se deu em um período excepcional e especial: excepcional em termos decisórios do STF, em razão da crise sanitária decorrente da pandemia do novo coronavírus (covid-19), e especial em razão do conflito entre diferentes esferas da federação (posições e ações dos gestores dos estados e municípios contrárias às posições e ações negacionistas do Presidente da República e demais gestores da União).⁵⁵ Tais circunstâncias podem e devem ser levadas em conta. Entretanto, a manutenção ou não dessa virada dependerá da incorporação, pelo STF, dessa compreensão sobre a federação e a competência dos entes ou, então, da retomada de seu entendimento anterior.

...

⁵⁴ Nesse sentido, temos o ministro Marco Aurélio, que, ao diferenciar interesses geral, regional e local, trazia exemplos da manifestação de cada um.

⁵⁵ Para maior compreensão de temas relacionados ao Direito e à saúde pública, conferir as pesquisas desenvolvidas pelo Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (Cepedisa), disponíveis em: <https://cepedisa.org.br/>.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná pelo suporte formal e material e pela interlocução entre as pesquisas, possibilitada pelo diálogo institucional investigativo interno.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 106, de 7 de maio de 2020. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8 maio 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-173-de-27-de-maio-de-2020-258915168>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 20 set. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 7 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.362*. Requerente: Confederação Nacional de Saúde (CNS). Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2 set. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345205092&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.406*. Requerente: Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee). Intimado: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Paraná (Alep). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345868292&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.423*. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen). Intimado: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (Alec). Relator: Ministro Edson Fachin. Redator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345649108&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.435*. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen). Intimado: Governador do Estado do Maranhão e Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão (Alema). Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345952019&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.451*. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif). Intimado: Governador do Estado da Paraíba e Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba (ALEPB). Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 8 fev. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345665316&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.484*. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif). Intimado: Governador do Estado do Rio Grande do Norte e Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte (AlerN). Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 5 out. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344718757&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.495*. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif). Intimado: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

Brasília, 23 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345164551&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.575*. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen). Intimado: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (Alba). Relator: Ministro Edson Fachin. Redator p/ acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345649112&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.586*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.587*. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 671*. Agravante: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Agravado: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343654852&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo de Medida Cautelar. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.357*. Requerente: Presidente da República. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345034916&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo em Tutela Provisória Incidental. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 756*. Requerente: Partido Comunista Brasileiro (PCB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Socialista Brasileiro (PSB) e Cidadania. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 mar. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346042868&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar. *Ação Civil Originária n. 3.393*. Autor: Estado de Mato Grosso. Réu: União. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 22 jun.

2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343683621&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar. *Ação Civil Originária n. 3.463*. Autor: Estado de São Paulo. Réu: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 8 mar. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345933373&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.343*. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 6 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344984917&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. *Ação Civil Originária n. 3.385*. Autor: Estado do Maranhão. Réu: União. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342938537&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. *Ação Civil Originária n. 3.398*. Autor: Estado de Rondônia. Réu: União; Magnamed Tecnologia Médica S/A. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 22 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547646&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BZDERA, André. Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review. *Canadian Journal of Political Science*, Toronto, v. 26, n. 1, p. 3-29, mar. 1993. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3228996>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CAMARGO, Fernando Santos de. Supremo Tribunal Federal e federalismo: controle abstrato/concentrado de constitucionalidade como mecanismo para limitar a descentralização. In: V SEMINÁRIO NACIONAL DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA, v. 2, 2014, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/scplpr/article/view/64800/37726>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. STF, liberdade religiosa, pandemia e a jurisprudência da crise. *Jota*, São Paulo, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-liberdade-religiosa-pandemia-e-a-jurisprudencia-da-crise-12042021>. Acesso em: 14 abr. 2021.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. *SSRN Eletronic Journal*, [s. l.], out. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 14 abr. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios enfrentados pelo STF na emergência da COVID-19: conflito interfederativo e cientificidade no combate à pandemia. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 203-219, out./dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39725>. Acesso em: 14 abr. 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e União. *Lua Nova*, São Paulo, n. 78, p. 223-250, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/CjPhvXgGpjNSGcRvLRshYMM/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 jun. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Painel de Ações Covid-19*. Brasília, atualizado em 29 jun. 2021. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 29 jun. 2021.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata Naomi. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2311, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202311>

Miguel Gualano de Godoy

PROFESSOR ADJUNTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). MESTRE E DOUTOR EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA UFPR. PÓS-DOUTOR PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). EX-ASSESSOR DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

miguelggodoy@hotmail.com

Renata Naomi Tranjan

ASSESSORA NA PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL DO PARANÁ (2022). MESTRANDA EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). BACHAREL EM DIREITO PELA UFPR. FOI PESQUISADORA BOLSISTA DO PROGRAMA DE EDUCAÇÃO TUTORIAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UFPR (PET DIREITO).

renatatranjan@gmail.com

Supremo remoto e a expansão do Plenário Virtual após a pandemia

REMOTE BRAZILIAN SUPREME COURT: THE RISE OF THE VIRTUAL TRIALS AFTER THE PANDEMIC

Raphael Ramos Monteiro de Souza¹

Resumo

O artigo analisa as implicações da ampliação das competências do Plenário Virtual – ambiente de julgamentos assíncronos do Supremo Tribunal Federal (STF) –, impulsionada pelas restrições decorrentes da covid-19. Para tanto, primeiro, aborda particularidades das modalidades de colegiado eletrônico, desde a experiência restrita ao exame de repercussão geral, que remonta a 2007, até a configuração que comporta a apreciação de qualquer matéria. Em termos quantitativos, verifica o impacto da nova dinâmica, considerando os dados das sessões. Em seguida, discute os reflexos do ponto de vista deliberativo, da reconfiguração do poder de agenda e do comportamento judicial. Conclui que, para além de contribuir com a redução do estoque de ações, a transição pode potencializar a capacidade institucional em favor de uma atuação colegiada célere, mitigando-se críticas em torno do protagonismo monocrático e da centralização da pauta. Não obstante, do *trade-off* entre eficiência e qualidade de interações, remanescem pontos destacados pela literatura quanto à deliberação agregativa interna, assim como em relação aos critérios para a seleção do procedimento, com suas repercussões externas. Isso porque, após duas décadas de TV Justiça, agora em regra passam a prevalecer – em modelo híbrido – sessões virtuais sem debates ou televisionamento, com menor exposição pública na fase de julgamentos.

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal; Plenário Virtual; processo decisório; desenho institucional; comportamento judicial.

Abstract

This paper aims to analyse the impacts of the rise of the virtual environment of asynchronous trial sessions, as adopted by the Brazilian Federal Supreme Court after the pandemic. To this end, it firstly focuses on the features of each type of electronic judgment, as well as highlights the increase of productivity in quantitative terms. After that, it discusses aspects regarding deliberative concerns, agenda-setting control and judicial behaviour that result from this institutional turn. The study concludes that, apart from tackling the pendent workload, it could enhance the capacity of the Court not only to quickly decide urgent proceedings but also to preventing atomistic performance. However, as a result of the trade-off between efficiency and genuine collegial interaction, it argues that criticisms over the deliberative process of aggregation remain unsolved. In the same vein, it points that there is no clear rule yet regarding this kind of hybrid model, that is to say, whether and why a case will be selected to be decided in the new virtual stye or in the so far standard physical, synchronous and broadcasted trial sessions.

Keywords

Brazilian Federal Supreme Court; virtual trials; deliberative process; institutional design; judicial behavior.

INTRODUÇÃO

As restrições decorrentes da pandemia de covid-19, marcadas pelo necessário distanciamento social e demais protocolos sanitários, impactaram as relações humanas em múltiplas dimensões. Seja no setor público, seja no privado, na educação, na atividade laboral e nas interações em geral, a prestação de diversos serviços essenciais precisou adaptar-se repentinamente, a fim de seguir em regular funcionamento. Embora parte esperada de um processo mais amplo de mudanças organizacionais e de gestão que vinham em curso, estas sofreram aceleração tecnológica sem precedentes, em quaisquer dos segmentos (FRIED e HANSSON, 2013; GRATTON, 2021).

O Poder Judiciário em geral e o Supremo Tribunal Federal (STF) em particular também não ficaram imunes ao processo e foram obrigados a migrar do modelo presencial (*in-person*) para alguma modalidade de atuação remota. Fenômeno semelhante ocorreu no âmbito dos mais diferentes colegiados durante o período de calamidade – aqui incluindo a atuação e a deliberação parlamentar (SANTOS, 2021, p. 42-49; EVANS *et al.*, 2021) – por meio da utilização de videoconferência, do teletrabalho e das demais ferramentas computacionais associadas. Tais procedimentos viabilizaram, a propósito, que inúmeros questionamentos judiciais relacionados ao próprio coronavírus pudessem ser dirimidos tempestivamente,¹ mesmo em meio a um cenário “atípico e impensável” (BRASIL, 2020, p. 8).

Outras Cortes Constitucionais, cada qual com suas particularidades e tradições de maior ou menor grau de abertura e divulgação de atos (SOUZA, 2016, p. 55-69), também adaptaram seus procedimentos durante a crise sanitária. Assim, por exemplo, a Suprema Corte estadunidense, após anos de resistência, de forma inédita passou a transmitir ao vivo o áudio de sessões de oitiva de argumentos (*hearings*) (DWYER, 2020), enquanto a Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN), por sua vez – que, desde 2005, adota modelo de publicidade extrema muito próximo ao de sua homóloga brasileira (SOUZA, 2016, p. 92-93) –, rapidamente incorporou as sessões por videoconferência, com transmissão via canal próprio e na internet (SCJN, 2020).

No caso do STF, tal processo ocorreu sobretudo por meio da ampliação das competências do denominado *Plenário Virtual*, um ambiente eletrônico de julgamentos assíncronos que – ao lado das sessões por vídeo – permitiu ao tribunal atravessar tal período em sua “nova sede”, inclusive ampliando sua produtividade, como será visto adiante. Tal formato até então era desconhecido para muitos, mesmo do meio jurídico, mas, após norma interna editada durante a pandemia, foi ampliado, a fim de permitir a análise de qualquer matéria

...

1 Em termos qualitativos, confira-se algumas das principais decisões sobre o tema nesse cenário “atípico e impensável”, compiladas em publicação do próprio tribunal, sobre questões de saúde pública, competências federativas, direito à informação, entre outras (BRASIL, 2020).

sem distinção, “a critério do relator”. Esse é, portanto, o objeto do presente artigo, considerando o desdobramento de aspectos do processo decisório e do comportamento judicial relacionados à atuação da Corte (RIBEIRO e ARGUELHES, 2013 e 2019, p. 12-15; DA ROS e INGRAM, 2019, p. 342-344). Ambos os tópicos, diante dessa transição de cenário tecnológico, somam-se a uma intrínseca preocupação com a cibersegurança do tribunal e fazem emergir novas questões à luz da literatura existente (EPSTEIN e MARTIN, 2014, p. 28-29).

Em particular, o estudo guia-se pelas seguintes indagações: i) Afinal, como funcionam os diferentes colegiados virtuais no âmbito do STF? Que tipo de modificações ocorreram após a pandemia? ii) Quais as implicações desse modelo do ponto de vista da deliberação pública e da distribuição do poder de agenda no tribunal?

Nessa perspectiva, o artigo está organizado em duas seções. Na primeira, tem por finalidade examinar como funcionam as modalidades de julgamento por meio eletrônico no STF. Para tanto, explora as peculiaridades desde a primeira experiência com a preliminar de repercussão geral, que remonta a 2007, até o ápice da configuração do Plenário Virtual atual – desdobramento do formato iniciado em 2016. Em sua dimensão empírica, o percurso metodológico do trabalho abarca a coleta manual de dados das sessões virtuais do Pleno, colegiado maior propriamente dito, extraída a partir da listagem das pautas de julgamento divulgadas semanalmente pelo tribunal.² Em relação à delimitação temporal da amostra, foram analisados todos os processos apreciados no período entre agosto de 2016 e junho de 2021 (18.701 no total), de caráter seja recursal, originário, cautelar ou de mérito.

Na segunda seção, à luz do debate teórico em torno do processo decisório (MENDES, 2014; SILVA, 2013) e do comportamento judicial, investiga-se quais são as implicações dessa dinâmica e modelo do ponto de vista da deliberação pública e da distribuição do poder de agenda no tribunal, por meio de um diálogo cada vez mais necessário entre Direito e Ciência Política.

Busca-se, portanto, contribuir para compreensão de aspectos relacionados a esse movimento institucional que, no contexto das possibilidades ofertadas pelas novas tecnologias, somadas ao fator exógeno que impunha o distanciamento físico, impulsionou o funcionamento de uma espécie de Suprema Corte digital.³ De plano, diante da verificada ampliação de sua

...

² Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/pauta/pesquisarCalendario.asp?>. Acesso em: 17 jan. 2023.

³ Inclusive, logo após os atos antidemocráticos que chocaram o país e a comunidade internacional, destruindo as instalações do tribunal em janeiro de 2023, o colegiado pôde continuar trabalhando justamente na modalidade de sessões virtuais – convocadas, em caráter extraordinário, a fim de apreciar medidas cautelares. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500276&ori=1>. Acesso em: 17 jan. 2023.

capacidade de atuação, tendo em vista que os dados dos processos julgados pelo Plenário Virtual no período ora analisado indicam um aumento de produtividade, como se verá, torna-se elevado o custo de improvável reversão. Em outras palavras, sob a ótica da teoria institucional, tal trajetória aproxima-se de um ponto de não retorno ou *lock-in* (NORTH, 1990, p. 94; PIERSON, 2004, p. 20-22).

De um lado, é certo que tal desenho configurou alternativa adicional de funcionalidade e sobrevivência da Corte no atacado – à medida que o Plenário Virtual viabiliza a duração razoável e a redução do estoque de processos, garantindo-se a própria efetividade do acesso à Justiça, agora em sua versão “4.0”. De outro, contudo, no varejo da discricionariedade ainda subsistem antigas ressalvas e desafios conexos, sobretudo quanto a aspectos deliberativos e aos poderes monocráticos dos ministros na condução dos casos. Isso, por exemplo, seja na aceleração ou postergação de pautas, seja na redução ou amplificação da exposição e escrutínio públicos em temáticas sensíveis – típicos do modelo de julgamento brasileiro até então predominante, com interações face a face síncronas e transmissão ao vivo pela TV Justiça e pelo YouTube.

I. DA REFORMA DO JUDICIÁRIO À PROGRESSIVA MIGRAÇÃO PARA O AMBIENTE VIRTUAL

A expansão do Plenário Virtual até os moldes atuais, ao lado da adoção das sessões por videoconferência, não representa uma mudança inteiramente abrupta para o STF, ocasionada durante as restrições da pandemia. Isso porque uma série de modificações normativas vinha, progressivamente, adequando a prestação jurisdicional da Suprema Corte ao formato do processo eletrônico, tudo a fim de enfrentar os desafios de uma carga elevada de processos e das queixas generalizadas quanto à lentidão judicial.

Vale recordar, nessa linha de preocupações, duas diretrizes de direto interesse para o presente tema, introduzidas pela Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 – Reforma do Judiciário. A primeira, ao acrescentar o inc. LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A segunda, prevista no art. 102, § 3º, que incluiu a exigência da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais, a fim de que o tribunal pudesse admitir recursos extraordinários.

Com clara inspiração no *writ of certiorari* estadunidense e na transcendência do recurso de amparo espanhol, ainda que com particularidades (NASCIMENTO, 2009, p. 89-106), constituiu-se um filtro para lidar com a avalanche recursal, por meio da seleção de casos de acordo com a relevância “do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, nos termos da Lei Federal n. 11.418/2006, editada dois anos depois. Somente a partir dessa regulamentação é que o dispositivo da Emenda foi de fato implementado no sistema processual brasileiro. Na exata sequência, no

mesmo mês de dezembro, foi também aprovada a Lei Federal n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial. Por essa razão, sem desconsiderar a relevância de alterações processuais anteriores, o ano de 2007 será o marco zero da presente incursão, a fim de se compreender a trajetória e a dinâmica dos julgamentos virtuais.

1.1. GERAÇÃO I – REPERCUSSÃO GERAL

Na prática, a Emenda Regimental (ER) n. 21/2007 foi o ato que inaugurou a sistemática da repercussão geral no STF, a qual passou a ser exigida a partir de maio daquele ano. Assim, na medida em que se fixava que a manifestação do relator quanto à preliminar deveria ser encaminhada aos demais ministros “por meio eletrônico”, no prazo comum de 20 dias, nascia a primeira modalidade do denominado *Plenário Virtual*.

Nos moldes do quadro a seguir (Figura 1), extraído do *site* oficial do STF como ilustração,⁴ os julgadores passavam a se pronunciar, de forma assíncrona, sucessivamente quanto à existência de matéria constitucional com repercussão geral e – em caso positivo – à possibilidade de reafirmação de jurisprudência. À exceção do relator, os demais ministros não estão obrigados a juntar voto escrito, bastando assinalar as conclusões sobre o respectivo tema.

...

⁴ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/detalharProcesso.asp?numeroTema=1133>. Acesso em: 17 jan. 2023.

FIGURA 1 – PLENÁRIO VIRTUAL I: REPERCUSSÃO GERAL

REPERCUSSÃO GERAL		Plenário Virtual		
Pesquisa Avançada		<< Voltar		
Teses de Repercussão Geral		Tema		
Plenário Virtual		1133 - a) Legitimidade da União para figurar no polo passivo de demanda em que se pretende a revisão da Tabela de Procedimentos Ambulatoriais e Hospitalares do Sistema Único de Saúde (SUS) e b) preservação do equilíbrio econômico-financeiro de contrato ou convênio firmado com hospitais privados, para prestação de serviços de saúde em caráter complementar, mediante equiparação de valores à Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (Tunep).		
Suspensão Nacional		Classe: ARE Número: 1301749 Data de Início: 12/03/2021 Data Prevista Fim: 01/04/2021		
Repercussão geral em pauta		Relator: MINISTRO PRESIDENTE		
Representativos da Controvérsia		Manifestação/Voto		
Informações Consolidadas Sobre a Repercussão Geral				
Regulamentação				
Vigência				
Dignos de Nota				
Questões de Ordem				

Ministro	Questão Constitucional	Repercussão Geral	Reafirmação de Jurisprudência	Manifestação
MIN. LUIZ FUX	Não há	Não há	-	
MIN. DIAS TOFFOLI	Não há	Não há	-	
MIN. CÂRMEN LÚCIA	Não há	Não há	-	
MIN. ALEXANDRE DE MORAES	Há	Há	-	
MIN. MARCO AURÉLIO	Não há	Não há	-	
MIN. EDSON FACHIN	Não há	Não há	-	
MIN. ROBERTO BARROSO	Não há	Não há	-	
MIN. GILMAR MENDES	Há	Há	-	
MIN. RICARDO LEWANDOWSKI	Há	Há	-	
MIN. NUNES MARQUES	Não há	Não há	-	
MIN. ROSA WEBER	-	-	-	

Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/detalharProcesso.asp?numeroTema=1133>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Em relação ao quórum, importante observar que o art. 102, § 3º, da CF/88 exige dois terços de votos (oito) para que haja a recusa de repercussão geral para alguma questão. Caso não haja manifestação expressa sobre a existência de repercussão geral de determinado julgador, a ausência de voto não é considerada adesão ao voto do relator, na forma da ER n. 31/2009,⁵ posteriormente alterada pela ER n. 54/2020.⁶ A regulação dos efeitos das abstenções

...

⁵ Art. 1º da ER n. 31/2009 do STF: “O art. 324 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passa a vigorar com a seguinte redação: [...]”

§ 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil”.

⁶ Art. 1º da ER n. 54/2020 do STF: “Art. 1º Os artigos 5º, 13, 67, 83, 95, 134, 323-A, 324, 326 e 354-D, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passam a vigorar com a seguinte redação: [...] Art.

também iria suscitar dúvidas no formato mais recente do Plenário Virtual, conforme será retomado na próxima seção.

Em 2015, houve a edição do novo Código de Processo Civil, mas essa sistemática não recebeu alteração substancial, apenas pormenores que não importam para o presente trabalho. Até maio de 2021, foi apreciado um total de 1.141 temas por meio do procedimento, o qual não comporta pedido de vista, com 760 matérias admitidas e 371 negadas. Conforme dados divulgados pelo tribunal, o acervo de recursos em tramitação na Corte diminuiu cerca de 80% desde então.⁷ Além disso, importante observar que não existe uma pauta regular específica, de modo que os processos são apresentados conforme demanda dos gabinetes.

1.2. GERAÇÃO II – PLENÁRIO VIRTUAL ORDINÁRIO

A partir de 2016, porém, o tribunal passou a instituir uma segunda modalidade de Plenário Virtual, não mais restrita apenas à admissão de recursos extraordinários, no que veio a ser o embrião do modelo que se modificou em 2019 e se ampliou em 2020 – durante a pandemia. Nesta seção, o propósito é tratar da transição que envolve cada um desses três momentos, com impactos diretos nas competências e na produtividade do tribunal, conforme se verifica no comparativo entre o número de processos julgados virtualmente pelo Pleno ao longo do tempo,⁸ à luz de cada uma das respectivas fases (Gráfico 1).

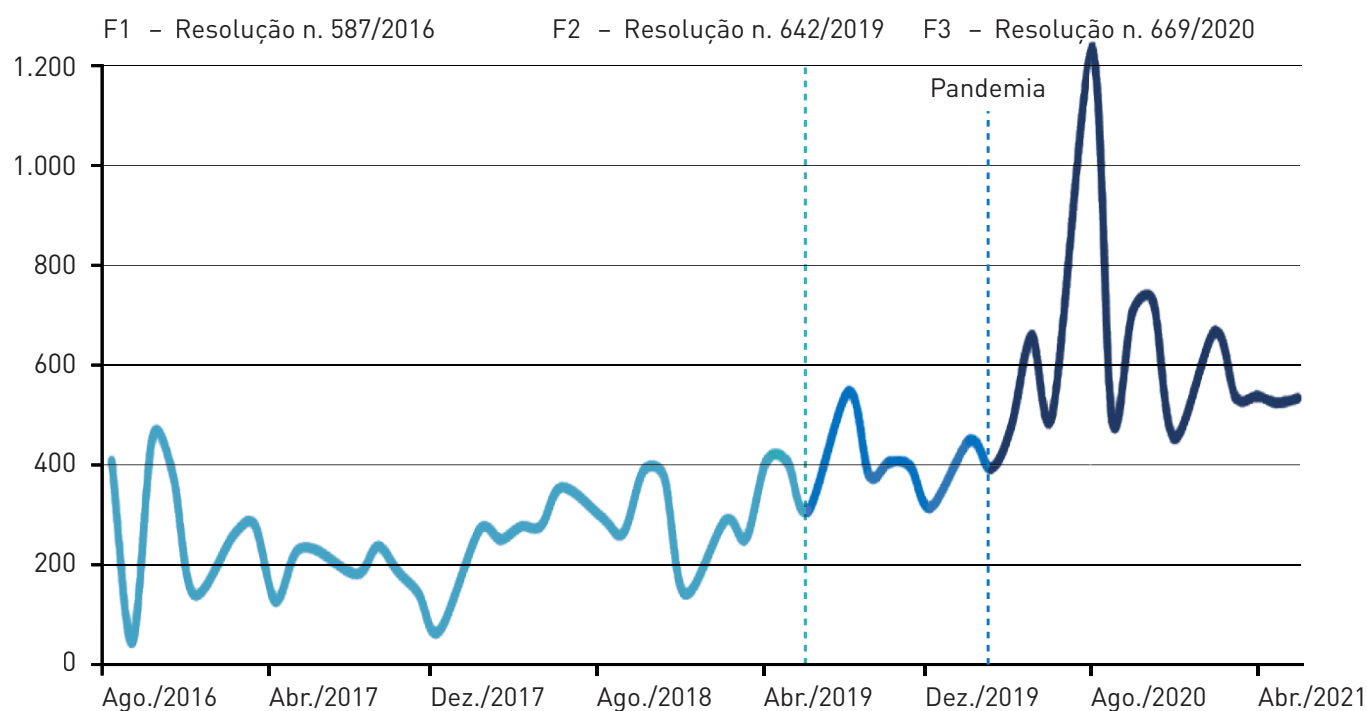
...

324. [...] § 1º Somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecerem a existência de matéria constitucional”.

⁷ “[...] a quantidade de processos recursais era próximo de 120 mil naquele ano e chegou a pouco mais de 13 mil no final de 2020, ano em que o Supremo registrou pela primeira vez uma menor tramitação de processos recursais em relação aos originários” (BRASIL, 2021a).

⁸ Nesse particular, são considerados todos os processos que passaram a ser apreciados virtualmente pelo Plenário propriamente dito, como recursos, incidentes, ações originárias, medidas cautelares e mérito. Ou seja, não são abarcadas as discussões quanto à verificação preliminar de repercussão geral, objeto de funcionamento próprio desde 2007, como visto, nem os feitos de órgãos fracionários.

GRÁFICO 1 – **PLENÁRIO VIRTUAL II: EVOLUÇÃO DE JULGAMENTOS DO PLENO POR MÊS**
(EVOLUÇÃO POR FASE)



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Supremo Tribunal Federal.

1.2.1. LISTAS DE AGRAVOS INTERNOS E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (2016)

Em 2016, iniciou-se a *primeira fase* de uma segunda geração do Plenário Virtual, a partir da edição da Resolução STF n. 587, que tratou sobre “o julgamento em ambiente eletrônico” de agravos internos e embargos de declaração. Ou seja, aqueles recursos que até então eram examinados em listas no início ou no final das sessões presenciais e, em regra, com pouca divergência e nenhum debate, ressalvada a possibilidade de destaques.

Adotava-se, naquele momento, a nomenclatura “sessões virtuais”, com início às sextas-feiras e prazo de sete dias corridos para manifestação, não apenas para competências das Turmas como do Plenário. Admitia-se tanto o pedido de vista como o de destaque, o qual acarretava a transferência do julgamento do ambiente virtual para o presencial. À época, ementa, relatório e votos somente eram tornados públicos após a conclusão do julgamento – algo que difere do modelo atual, como será analisado adiante. De agosto de 2016 até junho de 2019, quando houve uma ampliação do rol de feitos elegíveis ao procedimento, foram julgados 7.671 processos nessa modalidade, o que representa uma média de 65,6 feitos por sessão ou semana.

1.2.2. MATÉRIAS CONSOLIDADAS E LIMINARES (2019)

A partir do final de junho de 2019, teve início uma *segunda fase* desse procedimento, mediante significativas alterações promovidas pela Resolução STF n. 642. Nessa perspectiva, passaram

a ser admitidos o julgamento em ambiente eletrônico não apenas de agravos e embargos de declaração, como visto, mas igualmente medidas cautelares em ações de controle concentrado; referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias; recursos extraordinários e agravos. Além disso, passaram a ser apreciados, inclusive, recursos com repercussão geral reconhecida, desde que a matéria discutida tivesse jurisprudência dominante no âmbito do tribunal.

Dito de outra forma, nesse momento houve uma ampliação para abarcar feitos até então exclusivos do plenário presencial (PP), como cautelares, medidas de urgência de maneira geral, até mesmo envolvendo ações diretas de inconstitucionalidade e congêneres, além do mérito de recursos extraordinários – ainda que sob a ressalva de que houvesse “jurisprudência dominante”. Tudo isso sempre *a critério do relator*, em pauta divulgada com até cinco dias úteis de antecedência. O Plenário Virtual passava a ter seus trabalhos divulgados na aba de cada processo, com a divulgação dos votos em tempo real, na medida em que proferidos, sem ordem de antiguidade – dentro do prazo regimental de seis dias úteis contados da meia-noite de cada sexta-feira. É o que ilustra a seguinte captura de tela, disponível durante as votações (Figura 2).

FIGURA 2 – **PLENÁRIO VIRTUAL II: NOVO AMBIENTE ELETRÔNICO**

A imagem é uma captura de tela do sistema de votação do Supremo Tribunal Federal. Ela é dividida em duas partes principais.

Parte Esquerda (Detalhes do Processo):

- ADI 6442** (Processo Eletrônico Público)
- NÚMERO ÚNICO: 0094355-15.2020.1.00.0000
- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**
- Origem: DF - DISTRITO FEDERAL
- Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
- REQUENTE(S): REDE SUSTENTABILIDADE
- ADV.(A/S): LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERISSIMO (46534/DF) E OUTRO(A/S)
- INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
- PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
- Informações: Partes, Andamentos, Decisões, **Sessão virtual**, Deslocamentos, Petições, Recursos
- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6442**
- Voto: Diante do exposto, (a) CONHEÇO PARCIALMENTE a ADI 6442; (b) e JULGO IMPROCEDENTE os pedidos das ADIs 6442, 6447, 6450 e 6525.
- Relator(a): MIN. ALEXANDRE DE MORAES
- Órgão Julgador: Plenário
- Lista: 109-2021
- Processo: ADI 6442
- Data início: 05/03/2021
- Data prevista fim: 12/03/2021

Parte Direita (Relator e Acompanhantes):

- Relator:** MIN. ALEXANDRE DE MORAES (com botões para Relatório e Voto)
- Acompanhe o Relator:**
 - MIN. MARCO AURÉLIO
 - MIN. ROSA WEBER
 - MIN. CÂRMEN LÚCIA
 - MIN. EDSON FACHIN
 - MIN. NUNES MARQUES
 - MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
 - MIN. LUIZ FUX
 - MIN. GILMAR MENDES
 - MIN. ROBERTO BARROSO
 - MIN. DIAS TOFFOLI

Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5925873>. Acesso em: 13 mar. 2023. Aba “sessão virtual”; depois, “ação direta de inconstitucionalidade”.

Percebe-se que, para acompanhar o relator, não é necessário apresentar voto escrito, bastando manifestar anuência no sistema, tal qual ocorreria com pronunciamento na sessão tradicional. Portanto, não há uma deliberação propriamente dita, uma crítica que já era comum em muitos casos quanto ao próprio formato agregativo presencial (MENDES, 2014, p. 164-168; SILVA, 2013), expressando, em regra, o somatório de votos lidos – algo que aqui se acentua. Já para abrir divergência, ou ressaltar entendimento, é necessário apresentar razões escritas, não bastando o mero clique, sendo certo que pedidos de vista permanecem aptos a interromper o julgamento, embora apenas o destaque tenha como resultado o deslocamento do processo do Plenário Virtual para o meio presencial, recomeçando-o do zero.

É o que ocorreu, por exemplo, no debate que envolveu o estatuto jurídico-constitucional da posse indígena (Recurso Extraordinário [RE] n. 1.017.365 – Tema RG 1.031 – tese do “marco temporal”), o qual se iniciou no ambiente virtual, com o voto do relator ministro Edson Fachin, mas posteriormente foi transferido para o presencial, como resultado do pedido de destaque feito pelo ministro Alexandre de Moraes.

A média de processos julgados por sessão nessa etapa, que vigorou até meados de março de 2020, foi de 114,6, totalizando 2.980 feitos.

1.2.3. COMPETÊNCIA PLENA – PÓS-PANDEMIA (2020)

O grande salto que deflagrou a *terceira fase* do Plenário Virtual, completando o movimento de migração para a coexistência dessa espécie de “nova sede”, ocorreu com a declaração do estado de emergência sanitária, em virtude da pandemia de covid-19. Assim, foram editadas a ER n. 53 e a Resolução n. 669, respectivamente de 18 e 19 de março de 2020, com uma série de inovações, a fim de “*reforçar as medidas adotadas pelo STF para reduzir a circulação interna de pessoas e o deslocamento laboral*”, “em razão da necessidade de adotar medidas de prevenção ao contágio do novo coronavírus” (STF, 2020):

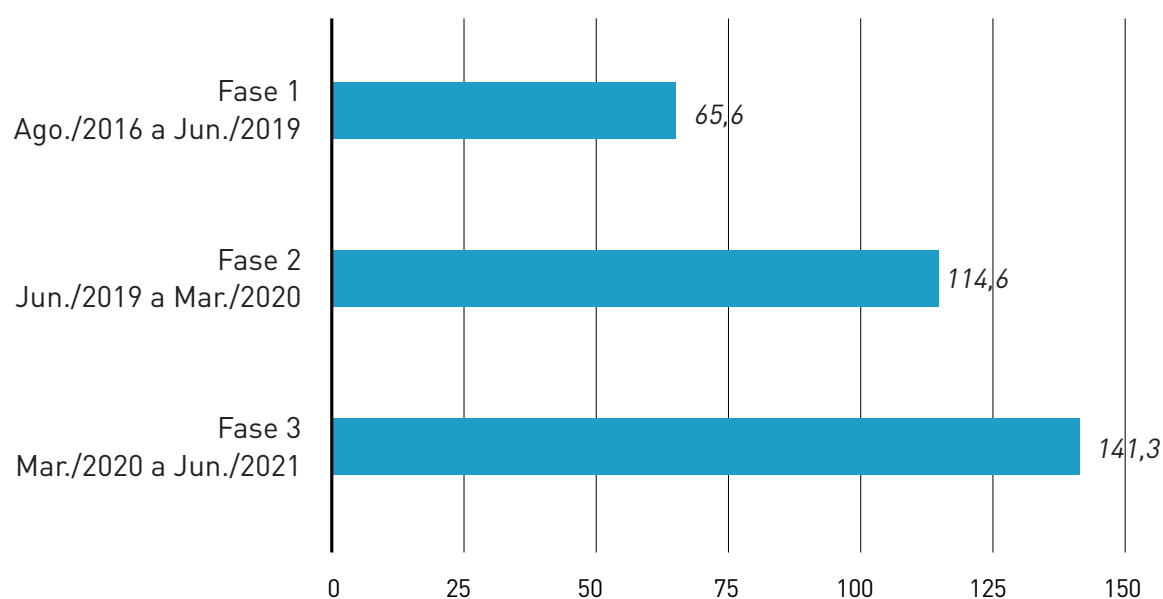
A sessão administrativa foi convocada, segundo o ministro Dias Toffoli, em razão da necessidade de adequar as instituições, inclusive o STF, ao momento crítico que o mundo atravessa, principalmente depois que a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, no último dia 11 de março, que o Covid-19 se transformou em pandemia mundial. Ele destacou que as adaptações permitirão que o Tribunal mantenha a integralidade de suas atividades.

A partir daquele momento, *todos os processos de competência do Tribunal* passavam a contar com a possibilidade de serem submetidos a julgamento em ambiente eletrônico, a critério do relator. É o que determinava a nova redação do art. 21-B do Regimento Interno do STF, também autorizando a realização de sustentações orais, por meio do encaminhamento de arquivos eletrônicos de áudio ou vídeo, em até 48 horas de antecedência. Remanesce a possibilidade

de pedido de destaque para o plenário presencial, bem como do caminho inverso. Isto é, a remessa de vistas pendentes para prosseguimento no ambiente virtual, em caso de anuência dos ministros relator e vistor.

Como resultado dessa mudança institucional, impulsionada por um contexto de excepcionalidade — próprio de conjunturas críticas que ampliam a receptividade para alterações de magnitude (PIERSON, 2004, p. 18-19) —, há impactos que podem ser verificados do ponto de vista tanto empírico quantitativo como substancial, para a dinâmica deliberativa e de atuação do tribunal. No primeiro plano, transcorrido pouco mais de um ano da alteração, foi possível observar um crescimento de 23,3% em termos de produtividade por sessão em relação ao período anterior, com média de 141,3 processos por sessão (Gráfico 2).

GRÁFICO 2 — **PLENÁRIO VIRTUAL II: MÉDIA DE JULGAMENTOS DO PLENO (JULGAMENTOS SEMANAIS POR PERÍODO)**



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Supremo Tribunal Federal.

No tocante a matérias encaminhadas para esse formato do Plenário Virtual, sempre *a critério do relator*, é possível identificar uma série de temas constitucionais relevantes e polêmicos de mérito, diferente, portanto, da cláusula anterior, que apenas contemplava referendos ou mera “jurisprudência dominante”, os quais preferencialmente eram indicados para o formato eletrônico.

A título de ilustração, é possível mencionar um número considerável de questões controversas, apenas no raio de um ano, tais como: a possibilidade de reeleição para a presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade [ADI] n. 6.524); programa de renda básica de cidadania para os brasileiros em situação de extrema

pobreza (Mandado de Injunção [MI] n. 7.300); realização do censo demográfico, mediante remanejamento de verbas que haviam sido suprimidas da lei orçamentária (Ação Civil Originária [ACO] n. 3.508); queixa-crime de governador de estado em face do presidente da República por alegada calúnia (Agravio Regimental na Petição – PET-AgR n. 9.401); constitucionalidade de decretos que flexibilizam regras sobre armas de fogo (ADI n. 6.675 e conexas); recepção da Lei de Segurança Nacional – LSN (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental [ADPF] n. 799); letalidade de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro (ADPF n. 635); autonomia do Banco Central (ADI n. 6.696); regulamentação do imposto sobre grandes fortunas (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão [ADO] n. 55) e crise do sistema prisional (ADPF n. 347), entre outras.

Em termos quantitativos, desde a ampliação das competências do Plenário Virtual, as matérias de controle concentrado de constitucionalidade (cautelar e mérito de ADIs, ADCs, ADPFs e ADOs) representaram cerca de 8,6% dos processos apreciados pelo colegiado maior, ao passo que os incidentes recursais (como agravos internos e embargos de declaração) constituíram a maioria da amostra, com 85,5% das ocorrências, refletindo parcela do estoque ainda pendente. Completam o quadro os feitos originários (como suspensões de tutela antecipada, mandados de segurança e petições avulsas), com 3,9%, e a devolução de pedido de vista, com 2% (Quadro 1).

QUADRO 1 – JULGAMENTOS POR CATEGORIA APÓS A RESOLUÇÃO N. 642/2019 DO STF (FASES II E III)

CATEGORIA	INCIDENTES E RECURSOS	CONTROLE CONCENTRADO (MÉRITO E CAUTELARES)	MÉRITO (EXCETO CONCENTRADO)	VISTAS DEVOLVIDAS	TOTAL
PROCESSOS	9.441	919	499	363	11.218
PERCENTUAL	85,5%	8,6%	3,9%	2,0%	100%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Supremo Tribunal Federal (jun./2021).

Adicionalmente, é importante destacar que as mesmas ER n. 53 e Resolução n. 669, de março de 2020, também acrescentaram um novo procedimento para casos de “excepcional urgência”, denominado *sessão virtual extraordinária*, na forma do art. 5º B da Resolução n. 642, de 2019. Nessas hipóteses, não se aplicam os prazos regulares de julgamento de cerca de uma semana, devendo ser observado período mais curto fixado no ato convocatório, em regra

entre 24 e 48 horas, geralmente tendo em vista o perecimento do direito e a necessidade inadiável de apreciação colegiada. Para tanto, o ministro relator deverá solicitar a submissão do feito ao ministro presidente, para apresentação em mesa.

A título de ilustração, tal mecanismo foi acionado pela primeira vez somente a partir de maio de 2021, para apreciação do adiamento de concurso da Polícia Federal em razão de restrições sanitárias (Reclamação [Rcl] n. 47.470). Posteriormente, foram submetidas a esse formato específico a realização da Copa América de Futebol (ADPFs n. 756 e 848; Mandado de Segurança [MS] n. 37.933), a convocação de governadores por comissão parlamentar de inquérito (ADPF n. 848) e a possibilidade de despejos durante a pandemia (ADPF n. 828).

Por fim, no funcionamento original do Plenário Virtual, eventual abstenção de ministro era computada como adesão ao voto do relator. Essa espécie de presunção de voto – ou voto por omissão – foi objeto de críticas, sobretudo em relação a casos de quórum mínimo em constitucional e hipóteses de empate.⁹ Tal situação levou o tribunal a editar a Resolução n. 690, de 1º de julho de 2020, modificando o rito de modo a incentivar (SUNSTEIN e THALLER, 2009, p. 9) o “comparecimento” com manifestação expressa dos julgadores, em paralelo como seria exigido no plenário físico. Assim, a partir de então, a ausência de pronunciamento passou a ser registrada como tal, suspendendo-se o julgamento até que sejam alcançados os votos necessários.¹⁰

1.3. SESSÕES POR VIDEOCONFERÊNCIA

Uma *terceira e última* modalidade de julgamento que deve ser destacada sob o paradigma tecnológico, também decorrente da pandemia, diz respeito à realização de sessões por videoconferência. Tal prática foi autorizada com a edição da Resolução n. 672, de 26 de março de 2020. Em consequência, as tradicionais sessões plenárias de quarta e quinta-feira, antes presenciais (*face-to-face*), passaram a se realizar de forma remota – mantido o caráter público do ato, com transmissão tanto pela TV e pela Rádio Justiça como pelo YouTube.

Na mesma linha, a Primeira e a Segunda Turmas, que realizam seus julgamentos às terças-feiras, também passaram a atuar da mesma forma e, pela primeira vez no caso dos órgãos

...

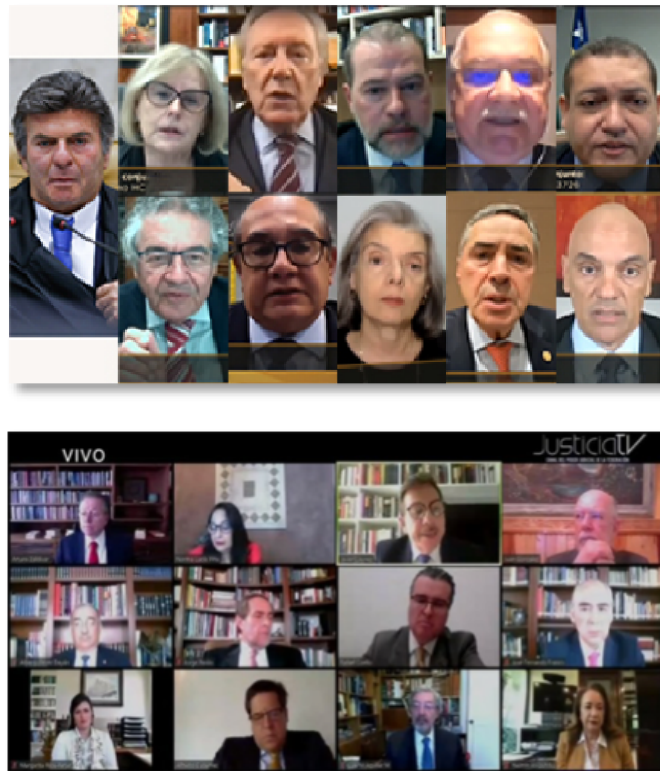
⁹ Inclusive ensejando questionamento formal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por meio do Ofício n. 42/2020-PCO. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/EC4981A6BD6730_OAB.pdf. Acesso em: 7 maio 2022.

¹⁰ Resolução n. 690/2020 do STF: “Art. 2º [...] § 3º O ministro que não se pronunciar no prazo previsto no § 1º terá sua não participação registrada na ata do julgamento.
§ 4º Não alcançado o quórum de votação previsto nos arts. 143, *caput* e parágrafo único, e 147 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ou havendo empate na votação, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual imediatamente subsequente, a fim de que sejam colhidos os votos dos ministros ausentes”.

fracionários, também passaram a divulgar seus atos ao vivo na internet. Inicialmente com os ministros participando de suas residências, ou posteriormente de seus gabinetes, a prática foi implementada no colegiado a partir de 15 de abril de 2020, estendida em seguida aos demais tribunais do país, por autorização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Há, inclusive, registros posteriores de outras situações inéditas no STF, como a possibilidade de um voto ser proferido por meio de telefone celular – caso do ministro Roberto Barroso, que, durante um julgamento de matéria penal, precisou se ausentar para acompanhar parente em atendimento hospitalar, mas ainda assim apresentou sua manifestação (Agravio Regimental no *Habeas Corpus* [HC-AgR] n. 193.726) (MACEDO, 2021).

Importante recordar, no ponto, que o modelo deliberativo e de comunicação do tribunal brasileiro, caracterizado pela publicidade extrema, é peculiar entre democracias contemporâneas (SOUZA, 2016, p. 55-69). Assim, desde a primeira divulgação feita pela TV Justiça em 2002, em meio a um contexto institucional de pressão por maior *accountability* e transparência do Judiciário, ocorre a transmissão das sessões que contemplam tanto as sustentações orais e os questionamentos (*hearings*) como o próprio julgamento em si (*conferences*) (SOUZA, 2016, p. 76-84). Diante da possibilidade de manifestações individualizadas (*seriatim*), com divergência, ao contrário do formato uníssono (*per curiam*), eventuais votos divergentes e debates são verbalizados de forma aberta.

Tal configuração, até bem pouco tempo, era seguida, na mesma extensão, apenas pela SCJN mexicana, desde 2005, por meio de canal similar (SOUZA, 2016, p. 93-94). Na experiência desse país, igualmente se verificava uma política ativa de divulgação por parte do tribunal (STATON, 2010, p. 58-64), como parte de estratégia que visava construir uma boa imagem institucional, evitando distorções ou incompreensões na cobertura e, ao mesmo tempo, educando o público sobre questões constitucionais. Não por outra razão de paralelismo, com uma diferença de apenas cinco dias em relação ao STF, em 20 de abril de 2020, a SCJN também inaugurou suas sessões remotas por videoconferência, destacando o caráter inédito do ato, em razão da emergência sanitária (Figura 3) (SCJN, 2020).

FIGURA 3 — **SESSÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA: BRASIL E MÉXICO**

Fonte: Banco de Imagens/STF, Reprodução TV Justicia.

Mais recentemente, no final de 2022, a Suprema Corte da Índia passou a transmitir seus julgamentos em matéria constitucional, realizados presencialmente, por meio de canal próprio na internet.¹¹ A particularidade se dá apenas no pequeno atraso de trinta segundos da divulgação em relação ao tempo real (IN HISTORIC FIRST..., 2022).

Interessante notar que esse movimento de incorporação de soluções tecnológicas na prestação judicial segue sendo reforçado, conforme termos do projeto “Justiça 4.0”, do CNJ em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).¹² Isto é, com possibilidade de ampliar o grau de automação do processo judicial eletrônico e até mesmo o uso de inteligência artificial nos tribunais — o aprendizado de máquina, por exemplo, já vem sendo utilizado de forma auxiliar na gestão do acervo de recursos do STF.¹³

...

¹¹ Disponível em: <https://webcast.gov.in/scindia/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

¹² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

¹³ “Atualmente a ferramenta executa quatro atividades: conversão de imagens em textos no processo digital, separação do começo e do fim de um documento (peça processual, decisão, etc.) em todo o acervo do Tribunal, separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF e a identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência” (STF, 2018).

Na mesma linha, em março de 2021, foi editada a Lei Federal n. 14.129, que dispõe sobre instrumentos para adoção do “Governo Digital”, para o aumento da eficiência pública brasileira, com expressa previsão de aplicação ao Poder Judiciário. Conforme diretrizes instituídas, e como visto ao longo dos últimos anos, aponta-se o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho; a modernização, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis; além da possibilidade de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial.

Desse modo, uma vez superada a pandemia, com imunidade ou protocolo de segurança que autorize o retorno das sessões presenciais, é plausível ponderar que o STF passe a admitir alguma modalidade de *sessão híbrida*, ao menos no tocante à participação de advogados, inclusive em audiências públicas. Isso considerando a experiência das videoconferências aliada ao custo de deslocamento para aqueles que residem fora da capital. Por limitações de tempo e pauta, não raro feitos costumam ser adiados, por vezes sem previsão de reinserção ou nova data.

Encerra-se, assim, a primeira seção do trabalho, na forma do quadro-síntese com as modalidades de julgamentos que funcionam sob o paradigma tecnológico no âmbito do STF (Quadro 2).

QUADRO 2 – MODALIDADES DE JULGAMENTOS VIRTUAIS NO STF

MODALIDADE	OBJETO	ANO	REGULAMENTO	FORMATO	PRAZO
PV – 1 RG	PRELIMINAR DE ADMISSIBILIDADE: EXISTÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL (ART. 102, § 3º, CF/88 C/C ART. 1.035 DO CPC)	2007	EMENDA REGIMENTAL STF N. 21	ASSÍNCRONO (SOB DEMANDA)	20 DIAS CORRIDOS
PV – 2.1 LISTAS	AGRAVOS INTERNOS E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	2016	RESOLUÇÃO STF N. 587	ASSÍNCRONO (6ª A 6ª)	7 DIAS CORRIDOS
PV – 2.2 CAUTELARES, REFERENDOS E CONSOLIDADOS	CAUTELARES EM AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO, REFERENDO DE MEDIDAS CAUTELARES E DE TUTELAS PROVISÓRIAS E DEMAIS CLASSES PROCESSUAIS CUJA MATÉRIA DISCUTIDA TENHA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE	2019	EMENDA REGIMENTAL STF N. 52 E RESOLUÇÃO N. 642	ASSÍNCRONO (6ª A 6ª)	6 DIAS ÚTEIS

(continua)

PV – 2.3 MÉRITO	TODOS OS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL, A CRITÉRIO DO RELATOR (ATUAL), COM POSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL NO AMBIENTE ELETRÔNICO	2020	EMENDA REGIMENTAL STF N. 53 E RESOLUÇÃO N. 669	ASSÍNCRONO (6ª A 6ª)	6 DIAS ÚTEIS
	SESSÃO VIRTUAL EXTRAORDINÁRIA, EM CASOS DE EXCEPCIONAL URGÊNCIA. CONVOCAÇÃO PELO PRESIDENTE, APÓS PEDIDO DO RELATOR			ASSÍNCRONO (SOB DEMANDA)	24 A 48 HORAS
PP – VC VIDEOCONFERÊNCIA	QUALQUER MATÉRIA; AMBIENTE DE VIDEOCONFERÊNCIA, SUCEDÂNEO DO PLENÁRIO PRESENCIAL DURANTE A PANDEMIA	2020	RESOLUÇÃO STF N. 672	SÍNCRONO (QUARTAS E QUINTAS- -FEIRAS)	IMEDIATO

Fonte: Elaboração do autor.

2. NOVAS TECNOLOGIAS, VELHOS DESAFIOS?

As transformações que o ambiente digital tem promovido no funcionamento da Suprema Corte não são poucas, como visto até aqui, com inegáveis reflexos imediatos em termos de ganho de escala, como mencionado. Não obstante, alguns pontos sensíveis, salientados pela doutrina desde a era “analógica”, remanescem em aberto, até acrescidos de novos ingredientes para reflexão.

Por exemplo, como saber se determinado tema será julgado pelo plenário tradicional, com toda a publicidade decorrente, ainda que de forma remota, ou no Plenário Virtual? Não há resposta *a priori* quanto à forma ou mesmo à velocidade. Quais as implicações para a dimensão deliberativa (interna e externa), para atuação colegiada e para o poder de agenda? Esses serão tópicos abordados na próxima seção, articulando-se o debate sobre a discricionariedade e ao comportamento judicial – expressado, entre outras, na tensão entre o agir individual e o coletivo, suscitando-se algumas hipóteses de trabalho.

2.1. CONTROLE DO TEMPO E A DEFINIÇÃO DA PAUTA COLEGIADA: RECONFIGURANDO O PODER DE AGENDA

Em primeiro lugar, diversos trabalhos que se dedicam ao estudo das relações entre Direito e Política, notadamente com atenção dedicada ao papel das Cortes Constitucionais, destacam quão estratégica é a definição do acervo que pode vir a ser apreciado (*docket control*), bem como do poder de definição da pauta do tribunal (*issue timing*), no contexto mais amplo da arena política (VIEIRA, 2008, p. 450; FONTANA, 2011, p. 624-625; RIBEIRO e ARGUELHES, 2019,

p. 11-12). Tudo isso, nessa linha, com reflexos diretos para o agendamento do debate público sobre as controvérsias em juízo (EPSTEIN e KNIGHT, 1998, p. 57, 88; CASTELLS, 2009, p. 216-217). Ou seja, o que será (ou não) julgado, quando será julgado e, agora, também *como* será julgado.

Tradicionalmente, a prerrogativa de selecionar os casos que, após liberados pelos respectivos gabinetes, serão efetivamente inseridos no calendário de julgamento do plenário – ou seja, sessões presenciais de quarta e quinta-feira – cabe ao presidente, de forma individual e centralizada (RIBEIRO e ARGUELHES, 2019, p. 15). Embora a definição de prioridades possa ser compartilhada com os pares, nada obriga que o presidente consulte ou mesmo antecipe aos demais quais os feitos que serão levados a julgamento durante todo o biênio na chefia do tribunal. Até o ano de 2016, inclusive, tal pauta somente era divulgada com cerca de uma semana de antecedência, apenas. A partir da gestão do ministro Dias Toffoli, a Corte passou a adotar a prática estadunidense de divulgar uma previsão de julgamentos para todo o semestre judiciário. Algo que gera alguma previsibilidade para todos os interessados e tem sido mantido durante o mandato do ministro Luiz Fux.

Não obstante, após a expansão do Plenário Virtual, tal poder em alguma medida foi mitigado. Isso porque, ainda que o presidente siga definindo a pauta presencial, não totalmente hermética em caso de situações conjunturais de urgência, é possível agora a cada relator deflagrar o exame de temas pelo colegiado, “furando” a ordem prevista ou uma agenda congestionada, a seu critério. É dizer, mediante a opção de se indicar temáticas diretamente para exame no ambiente eletrônico. Tal flexibilidade não apenas amplia a capacidade institucional do tribunal, como altera a correlação de forças entre a Presidência e os demais membros, como anota o ministro Gilmar Mendes:

Essa mudança foi quase que redentora para o Supremo. Com a ampliação do Plenário Virtual, temos a possibilidade de dinamizarmos, porque não dependemos da Presidência para a pauta. Eu mesmo tinha muitas ADIs esperando julgamento e conseguimos atualizar o nosso estoque com essa possibilidade. Foi um grande ganho. (CREPALDI, 2021)

Além disso, após a alteração efetivada pela ER n. 54/2020, posteriormente reforçada pela ER n. 58/2022, o relator deve levar a referendo imediato as liminares concedidas em controle de constitucionalidade. Essa medida já decorria há muito da própria legislação que atribui competência ao colegiado, mas nem sempre era observada com rigor diante da casuística de decisões isoladas (SOUZA, 2016, p. 113-114; RIBEIRO e ARGUELHES, 2018; GODOY, 2020, p. 6-12).

Em prol do reforço da atuação colegiada, a providência pode ser adotada seja para referendo, em pauta automaticamente inserida na sessão seguinte, seja para a própria apreciação conjunta de medidas cautelares de urgência, na forma das sessões virtuais extraordinárias mencionadas na seção 1.2.3. Nessa linha, os mecanismos de prestígio ao julgamento conjun-

to fariam parte de um esforço de “desmonocratização” da Corte, nas palavras do ministro Luiz Fux — por ocasião do primeiro *podcast* do STF. Lançado em junho de 2021 (STF, 2021), esse formato representa o mais recente instrumento da estratégia de comunicação do tribunal, figurando não apenas como objeto, mas também como sujeito ativo do processo informacional (STATON, 2010, p. 57-59; MENDES, 2014, p. 173; SOUZA, 2016, p. 85-87).

Desse modo, novamente no ensejo da inovação tecnológica própria da ferramenta do Plenário Virtual, esse movimento de realocação em prol da unidade institucional pode auxiliar a Corte a se blindar de críticas quanto à “ministrocracia” (RIBEIRO e ARGUELHES, 2018) — em resposta e minimização do *backlash* (SUNSTEIN, 2011, p. 125-126, 132-133) resultante do exercício de competência fragmentada por parte dos julgadores, não raro sem validação tempestiva pelos pares. Neste tópico, vale registrar que tramitam no Congresso Nacional Propostas de Emenda Constitucional (PECs) que visam exatamente restringir decisões isoladas no controle de constitucionalidade, a exemplo da PEC n. 8/2021 (SENADO FEDERAL, 2021).

Isto é, na medida em que passa a ocorrer a apreciação conjunta célere, como regra, são amenizados o ônus de decisões contramajoritárias sensíveis, o espaço de bloqueio por atuação atomizada e o risco de insegurança jurídica derivada de eventuais posições conflitantes. Trata-se, assim, de outro ponto de inflexão passível de investigações empíricas futuras.

Além disso, como ressalta Taylor (2009, p. 242), ao tratar de políticas públicas, o aspecto temporal não se encerra quando do início do julgamento, pois “existe uma grande margem para mudar o *timing* do impacto judicial na implementação, seja acelerando uma decisão através de liminar, seja protelando o processo por meio de pedidos de vista”. Esse último aspecto da suspensão do julgamento consiste, em tese, na oportunidade para melhor reflexão de algum dos membros.

Contudo, pela ausência de controles efetivamente vinculantes, por vezes o movimento individual poderia obstar o debate ou mesmo a sua conclusão, algo que permaneceu inalterado até a recente mitigação promovida pela edição da Emenda Regimental n. 58, de 19 de dezembro de 2022. Isto é, em vez dos anteriores trinta dias, prorrogáveis uma vez — mas de caráter impróprio —, os pedidos de vista tanto no Plenário Virtual como no presencial passaram a ter como limite o prazo de noventa dias, após os quais passam a ser automaticamente liberados para continuação. Some-se a isso a possibilidade do denominado pedido de destaque, em que o feito pode ser transferido da discussão virtual para a presencial, cujas dinâmicas serão tratadas na seção a seguir.

Em síntese, na dimensão de integrante da arena jurídico-política, com a expansão do Plenário Virtual, os ministros possuem novos instrumentos tanto para a aceleração como para o retardamento do processo decisório, algo que pode servir como “válvula de escape” para respostas rápidas e sinalizações do tribunal. De todo modo, ainda sem critérios objetivos ou regras mandatórias para a movimentação nesse espaço de conformação pulverizado, seja sob a perspectiva temporal, em tese agora delimitada, seja sob a procedimental — as quais podem

reduzir ou amplificar a exposição de determinada discussão, incluindo as etapas anteriores e posteriores de contestação e debate público das decisões (MENDES, 2013, p. 104-106).

2.2. CALIBRANDO A EXPOSIÇÃO PÚBLICA? DIÁLOGOS INTERNOS E EXTERNOS

Um segundo aspecto envolve desdobramentos do peculiar modelo de publicidade extrema das deliberações (SOUZA, 2016, p. 55-69), marcado pela abertura das sessões e transmissões dos julgamentos, as quais fazem parte de uma estratégia de comunicação ativa da Suprema Corte (DA ROS e INGRAM, 2019, p. 343-344). Há um debate relativo, por um lado, à busca por legitimidade, via transparência e *accountability* – intimamente interligadas (VERMEULE, 2007, p. 180-182) –, que perpassava o início da TV Justiça; e, por outro, às críticas quanto à densidade deliberativa presente em um procedimento *seriatim*, que, por vezes, pode se resumir à sobreposição da leitura de votos (MENDES, 2013, p. 109-113; SILVA, 2013, p. 570-571). Sem retomar aqui todas as *nuances* desse característico modelo nacional, fato é que, ao menos do ponto de vista pedagógico, político ou midiático, o alcance da difusão de sons e imagens em tempo real é incomparável à repercussão de manifestações escritas do tribunal.

Nessa perspectiva, não é apenas na falta da típica interação *face-to-face* que a atuação assíncrona irá repercutir (FRIED e HANSSON, 2013, p. 205-206), leia-se, sem a possibilidade formal de eventuais apartes e ponderações mútuas entre os integrantes – restando apenas a possibilidade de “ressalva de entendimento”, mediante juntada de declaração de voto avulso. Ainda que uma mudança diametral de votos em colegiados seja rara na prática (FRIEDMAN, 2005, p. 286), questões como modulação de efeitos, consequências das decisões, além de *obiter dicta* próprias dos debates de casos complexos – aptas, inclusive, a esclarecer posições e sinalizar soluções futuras –, podem ser retraídas fora das intervenções asseguradas pelas sessões de votação simultânea.

É esse um efeito colateral central do *trade-off* entre o ganho de volume no dinamismo do Plenário Virtual e a consequente perda de interação síncrona. Foi exatamente o que observou o ministro Marco Aurélio ao se pronunciar em um recurso no qual houvera pedido de destaque: “Nós precisamos realmente entender que a sessão por videoconferência viabiliza o que a votação virtual não viabiliza, que é a troca de ideias entre os Ministros, não é?” (BRASIL, 2021b).

Todavia, o ponto parece ter sido pacificado diante da situação de sobrecarga de processos vivenciada, na linha destacada pelo ministro Gilmar Mendes: “Claro, há algumas considerações críticas em torno disso, porque essa dinâmica toda às vezes não permite um debate mais aprofundado [...] Isso é algo que tem preocupado”, concluindo que “[i]sso é um aprendizado, são pontos que temos que ir aperfeiçoando, mas de qualquer forma a mudança foi importantíssima, porque solucionou um problema de estrangulamento mesmo que havia na corte” (CREPALDI, 2021).

De igual modo, nessa modalidade de julgamento agregativo do Plenário Virtual reduz-se a capacidade de diálogo não apenas interno, como também externo. Os estudos sobre

o Judiciário ressaltam a centralidade da dimensão de suporte difuso dos tribunais (BAUM, 2007, p. 64), a partir de elemento de interlocução com uma audiência que se encontra fora da Corte (FRIEDMAN, 2010, p. 384-385). Isto é, destinatários que podem se localizar tanto nos poderes Legislativo e Executivo (VIEIRA, 2008, p. 454) como em determinados segmentos da própria sociedade em geral. Isso, decerto, não implica se curvar às visões majoritárias de momento – o que poderia contrariar sua intrínseca função na tensão entre constitucionalismo e democracia –, mas considerá-las e delas se afastar, se for o caso em confronto com a opinião pública(da), via ônus argumentativo que ratifique a robustez de determinada decisão.

Um caso emblemático, por sintetizar essa perspectiva em diversas passagens, é o que tratou do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro (ADPF n. 347). Nessa linha, ao apreciar a medida cautelar (BRASIL, 2015), diversos julgadores aproveitaram a ocasião para expressar ponderações “em diálogo com a sociedade, que não tem este tema como um de seus campeões de audiência”, como observou o ministro Roberto Barroso; ou em relação ao papel do próprio Judiciário no quadro, enfatizando-se que “não há efeito pedagógico melhor do que constar textualmente aquilo que os juízes devem fazer e não estão fazendo [...] extremamente didático para colocarmos as coisas no seu devido lugar”, como salientado pelo ministro Luiz Fux. O ministro Marco Aurélio, relator, por sua vez, pontuou que, “apesar de ser ‘muito bom quando há coincidência entre o convencimento do juiz e o anseio popular’, o magistrado não pode se deixar impressionar se a necessária observância da Constituição pressupor rumo diverso do desejado pela opinião pública”.

Assim, além de permitir a vocalização de determinadas posições tendo em mira atores externos, em reforço às razões de decidir, tal ponto é também associado a uma vertente informativa ou pedagógica (LAMBERT, 2013, p. 321), de modo que esse poderoso instrumento, diante da ausência de critérios objetivos, torna-se uma ferramenta adicional no arsenal de discricionariedade do tribunal, podendo operar como possível válvula de escape para reduzir ou maximizar a exposição, com escrutínio público de razões em temas sensíveis.

Trata-se aqui de uma manifestação que possui a vantagem de se inserir no legítimo exercício da jurisdição (*on-bench*) – em contraposição a declarações fora dos autos, à imprensa ou em eventos, com antecipações de voto (*off-bench behaviour*) (DA ROS e INGRAM, 2019, p. 343), as quais, inclusive, encontram vedação na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).¹⁴ Quase duas décadas após sua implementação e os aprendizados decorrentes,

...

14 Art. 36 da Lei Complementar n. 35/1979: “É vedado ao magistrado: [...] III – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

como saber se determinado caso vai ser transmitido na TV Justiça ou não, sendo deslocado para o Plenário Virtual? Quando determinado tema será julgado relevante, prioritário? São perguntas para as quais não há respostas de antemão.

Investigar em quais casos um tema foi encaminhado ao Plenário Virtual, mas posteriormente destacado para o presencial, surge como uma possível questão empírica de interesse. Em acréscimo, avaliar que tipos de posições estavam em jogo e foram manifestadas, com eventuais interlocuções institucionais ou sociais, é outra possibilidade. A discussão que envolvia a realização de cultos religiosos durante a pandemia (ADPFs n. 701, 810 e 811) revela-se um bom exemplo. Isso porque, inicialmente, haveria uma “não decisão” por parte de um relator, mas o tema terminou sendo enfrentado após iniciativa isolada de outro, a exigir referendo que, ao final, foi dirimido de forma presencial, ainda que remota. Desdobramentos dessa natureza podem auxiliar a compreensão de aspectos adicionais do comportamento judicial, na coexistência de formatos que hoje tornam a Corte híbrida – mas extrapolam as limitações do presente trabalho. Emergem, assim, novos passos para a agenda de pesquisa sobre a atuação da Corte Constitucional no país, em meio às relações do campo entre Direito e Política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve por objetivo analisar as implicações da expansão do Plenário Virtual, ambiente eletrônico de julgamentos assíncronos do STF que – ao lado das sessões por vídeo – permitiu ao tribunal atravessar o período de pandemia, mediante ampliação das atividades remotas. Destacou-se, de início, que tal processo não ocorreu de forma inteiramente abrupta, mas foi resultado de um movimento gradual de busca de celeridade e efetividade jurisdicional, que remonta à Reforma do Judiciário – na qual a redução do estoque de ações, via filtros recursais e adoção de ferramentas de digitalização, é chave essencial.

Em seguida, foram analisados o histórico, as características e as distinções do funcionamento dos diferentes colegiados virtuais no âmbito do STF. Isto é, três modelos que coexistem e, como exposto, envolvem respectivamente: o exame da preliminar de repercussão geral de recursos extraordinários (a partir de 2007); o julgamento de mérito do Plenário Virtual (progressivamente ampliado em três momentos, de 2016 a 2020, para hoje autorizar o exame de qualquer tema, a critério do relator); além do ambiente de videoconferências das sessões presenciais, adotado de forma excepcional diante da necessidade de distanciamento social durante a pandemia.

De um lado, em termos de produtividade e funcionalidade, é inegável o ganho de escala que o procedimento de transição para essa espécie de “nova sede”, conforme a análise comparativa de processos julgados ao longo dos anos no Plenário Virtual, demonstra, assim como o potencial para se prestigiar o colegiado, minimizando a vulnerabilidade institucional decorrente do protagonismo de atuações isoladas. Não obstante, do *trade-off* entre desafogar

o estoque (CREPALDI, 2021), hoje ponto de não retorno, e preocupações sobre a qualidade deliberativa do colegiado — há muito observadas pela literatura —, ainda remanescem pontos de atenção tanto para o processo decisório como para o comportamento judicial.

Assim, ao adicionar um elemento ao arsenal de discricionariedade, a ferramenta virtual suscita novas questões do ponto de vista da calibragem individual do tempo, do debate interno e externo, bem como da reconfiguração do poder de pauta do tribunal. Depois dos reflexos e dos aprendizados institucionais após quase duas décadas desde a criação da TV Justiça, por meio de um modelo de abertura e publicidade extrema, saber de que forma foi julgado determinado tema — e por quê — é uma questão que se soma à agenda de pesquisa empírica sobre a Corte Constitucional pós-pandemia, agora em sua versão híbrida.

AGRADECIMENTOS

O autor agradece aos pareceristas anônimos da Revista Direito GV, que contribuíram para o aprimoramento do estudo.

REFERÊNCIAS

BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

BRASIL. Aplicação da Repercussão Geral reflete na diminuição expressiva do acervo no STF. *Supremo Tribunal Federal*, 3 maio 2021a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=465224&ori=1>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 999.435*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 19 maio 2021b. Pleno (AD) — Demissão em massa (2/2). 73 minutos. Brasília: TV Justiça. Disponível em: <https://bit.ly/3gON8va>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Case Law Compilation: Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3966/1184768.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 18 nov. 2022.

CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

CREPALDI, Thiago. Com repercussão geral e Plenário Virtual, STF chega ao menor acervo em 25 anos. *Consultor Jurídico*, 23 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/epercussao-geral-plenario-virtual-stf-chega-menor-acervo>. Acesso em: 17 nov. 2022.

DA ROS, Luciano; INGRAM, Matthew. Law, Courts, and Judicial Politics. In: AMES, Barry (org.). *Routledge Handbook of Brazilian Politics*. Nova York: Routledge, 2019. p. 339-357.

DWYER, Devin. Supreme Court Makes History as Justices Livestream Oral Arguments. *ABC News*, Washington, 4 maio 2020. Disponível em: <https://abcn.ws/3hqlMfw>. Acesso em: 9 maio 2021.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: CO2, 1998.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

EVANS, Paul *et al.* *Parliaments and the Pandemic* – SPG Paper 4. Westminster, jan. 2021. Disponível em: <https://studyofparliamentgroup.org/wp-content/uploads/2021/01/Parliaments-and-the-Pandemic.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2022.

FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. In: GISBURG, Tom; DIXON, Rosalind (orgs.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar. 2011. p. 624-642.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, Texas, v. 84, n. 2, p. 257-337, dez. 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328. Acesso em: 17 nov. 2022.

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. *Direito e Praxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020.

GRATTON, Lynda. How to Do Hybrid Right. *Harvard Business Review*, [s. l.], maio/jun. 2021. Disponível em: <https://hbr.org/2021/05/how-to-do-hybrid-right>. Acesso em: 8 maio 2021.

HANSSON, David Heinemeier; FRIED, Jason. *Remote: Office Not Required*. Nova York: Crown, 2013.

IN HISTORIC FIRST, Supreme Court Live Streams Constitutional Bench Hearing. *India Today*, Nova Delhi, 27 set. 2022. Disponível em: <https://www.indiatoday.in/law/story/supreme-court-live-streaming-begins-constitutional-benches-watch-live-2005243-2022-09-27>. Acesso em: 30 set. 2022.

LAMBERT, Paul. *Television Courtroom: Broadcasting Effects*. Lanham: University Press of America, 2013.

MACEDO, Fausto. Do hospital, Barroso usa celular para dar voto em julgamento de Lula. *O Estado de São Paulo*, 15 abr. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/do-hospital-barroso-usa-celular-para-dar-voto-em-julgamento-sobre-lula/>. Acesso em: 2 maio 2021.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990.

PIERSON, Paul. *Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, e1921, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201921>. Acesso em: 18 nov. 2022.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25207/2-s2.0-85044766159.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 nov. 2022.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 85-121, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/7503>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SANTOS, Fabiano (org.). *Congresso remoto: a experiência legislativa brasileira em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2021.

SENADO FEDERAL. *Senadores apresentam projetos para restringir decisões monocráticas do STF*. 9 abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/09/senadores-apresentam-projetos-para-restringir-decisoes-monocraticas-do-stf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Nova York, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2013-ICON-11-Deciding-Deliberating.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. *STF em evidência: deliberação, publicidade e sociedade sob a perspectiva dialógica*. Curitiba: Juruá, 2016.

STATON, Jeffrey K. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. Nova York: Penguin Books, 2009.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). *Comunicado de Prensa n. 059/2020* – En Primera Sesión Por Videoconferencia, la SCJN Invalida Disposiciones de Guerrero y San Luis Potosí por Falta de Consulta Previa. Cidade do México, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6102>. Acesso em: 2 maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *STF pode usar plenário virtual para “desmonocratização” da Corte, diz presidente Luiz Fux*. 12 jun. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467498&ori=1>. Acesso em: 19 jun. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Placar de votação de sessões virtuais do STF pode ser acompanhado em tempo real*. 13 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441257&ori=1>. Acesso em: 24 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Projeto VICTOR do STF é apresentado em congresso internacional sobre tecnologia*. 26 ago. 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/630364706/projeto-victor-do-stf-e-apresentado-em-congresso-internacional-sobre-tecnologia>. Acesso em: 13 mar. 2023.

TAYLOR, Matthew. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582007000200001>. Acesso em: 18 nov. 2022.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy*. Nova York: Oxford University Press, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 18 nov. 2022.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. Supremo remoto e a expansão do Plenário Virtual após a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2312, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202312>

Raphael Ramos Monteiro de Souza

DOUTORANDO EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE DE
BRASÍLIA (IPOL/UNB). MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (FND/UFRJ). ADVOGADO DA UNIÃO.

rapharms.edu@gmail.com

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE DADOS:

O conjunto de dados deste artigo está disponível no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.5JYPOD>.

1 Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-3302-7480>

2 Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-4167-7611>

3 Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-2476-3822>



Defensorias Públicas: caminhos e lacunas no acesso à justiça

PUBLIC DEFENSE: PATHS AND GAPS IN ACCESS TO JUSTICE

Marcella Raphaella Faustino¹, Eduardo Cerqueira Batitucci² e
Marcus Vinícius Gonçalves da Cruz³

Resumo

O artigo visa analisar como as Defensorias Públicas têm buscado ampliar a utilização de métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Por meio de pesquisa qualitativa, utilizam-se fontes secundárias para descrever o cenário nacional quanto ao acesso à justiça, as formas de solução de conflitos e a constituição das Defensorias Públicas no Brasil, enquanto questionários enviados às Defensorias e entrevistas para delinear um estudo de caso junto à Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG) complementaram os procedimentos metodológicos. Os achados de pesquisa apontam que as Defensorias reconhecem a importância da ampliação de sua atuação extrajudicial, mas não como atuação prioritária. Ademais, indicam que a DPMG procura fortalecer seus instrumentos de gestão para ampliar o escopo de sua atuação. Conclui-se que tais instituições ainda não conseguem promover o acesso à justiça em seu sentido amplo, uma vez que seus esforços estão voltados primordialmente à atuação dentro dos processos judiciais. O artigo contribui em termos teóricos para preencher lacuna nos poucos estudos sobre a atuação das Defensorias no país, enquanto a contribuição empírica reforça a necessidade de fortalecimento do papel estratégico dessas instituições em um país de expressiva desigualdade no acesso à justiça.

Palavras-chave

Defensorias Públicas; atuação extrajudicial; acesso à justiça; meios de solução de conflitos; Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Abstract

This research paper aims to analyze how Public Defenses have been trying to expand the use of extrajudicial conflict resolution methods. Through qualitative research, secondary sources are used to describe the national scenario regarding access to justice, forms of conflict resolution and the constitution of Public Defense in Brazil, while questionnaires sent to Defenses and interviews to outline a case study of the Public Defense of Minas Gerais (DPMG) complemented the methodological procedures. The research findings point out that the studied Defense's offices recognize the importance of expanding their extrajudicial action, but that is not a priority. Furthermore, it points out that the DPMG seeks to strengthen its management instruments to expand the scope of its activities. It is concluded that such institutions are still unable to promote access to justice in its broad sense, since their efforts are primarily focused on acting within judicial processes. The article contributes in theoretical terms to fill the gap in the few studies on the work of Defenders in the country, while the empirical contribution reinforces the need to strengthen the strategic role of these institutions in a country with strong inequality in access to justice.

Keywords

Public Defense; extrajudicial action; access to justice; conflict resolution; Public Defense of Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem relevante papel na efetivação de direitos, na resolução de controvérsias e na pacificação dos conflitos sociais. Porém, no Brasil, o acesso a ele se mostra muito distante da realidade de grande parte da população. Os principais entraves referem-se à sua dimensão estrutural, uma vez que sua cobertura não é homogênea no país, o que torna inevitável a exclusão de determinados atores e demandas; à morosidade dos processos; ao desconhecimento, por parte dos cidadãos, de seus próprios direitos e das instituições responsáveis por efetivá-los; e ao fato de que, na maioria dos casos, estar em juízo exige capacidade postulatória, quase sempre restrita aos profissionais do direito, cuja contratação requer recursos de que a maioria dos cidadãos não dispõe, reforçando a complexidade dos procedimentos judiciais e a falta de transparência na prestação jurisdicional, tal como apontam Silva (2017), Ribeiro (2008), Avritzer, Marona e Gomes (2014) e Vieira e Radomysler (2015).

Os estudos de Santos (2011) e Sinhoretto (2011) também descrevem tal realidade brasileira de inacessibilidade ao sistema de justiça pelos setores populares, com Wolkmer (2001) destacando como entrave um judiciário de cultura positivista, configurado, historicamente, como um órgão elitista, apegado a formalismos que o tornam moroso e oneroso.

O reconhecimento de que o acesso à justiça não se restringe ao acesso ao judiciário tem se mostrado de extrema relevância, segundo Sadek (2009). Avritzer, Marona e Gomes (2014) apresentam uma concepção de acesso à justiça denominada acesso à justiça pela via dos direitos. Segundo os autores, ela “envolve dois níveis: ampliação da efetivação dos direitos e ampliação da possibilidade de participação na conformação dos direitos” (AVRITZER, MARONA e GOMES, 2014, p. 20).

A ideia de acesso à justiça pela via de direitos se contrapõe à concepção liberal de acesso à justiça, que se ampara em um projeto político de tipo liberal, que busca a concretização de objetivos universais sem, contudo, se preocupar com particularidades e especificidades existentes na sociedade. Na concepção liberal de acesso à justiça, o indivíduo é visto como um sujeito de direito por excelência e a produção racional do direito é funcionalmente determinada. Dessa forma, o judiciário assume uma posição de neutralidade política. Ocorre que projetos universalistas, amparados na ideia de igualdade, acabam por perpetuar os níveis de desigualdade, principalmente onde há diversidades culturais e desigualdades sociais extremas, como ocorre no Brasil (MARONA, 2013, p. 22).

Apresentando o que denominam cartografia da justiça brasileira, Avritzer, Marona e Gomes (2014) demonstram a seletividade do sistema de justiça, concentrado nas áreas de maior índice de desenvolvimento econômico. Ademais, a partir da análise dos atores que acesam esse sistema, os autores apontaram que atores estatais e econômicos impõem um padrão de litigância não apropriado à construção da cidadania. Esse diagnóstico corrobora as limitações da concepção liberal de acesso à justiça, pautada na individualização dos direitos e na igualdade formal dos indivíduos.

Cumprе ressaltar que o panorama do sistema formal de justiça, distante fisicamente da população mais necessitada e incapaz de compreender, em muitas situações, a realidade dos conflitos que chegam a suas mãos, tem o efeito perverso de ampliar os níveis de desigualdade existentes no país, uma vez que constitui uma barreira tanto para o processamento de demandas quanto para o reconhecimento de direitos. Esse cenário aponta para a necessidade de se pensar em “políticas públicas que aproximem os indivíduos e grupos – principalmente os mais necessitados – de mecanismos, para além das instituições judiciárias, que possibilitem a concretização desses direitos” (SILVA, 2017, p. 40).

Reconhecer o pluralismo jurídico e judicial implicaria reconhecer a legitimidade de instâncias não judiciais desenvolvidas formal ou informalmente tanto pelo próprio Estado quanto pela sociedade (OXHORN e SLAKMON, 2005).

Para além do reconhecimento do pluralismo jurídico, a criação das Defensorias Públicas no Brasil buscou superar dificuldades de acesso à justiça e garantir, inicialmente, que os cidadãos que não dispusessem de condições suficientes tivessem suas demandas analisadas pelos órgãos do Poder Judiciário. Sadek (2019) destaca que em um país como o Brasil, marcado por significativos índices de desigualdade econômica e social, o papel da Defensoria cresce em importância. Para a autora, a amplitude de atribuições da instituição possibilita que esta possa lutar contra situações que tornem o indivíduo vulnerável e, ainda, contribuir para que o conceito de igualdade jurídica não seja apenas formal.

Entretanto, embora as Defensorias tenham papel fundamental na transformação da sociedade, as dificuldades enfrentadas pelas Defensorias em atender a todas as demandas a elas direcionadas são visíveis. Em muitos estados, a Defensoria só foi instituída recentemente, e, de forma geral, essas instituições ainda contam com um enorme déficit de recursos materiais e humanos e concentram um número expressivo de demandas sociais, sejam elas individuais, sejam coletivas (SANTOS, 2011). Para contornar essas dificuldades e se alinhar à sua missão institucional, as Defensorias têm buscado ampliar sua atuação coletiva e, ainda, sua atuação extrajudicial (VIEIRA e RADOMYSLER, 2015).

Diante da problemática apresentada, o presente artigo objetiva analisar a relevância que as Defensorias Públicas têm dado à sua atuação extrajudicial, comparada à sua atuação judicial, e, conseqüentemente, como essa forma de atuação tem contribuído para o acesso à justiça. Foi utilizada como estudo de caso a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG).

1. MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A compreensão do acesso à justiça, segundo Cappelletti e Garth (1988), começou a ser vista como algo além do simples esforço de garantir a todos os indivíduos acesso a representação judicial. Passou-se a tratar de instituições, mecanismos e pessoas capazes de processar e dirimir conflitos da sociedade, e a preocupar-se com a escolha adequada de técnicas a serem utilizadas para cada demanda.

Mancuso (2015, p. 226) aponta que, em uma democracia participativa e pluralista, a atuação do judiciário deve se pautar em critérios seletivos, “ou seja, deve ser utilizada apenas nos casos em que o conflito não pode ser solucionado por outros métodos auto ou heterocompositivos”. Assim, deve-se priorizar as práticas em que os envolvidos ganhem protagonismo na solução de seus conflitos e possam reconhecer seus direitos e deveres na relação estabelecida.

Na mesma esteira, Sales e Rabelo (2009) destacam a natureza democrática da utilização dos meios adequados de solução de controvérsias. Como estes consistem em práticas que buscam resolver o conflito por meio do diálogo e contam com a participação ativa e a valorização dos envolvidos, acabam contribuindo para uma nova visão de cidadania, na qual o indivíduo se torna protagonista de suas escolhas.

Diversos são os métodos de atuação para solução extrajudicial de conflitos e consolidação de direitos. Orsini e Silva (2016, p. 15), ao tratarem da “mediação”, salientam que ela “tem por essência proporcionar espaços de participação dialógica aos mediados que, com o auxílio do mediador, têm a oportunidade de se comunicarem sob outro viés, voltado ao entendimento mútuo e à busca de soluções satisfatórias para seus conflitos”. Silva (2017, p. 16) ressalta, ainda, que a “mediação” possibilita “que indivíduos e grupos marginalizados possam ressignificar suas relações com a justiça e com o direito, de modo a readequá-los às realidades por eles vivenciadas, bem como auxiliá-los no acesso aos direitos de cidadania já consolidados e a serviços básicos para a promoção de uma vida digna”.

Embora não permita esse diálogo mais profundo, a “conciliação” também apresenta vantagens. Cappelletti e Garth (1988) destacam que entre elas está não apenas a solução mais rápida dos problemas, mas também o fato de que as decisões tomadas no curso da “conciliação” são mais facilmente aceitas do que as decisões judiciais, uma vez que as primeiras se fundam em acordos estabelecidos entre as partes.

Outra forma extrajudicial de resolução de conflitos que merece destaque é a chamada “justiça restaurativa”, que, segundo Gimenez e Spengler (2018), encoraja vítima e ofensor a assumirem papéis mais ativos na solução de seus conflitos, cabendo ao agente-público apenas o papel de facilitador. Ademais, ela proporciona a participação da comunidade e procura assegurar ações reparadoras concretas das consequências de um crime. Batitucci *et al.* (2010, p. 260) destacam, também, que a adoção dessa estratégia se distancia “da parcialidade e seletividade características das instâncias tradicionais de processamento judicial”, que, no Brasil, têm um caráter extremamente privatista e formalista.

É importante enfatizar que não há um rol exaustivo de práticas, podendo surgir outros desenhos de projetos, inclusive mais adequados, a serem utilizados para resolver determinadas demandas. Em geral, verifica-se que a atuação no âmbito extrajudicial tende não apenas a possibilitar novas opções de acesso à justiça, mas a permitir maior participação do cidadão, seja pela escolha do responsável pela solução do conflito, seja pela sua participação na construção do resultado alcançado. Essa participação na busca pela solução e, em algumas situações, pela reconstrução ou manutenção de vínculos pode proporcionar um ganho social e a ampliação do

conhecimento sociojurídico dos cidadãos e permitir que as pessoas tenham melhores condições de reconhecer a violação de seus direitos e os meios necessários para defendê-los.

A título de exemplo, menciona-se o Juspopuli – Escritório de Direitos Humanos implementado desde 2001 em bairros de Salvador, Bahia, e cujas práticas de mediação ainda ocorrem. Leonelli e Mesquita (2004) frisam a crescente credibilidade e valorização do serviço pela comunidade, que reconhece o agente de cidadania ou o mediador popular responsável pela condução dos trabalhos. Ademais, apontam que os mediadores facilitam a construção de soluções criativas e pacíficas para o conflito, muitas vezes não previstas no ordenamento jurídico.

Destaca-se, ainda, a implementação dos Centros de Atendimento Multidisciplinar (CAM), da Defensoria Pública de São Paulo, pioneira na oferta de atendimento jurídico interdisciplinar em larga escala. Segundo Alves e Nascimento (2020), em 2017 o CAM registrou 65% de êxito na solução de conflitos pela via extrajudicial, indicando que ele poderá auxiliar na desobstrução do judiciário.

No âmbito da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Kirchner (2020) apresentou diversos projetos extrajudiciais exitosos, entre eles a adoção da metodologia de trabalho em rede de cooperação e gestão sistêmica nas ações de saúde, que, na capital, permitiu que aproximadamente 90% dos assistidos na área da saúde tivessem suas demandas resolvidas pela via extrajudicial e reduziu o tempo de espera para as consultas com especialistas nas Unidades Básicas de Saúde.

Registra-se, por oportuno, que, apesar das inúmeras vantagens trazidas pela utilização das práticas extrajudiciais, não se ignora aqui o relevante papel do judiciário na solução de conflitos. Em muitas circunstâncias, ele é responsável por assegurar a simetria entre as partes, além de deter o poder de exigir o cumprimento de suas decisões. Dessa forma, é importante entender que judiciário e os meios autocompositivos devem ser compreendidos como complementares, e não conflitantes.

Gabbay, Faleck e Tartuce (2013) mencionam que a adoção de mecanismos diversos é essencial para conceber um sistema de resolução de controvérsias eficiente. Isso porque, dessa forma, é possível abranger pessoas com perfis diferentes e realidades distintas. Os autores esclarecem, ainda, que a opção por um ou por outro meio de solução de controvérsias existente não deve se pautar nas deficiências de outras formas de resolução da demanda, mas sim na sua adequação e potencial aptidão para atender o problema e as pessoas envolvidas. É por isso que não se trata de soluções alternativas de resolução de conflitos, mas sim de meios adequados e complementares de solução de conflitos.

2. DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

A Constituição de 1988 dispõe que a Defensoria Pública é

instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica,

a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 80/2014 ampliou o rol de atribuições das Defensorias, com destaque para o fortalecimento de sua atuação no âmbito dos direitos coletivos e, ainda, a possibilidade de atuação extrajudicial.

Santos (2011), ao tratar das Defensorias, enumera as vantagens potenciais decorrentes de sua implementação, quais sejam, a universalização do acesso pela assistência prestada por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim; a assistência jurídica especializada para a defesa de interesses coletivos e difusos; a diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, por meio da conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos; e, ainda, a atuação na educação em direitos.

Santos (2011) destaca quatro grandes dificuldades que assolam essas instituições: as características estruturais, organizacionais e funcionais das Defensorias Públicas estaduais, muito variáveis de estado para estado; o desnível na participação no orçamento das Defensorias em face do judiciário e do Ministério Público; a acanhada estrutura da Defensoria Pública da União; e os reduzidos quadros das Defensorias Públicas estaduais em relação às necessidades de uma sociedade como a brasileira.

Essa realidade também é apontada no *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil* (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015), último diagnóstico disponível à época da realização da presente pesquisa, que indica as dificuldades enfrentadas por essas instituições, dentre as quais se destacam a distribuição desigual desses órgãos dentro do território nacional e os déficits no seu quadro de funcionários, tanto na área-meio quanto na área-fim.

As Defensorias, diante desse cenário, têm buscado formas de contornar as dificuldades enfrentadas em razão da insuficiência de recursos materiais e humanos por meio do aprimoramento de seus procedimentos internos de gestão, conforme demonstram os trabalhos de Vidal (2014) e de Buta e Filho (2016).

Assim, as Defensorias têm procurado ampliar sua atuação no âmbito da tutela coletiva, bem como seu repertório de ações extrajudiciais (VIEIRA e RADOMYSLER, 2015). Entretanto, embora essas instituições estejam buscando novas formas de promover acesso à justiça aos seus assistidos, sua atuação no âmbito extrajudicial ainda se mostra bastante deficitária. As dificuldades estão muitas vezes relacionadas à sobrecarga de trabalho dos defensores, como atesta Santos (2011, p. 33), que acabam por ser consumidos “por uma justiça altamente rotinizada (litígios individuais cíveis, casos criminais etc.), dificultando o investimento em áreas que consomem mais tempo de trabalho e preparação (tais como litigação de interesses difusos e coletivos, educação em direitos, resolução extrajudicial de conflitos)”.

Mesmo que ainda não tenham ganhado a prioridade necessária dentro das Defensorias, as ações extrajudiciais já são práticas consideradas fundamentais. Dados do Ministério da

Justiça (2015) demonstram uma participação significativa de defensores em conselhos de políticas públicas, conferências, comissões, audiências públicas e em outras instituições ou instâncias participativas, principalmente no âmbito de direitos humanos, liberdade criminal e saúde.

As informações obtidas por meio da coleta de dados realizada na presente pesquisa corroboram os dados apresentados pelo Ministério da Justiça (2015) no que tange à busca pelo fortalecimento das ações extrajudiciais pelas Defensorias. No entanto, também apontam alguns entraves para a instituição dessas ações como prática prioritária.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi de natureza qualitativa, como sugerido por Denzin e Lincoln (2006), em que se estudam as situações em seu cenário natural e se busca compreender e interpretar os fenômenos nas formas e nos significados que as pessoas a eles conferem.

Inicialmente, realizou-se levantamento bibliográfico, como indicado por Creswell (2010), relativo aos temas acesso à justiça, formas adequadas de solução de conflitos e constituição das Defensorias Públicas no Brasil. Posteriormente, coletaram-se dados para preparação de panorama das Defensorias por meio de consulta a seus sítios eletrônicos. Em seguida, elaborou-se questionário enviado a todas as Defensorias do país, que teve como objetivo o levantamento das práticas extrajudiciais em curso em cada instituição e seus resultados, das parcerias realizadas para sua execução, dos desafios para sua implementação e da eventual ocorrência de resistência institucional a essas práticas. O questionário foi respondido integralmente apenas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro e parcialmente pelas Defensorias Públicas do Amazonas, de Goiás, do Rio Grande do Sul, do Piauí e de São Paulo, o que demonstra baixa adesão ao instrumento e revela as dificuldades de pesquisa na área, conforme relata Machado (2017).

Seguindo a mesma linha do questionário, elaborou-se roteiro semiestruturado de entrevista, utilizado para a coleta de dados junto à DPMG, escolhida como estudo de caso em razão de sua acessibilidade pelos autores. Além das perguntas incluídas no questionário enviado a todas as Defensorias, indagou-se acerca da implementação do Planejamento Estratégico da DPMG, que traz como prioridade a ação extrajudicial da instituição. Destaca-se que o aprofundamento da análise por meio do estudo de caso realizado teve como objetivo permitir uma compreensão mais precisa do tema proposto e complementar a consulta por questionário (CRESWELL, 2010). Justifica-se tal escolha, uma vez que a DPMG foi a segunda Defensoria brasileira a conquistar a posição de órgão autônomo, em 2003, e compartilha dos mesmos problemas e desafios que as demais, conforme o *IV Diagnóstico das Defensorias Públicas no Brasil* do Ministério da Justiça (2015): quadro de pessoal deficitário, tanto na área-meio como na área-fim, percepção de sobrecarga de trabalho dos defensores e ausência de atendimento em boa parte das comarcas do estado. Ademais, todas as Defensorias no país compartilham dos mesmos objetivos, funções e princípios institucionais, o que as aproxima

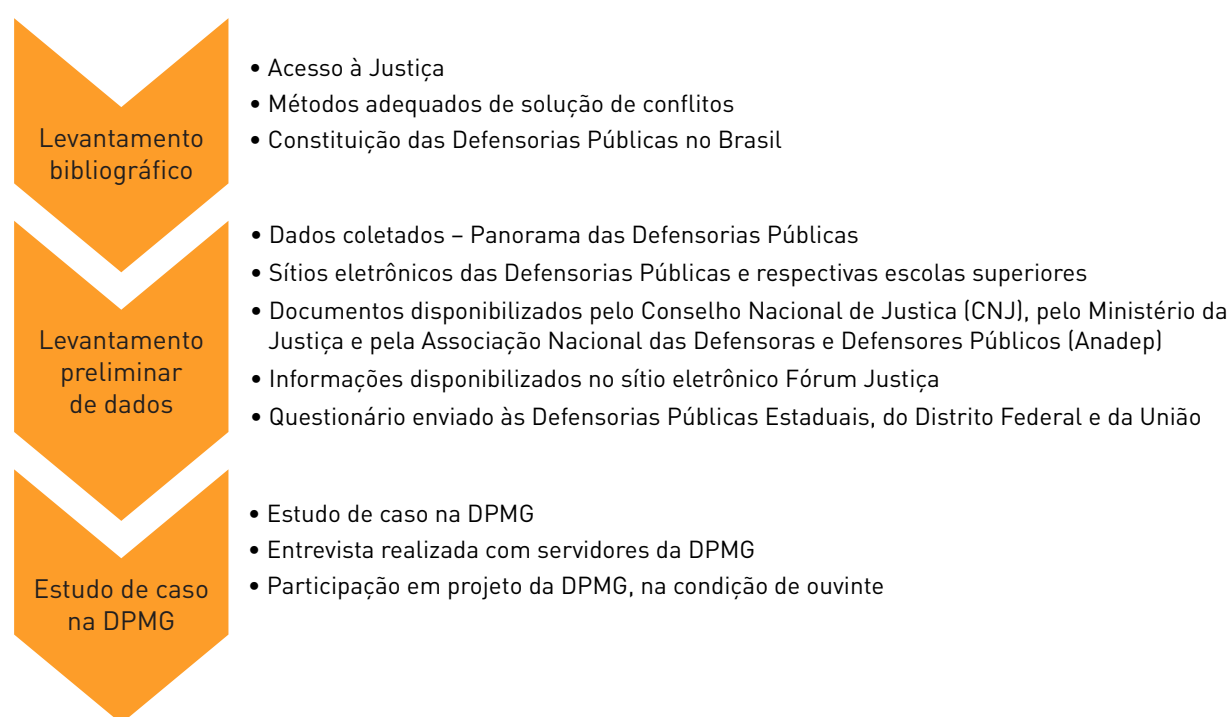
em sua forma de atuação. Assim, mesmo que se verifiquem diferenças estruturais entre elas, bem como nas escolhas estratégicas de programas e projetos por elas executados, foi possível obter, a partir do estudo de caso, considerações mais amplas acerca da forma de atuação dessas instituições.

Foi realizado um total de 16 entrevistas, sendo 15 com defensores públicos e uma com a coordenadora auxiliar do Centro de Conciliação. Dentre os titulares de Defensorias especializadas, foram entrevistados três de Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais (DPDH), um da Defesa da Mulher Vítima de Violência – Nudem –, um da Infância e Juventude – DEINJ-Cível –, um da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência, um de Saúde, um da Execução Penal, um de Proteção aos Vulneráveis em Situação de Crise, além de quatro defensores da Coordenação Cível da Capital e dois defensores da Coordenação de Família da Capital. A escolha dos entrevistados teve como objetivo conhecer as diversas áreas de atuação da DPMG.

Todas as entrevistas foram transcritas, e a seleção dos dados considerados relevantes foi estruturada com base na seguinte categorização: (i) projetos e ações extrajudiciais em prática na DPMG; (ii) fatores que contribuem para a ampliação da prática extrajudicial; e (iii) fatores que dificultam a ampliação da prática extrajudicial.

A Figura 1, a seguir, sintetiza o percurso metodológico adotado na presente pesquisa.

FIGURA 1 – **PERCURSO METODOLÓGICO**



Fonte: Elaboração dos autores.

Os obstáculos à realização da pesquisa abrangeram a dificuldade de localizar dados referentes às práticas extrajudiciais, bem como o endereço eletrônico para envio do questionário às instituições, pouco divulgados nos seus sítios eletrônicos, o que reforça a falta de transparência; o baixo número de respondentes aos questionários encaminhados; e a limitada agenda para as entrevistas.

Em relação à DPMG, não houve resistência à realização das entrevistas. Além dos 15 defensores entrevistados e da Coordenadora Auxiliar do Núcleo de Mediação e Conciliação, foram contatados três outros defensores e a Coordenadora de Projetos, Convênios e Parcerias da DPMG, não tendo a entrevista ocorrido com esses últimos por indisponibilidade de agenda.

4. DEFENSORIA PÚBLICA: BREVE PANORAMA NACIONAL

Em levantamento realizado em 2019 e 2020 nos sítios eletrônicos das 26 Defensorias Públicas Estaduais, da Defensoria Pública do Distrito Federal e da Defensoria Pública da União, bem como nos sítios eletrônicos de suas respectivas escolas superiores, verificou-se que ações voltadas ao acesso à justiça para além do acesso ao Poder Judiciário já estão disseminadas nessas instituições. A partir dos dados coletados, foi possível verificar ações e projetos desenvolvidos pelas Defensorias, que estão delineados no Quadro 1.

QUADRO 1 – FORMAS DE ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

FORMA DE ATUAÇÃO	NÚMERO DE DEFENSORIAS QUE A REALIZAM
ASSESSORIA JURÍDICA CONSULTIVA E PREVENTIVA	28
POSTULAÇÃO E DEFESA ADMINISTRATIVA	
UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS	
PARCERIAS COM ENTIDADES PÚBLICAS	
PARCERIAS COM ENTIDADES PRIVADAS	
REALIZAÇÃO DE PALESTRAS E SEMINÁRIOS FORA DA INSTITUIÇÃO	
REALIZAÇÃO DE PALESTRAS E SEMINÁRIOS DENTRO DA INSTITUIÇÃO	
PARTICIPAÇÃO EM CONSELHOS E COMISSÕES	

(continua)

ATENDIMENTO INTERDISCIPLINAR E INTERINSTITUCIONAL (ATUAÇÃO EM REDE)	27
DISPONIBILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES VIA REDES SOCIAIS	
DISPONIBILIZAÇÃO DE CARTILHAS E OUTROS MATERIAIS INFORMATIVOS	23
PROPOSITURA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) OU SIMILARES	
DEFENSORIA ITINERANTE	
ATUAÇÃO JUNTO A LIDERANÇAS COMUNITÁRIAS E MOVIMENTOS SOCIAIS	21
REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS	19
RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDADE	
FORMAÇÃO DE DEFENSORES(AS) POPULARES	16
VISITÓRIA EM UNIDADES PRISIONAIS	15
VISITAS EM UNIDADES DE ABRIGAMENTO, ESCOLAS E CENTROS DE SAÚDE	
ORIENTAÇÃO JURÍDICA PARA POPULAÇÃO INDÍGENA E QUILOMBOLA	
PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA	14
CASAMENTO COMUNITÁRIO	
OFERTA DE CURSOS/ATIVIDADES PARA APENADOS	11
OFERTA DE CURSOS PARA JOVENS EM CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	
REALIZAÇÃO DE ARBITRAGEM	8
ELABORAÇÃO DE PROGRAMAS DE RÁDIO	
ORGANIZAÇÃO DE CINE DEBATE	5
PROGRAMAS PARA REINCLUSÃO DE EGRESSOS NO MERCADO DE TRABALHO	
DISPONIBILIZAÇÃO DE APLICATIVOS	3

Fonte: Elaboração dos autores a partir de dados coletados nos sítios eletrônicos das Defensorias Públicas e em suas respectivas Escolas Superiores.

Verifica-se que todas as Defensorias do país promovem assessoria jurídica consultiva e preventiva, bem como realizam postulação e defesa administrativa. As “conciliações e mediações”, ações que buscam proporcionar a participação direta dos envolvidos na conformação de seus direitos, também são apresentadas como práticas implementadas em todas as entidades. No

entanto, os sítios eletrônicos não dispõem de dados estatísticos sobre a questão, por isso não foi possível aferir o grau de efetividade dessas ações, o que reforça os achados de Oliveira e Cunha (2020), que, ao tratarem dos indicadores sobre o judiciário brasileiro, apontam a necessidade de aprimorar a forma como se produzem os dados, de forma que eles possibilitem, de fato, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Foi possível constatar, ainda, que as Defensorias vêm buscando ampliar sua atuação junto a outras instituições públicas e privadas, bem como junto a lideranças comunitárias e movimentos sociais. Essa forma de atuação interinstitucional ou em parceria com a sociedade civil tende a permitir a solução de situações que demandem atuação em rede e atendimento multidisciplinar, e pode otimizar o atendimento e ampliar o impacto das ações desenvolvidas pelas Defensorias. Ademais, a atuação em rede, principalmente ao lado de instituições públicas, possibilita que muitos casos de violação de direitos se resolvam sem a intervenção do judiciário, pela via administrativa.

Aferiu-se, também, que as Defensorias têm participação ampla em conselhos e comissões, fator que pode ser considerado relevante, haja vista permitir que essas instituições tenham influência na formulação de políticas públicas e estabeleçam um maior contato com outras instituições e com a sociedade civil.

Ações voltadas à promoção de educação em direitos, realizadas por meio das redes sociais, disponibilização de material informativo, realização de seminários e palestras, mostram-se bastante comuns e apresentam certa uniformidade dentro do território nacional. A formação de “Defensores e Defensoras Populares”, capacitação realizada pelas Defensorias com o objetivo de preparar cidadãos para atuarem dentro de suas comunidades, também ocorre em vários estados da federação. Ademais, verifica-se que muitas Defensorias se preocupam em ofertar cursos ou outros programas para indivíduos em cumprimento de penas e para jovens em cumprimento de medidas socioeducativas.

Percebe-se, além disso, que essas instituições têm promovido audiências públicas com frequência, abrindo a possibilidade de diálogo com a sociedade.

Um retrato das articulações realizadas pelas Defensorias Públicas são as parcerias para a realização de testes de paternidade sem a interferência do judiciário. Vistorias em unidades prisionais, visitas a unidades de saúde, escolas e unidades de acolhimento também ocorrem em boa parte das entidades.

Verifica-se, ainda, que as próprias Defensorias Públicas se preocupam em realizar ações de proximidade com os cidadãos, normalmente denominadas “Defensoria Itinerante”.

Já as práticas de “justiça restaurativa” ocorrem em algumas Defensorias, não sendo o número de entidades que aderiram a elas tão expressivo, situação similar à da “arbitragem”, ainda pouco utilizada nessas instituições.

Em síntese, diversas ações e projetos realizados pelas Defensorias Públicas são comuns em várias unidades da federação, podendo-se notar certa uniformidade entre essas instituições no que tange à forma de atuação extrajudicial. Percebe-se, no entanto, que algumas entidades

apresentam projetos inovadores voltados à promoção de direitos, geralmente imbricados com a realidade local.

Embora seja possível mapear quais ações são promovidas pelas Defensorias no âmbito nacional a partir dos dados coletados, não foi possível verificar com que frequência e em que condições elas ocorrem, tampouco se as entidades possuem dificuldades para implementá-las. Por esse motivo, realizou-se o aprofundamento da análise por meio de um estudo de caso junto à DPMG, a fim de melhorar a compreensão dessas e de outras questões.

5. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: ESTUDO DE CASO

Atualmente, a DPMG possui unidades instaladas em apenas 110 dos 853 municípios mineiros e conta com 631 defensores públicos e 143 outros servidores (DPMG, 2020).

Buscando aprimorar sua atuação, a DPMG elaborou de 2016 a 2018 o Planejamento Estratégico da instituição e elencou dez desafios para o período 2018-2023, sendo o primeiro o de promover a institucionalização da sua atuação extrajudicial, fator que indica que a DPMG tem compreendido a importância dessa forma de atuação e buscado estabelecer mecanismos para sua ampliação (DPMG, 2018b).

A DPMG, além de contar com as Coordenadorias Regionais (Coordenadorias Locais e Defensores do Interior) e as Coordenadorias da Capital (Atendimento, Cível, Criminal e Família e Sucessões), possui nove especializadas, quais sejam, Consumidor; Defesa da Mulher Vítima de Violência; Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais; Pessoa Idosa e Pessoa com Deficiência; Infância e Juventude – Cível; Infância e Juventude – Ato Infração; Saúde; Urgências Criminais; Segunda Instância e Tribunais Superiores. Além disso, conta com o Núcleo de Atuação Junto aos Tribunais Superiores, o Núcleo Estratégico da Execução Penal e o Núcleo Estratégico da Defensoria Pública de Proteção aos Vulneráveis em Situação de Crise.

A pesquisa aponta que a DPMG executa dois projetos extrajudiciais institucionalizados, o “Direito a Ter Pai” e o “Defensoria Pública Itinerante”. O primeiro, criado em 2011, acontece, atualmente, em 52 comarcas do Estado, tendo atendido 30.786 pessoas entre 2014 e 2018 (DPMG, 2018a). A ação busca, em parceria com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e o Centro de Reconhecimento de Paternidade (CRP), oferecer, gratuitamente, reconhecimento espontâneo de paternidade/maternidade, reconhecimento socioafetivo e exame de DNA, a fim de evitar o ajuizamento de demandas nessa área. O segundo consiste no atendimento *in loco* em comunidades que não contam diretamente com estrutura física da instituição. O projeto realizou 3.335 atendimentos em 54 municípios entre 2014 e 2018 (DPMG, 2018a).

O desenvolvimento dos demais projetos e das ações normalmente ocorre no âmbito de cada uma das coordenadorias, especializadas ou núcleos, razão pela qual serão descritas a seguir as principais atividades desenvolvidas.

Um dos projetos de destaque da Coordenadoria Cível é o “Defensoria no Lar”, em que os defensores comparecem à casa dos assistidos para solucionar conflitos de vizinhança, o que acontece de forma consensual, na maioria dos casos.

Na Coordenadoria de Família e Sucessões, funciona o “Centro de Mediação e Conciliação Familiar”, que faz atendimento de casos relacionados a alimentos (com exceção de execução de alimentos), divórcio, guarda e reconhecimento espontâneo de paternidade. Atualmente, o Centro de Mediação, que apresenta bons resultados em termos de obtenção de acordos, segundo os entrevistados, funciona na capital e em mais sete comarcas do estado e atua em parceria com o TJMG.

Além do Centro, outros projetos são ou foram desenvolvidos no âmbito da Coordenação de Família. O projeto “Sala de Espera”, por exemplo, é voltado à realização de “Oficinas de Cidadania” e abrange diversas áreas (jurídica, educação, saúde, cultura, segurança e política social). Já o projeto “Casamento Comunitário”, que formalizou a união de 1.629 casais em Belo Horizonte e de 462 no interior do estado entre 2014 e 2018 (DPMG, 2018a), objetiva promover a regularização jurídica de casais que ainda não possuem a união oficializada e conta com a participação de diversos parceiros. Outro projeto de destaque, relacionado à educação em direitos, é o “Gestação legal”, que conta com oficinas e palestras que abordam os direitos da gestante e do bebê, realizado em parceria com a Escola Superior da Defensoria de Minas Gerais (ESDEP).

No que se refere às especializadas, verifica-se que todas possuem ações e projetos no âmbito extrajudicial e dialogam, em maior e menor grau, com diversas entidades públicas e privadas. A participação de defensores dessas especializadas em conselhos e comissões, seja na qualidade de membros, seja na qualidade de convidados, também é bastante comum.

A Especializada de Direitos Humanos (EDH) foca na atuação extrajudicial, com ações na proteção à dignidade; no combate à tortura, ao trabalho análogo à escravidão ou em condição degradante e ao tráfico de pessoas; no acolhimento dos imigrantes; nas questões voltadas ao urbanismo; nas varas agrárias (composição de mesa para realização de acordo em ocupações rurais); na proteção à população em situação de rua e à população lésbica, *gay*, bissexual, transvesti, transexual e de pessoas intersexo (LGBTQI+); e no sistema prisional. Ela possui, em tese, atuação não regionalizada, e deve abranger todo o estado.

Segundo relatado, é comum ocorrer a mediação de conflitos dentro da EDH, mesmo dentro do judiciário, quando este chama as partes em reunião. Há, ainda, a realização de procedimentos administrativos extrajudiciais para alinhar condutas do poder público, o que ocorre de forma similar ao TAC. A EDH também realiza procedimento administrativo diante do recebimento de denúncias sobre violações ocorridas dentro do sistema carcerário e prática de tortura pelas organizações policiais, de forma a verificar se há necessidade de ingressar com um procedimento judicial ou se é possível estabelecer um diálogo com esses órgãos, a fim de que eles alinhem sua conduta às previsões legais.

Na área de diversidade sexual, a DPMG trabalha com o acesso à informação e à educação em direitos, haja vista que esse público tem dificuldade de acessar o sistema formal para reivindicar seus direitos, e a falta de conhecimento é o principal empecilho para isso.

A EDH ainda desenvolve um projeto chamado “Nenhum direito a menos: combate integral às violações de direitos LGBTI”, em que se busca abarcar todas as questões voltadas ao resguardo de direitos de diversidade sexual, como acertamento de gênero e combate à LGBTFobia, com foco na educação em direitos, no acesso ao trabalho e emprego e no direito à moradia.

No tocante à atuação voltada à população de rua, foi relatado que ela também ocorre principalmente pela via extrajudicial. Destaca-se que a DPMG tem participação no Fórum da População em Situação de Rua, no Comitê Municipal de Monitoramento e Consultoria de Políticas Públicas (na Capital) e no Comitê Estadual. Ademais, realiza atendimento jurídico em conjunto com a Organização não Governamental (ONG) “Banho de Amor”. O projeto é de grande relevância, pois o público atendido tem muita dificuldade de acessar a Defensoria por se sentir constrangido em comparecer à instituição, seja pelas condições de higiene e vestimenta, seja por medo de ser preso.

Outra atuação da DPMG é a realizada contra o recolhimento compulsório de bebês nas maternidades, a qual foi batizada de “Mães Órfãs”, projeto que contou com forte mobilização nacional. A ação é promovida pela EDH e pela Especializada da Infância, com uma rede de parceiros. Atualmente, a retirada compulsória de bebês tem base em duas recomendações elaboradas pelo Ministério Público e em uma portaria do judiciário. A Defensoria foi capaz de dar visibilidade à demanda e, depois de grande mobilização, conseguiu que fossem expedidos pareceres e recomendações de Secretarias Municipais, Estaduais, Federais e de Ministérios com atuação nas áreas da criança e adolescente, da mulher, de direitos humanos e da população em situação de rua. A repercussão chamou a atenção do CNJ, que compareceu na comarca para verificar a situação. A atuação também contou com representação perante a Organização das Nações Unidas (ONU).

A atuação da Especializada de Infância e Juventude – Cível é prioritariamente extrajudicial e em rede.

Participa do “Grupo de Trabalho de Proteção Infantil”, que conta com a colaboração do Ministério Público da Educação, da Secretaria de Assistência Social, do Movimento de Lutas Pró-creche, do Conselho Municipal da Educação e, dependendo do tema a ser discutido, de profissionais da assistência e da saúde. Foi relatado que as reuniões do Grupo geram efeitos concretos para o cidadão e reduzem de forma significativa o número de demandas judiciais, haja vista que elas beneficiam uma coletividade que não necessariamente seria usuária da Defensoria.

Na Especializada na Defesa da Mulher Vítima de Violência (Nudem), as defensoras participam, rotineiramente, de diversas ações que envolvem educação em direitos e prevenção da violência. O “Curso de Defensoras Populares”, realizado em parceria com a ESDEP, foi apontado como uma das ações mais relevantes. O projeto consistiu na oferta de um curso com recorte de gênero, voltado à formação de lideranças femininas, que criou uma rede local de proteção para atender às mulheres vítimas de violência. Foi inspirado em outros cursos

realizados nos estados da Bahia e do Espírito Santo e formou mais de cem líderes comunitárias em direito da mulher, para que elas se transformassem em braços das Defensorias dentro das comunidades.

O Nudem também realizou, em parceria com a Secretaria Municipal de Educação, a capacitação de professores da rede pública municipal de Belo Horizonte, para que possam debater em sala a questão da igualdade de gênero, da masculinidade vinculada a violência e noções básicas da Lei Maria da Penha e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Na Especializada da Pessoa Idosa e Pessoa com Deficiência, ocorrem sessões semanais de conciliação, que normalmente abordam conflitos familiares envolvendo idosos. Além disso, a Especializada também tem realizado um trabalho extrajudicial na área de educação da pessoa com deficiência, haja vista que é muito procurada por famílias de alunos com deficiência em decorrência de vários problemas na rede de educação.

Por sua vez, a Especializada da Saúde possui um Termo de Cooperação Técnica com o estado e o município, que já existe desde 2011, cujo objetivo é buscar soluções não judicializadas para os atendimentos na saúde pública.

O Núcleo Estratégico da Defensoria Pública de Proteção aos Vulneráveis em Situação de Crise assumiu a maior parte das ações realizadas nos casos dos rompimentos de barragens e impactos em Brumadinho e em outras cidades mineiras. Nesse caso, a DPMG faz um trabalho extrajudicial muito mais de protagonismo das pessoas atingidas pelo rompimento das barragens do que de simples acesso à informação. Segundo relatado, foi realizado, inicialmente, um processo de educação em direitos, de apresentação da Defensoria e de informações sobre os trâmites de uma ação judicial e das possibilidades a serem buscadas no caso. Com esse processo de empoderamento, os próprios atingidos passaram a construir as pautas que gostariam que a Defensoria levasse ao judiciário. Assim, o acompanhamento virou menos uma representação e mais uma orientação. Os atingidos passaram, a partir dessas orientações, a identificar outros órgãos capazes de atender às suas pautas, que não fossem apenas as instituições de justiça. Dessa forma, além da articulação com a Defensoria, eles também conseguem buscar solucionar demandas sem passar pela instituição.

6. MOTIVAÇÕES E DESAFIOS À CONSOLIDAÇÃO DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL NAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

A pesquisa aponta que as ações extrajudiciais são práticas recentes na DPMG e vêm crescendo gradativamente. Há um consenso, entre os entrevistados, sobre a importância dessa ampliação, principalmente quando ela possibilita conquistas no âmbito coletivo. No entanto, alguns alertam que essa disseminação pode levar algum tempo, pois necessita de mudanças na forma como os defensores pensam sua atuação.

Ainda que a instituição reconheça a importância dessas práticas, os entrevistados relataram que ela não oferece o suporte necessário à sua construção. Nesse sentido, o desenho de

um projeto nessa área, via de regra, parte da iniciativa do defensor, que tem ampla liberdade para executá-lo. Os entrevistados destacaram que a submissão de um projeto para a análise da instituição não é um pré-requisito para que ele seja colocado em prática.

Um dos entrevistados observa que a DPMG está começando a entender a importância da atuação extrajudicial, no entanto, possui uma forma de investimento institucional inadequada; destaca que a instituição não pensa com criatividade, foca apenas em replicar os projetos extrajudiciais de atendimento individual para todo o estado.

O fato de o projeto ser de iniciativa do defensor foi considerado natural por um dos entrevistados, haja vista que é o defensor de ponta que tem o conhecimento da área em que atua. Para outros, no entanto, esse fator coloca em risco a continuidade das ações postas em funcionamento. Como as práticas dependem da disponibilidade do defensor que as idealizou para mantê-las, ou da boa vontade do colega que irá substituí-lo em continuar o trabalho, muitas vezes elas são interrompidas ou suspensas.

As entrevistas indicam que muitos defensores compreendem que atuar em determinado projeto é uma opção, já que eles são detentores de independência funcional. De acordo com um dos entrevistados, esse ponto de vista é, inclusive, replicado pela gestão da DPMG, que entende que não tem o poder de exigir do defensor atuação em determinada prática extrajudicial, mesmo existindo no Manual da Corregedoria uma orientação no sentido de que essa forma de atuação é prioritária. Para outro entrevistado, a compreensão correta sobre o que é a independência funcional deve partir da gestão, que deve estabelecer procedimentos para alinhar a atuação da instituição, haja vista que esta deve atuar não de acordo com sua conveniência, mas de acordo com a conveniência do serviço.

Os depoimentos revelam que muitos defensores não compreendem que a atuação extrajudicial é uma de suas atribuições, por isso não se sentem obrigados a executá-la. Há defensores que cooperam com outros defensores na atuação judicial, mas não atuam no extrajudicial porque acham que a instituição está cobrando deles mais do que deveriam fazer. Essa percepção também pode estar ligada à forma como se constrói a formação jurídica, muito voltada a incentivar a litigiosidade e o ajuizamento de demandas. É nesse contexto que Santos (2011) aponta para a necessidade de se repensar o ensino jurídico, incentivando que este estabeleça um diálogo com outros campos do saber e torne os operadores do direito mais aptos a lidarem com os conflitos sociais.

No que tange aos defensores que optam por atuar em projetos extrajudiciais, verifica-se que alguns acreditam que estão realizando uma atividade extra e que merecem ser amplamente reconhecidos pela iniciativa. Há, também, relatos de que a prática extrajudicial, embora seja gratificante, é muito trabalhosa e atrapalha a execução das atividades “normais”. Alguns entrevistados citam simples desinteresse dos colegas na participação em projetos dessa natureza; outros, que algumas pessoas não têm “vocação”, haja vista que a atuação extrajudicial demanda maior disponibilidade e atuação em horários não necessariamente escolhidos pelo defensor. Foi mencionado, ainda, que a atuação vinculada a uma vara do judiciário

acaba permitindo um maior controle da agenda por parte do defensor. Isso porque se trata de uma atividade individualizada, em que o profissional define o seu próprio horário de atendimento. No extrajudicial, ele nem sempre tem essa possibilidade, já que a atividade envolve outros atores.

Não se pode perder de vista que essa forma de atuação, fortemente atrelada ao judiciário, desatende à previsão constitucional que incumbe às Defensorias prestar a assistência jurídica integral aos necessitados, tal como defendem Avritzer, Marona e Gomes (2014) quando afirmam que essas instituições deveriam auxiliar na construção de uma cidadania popular, o que requer uma atuação para além da esfera defensiva e voltada aos tribunais.

Boa parte dos entrevistados relatou que algumas áreas facilitam o desenvolvimento de práticas extrajudiciais, e ressalta que, dentro das coordenadorias, a atuação é mais voltada a atender o volume de processos, uma vez que os prazos impõem um ritmo de trabalho que não permite uma atuação mais preventiva. Já as especializadas propiciam uma atuação extrajudicial mais consistente, por não haver uma infinidade de demandas judiciais. Vieira e Radomysler (2015) também afirmam que dentro das especializadas há maior liberdade de trabalho, visto poderem selecionar seus casos e recursos de acordo com seus objetivos.

Os entrevistados destacam, ainda, que nas relações envolvendo o estado, há maior dificuldade em se chegar a soluções consensuais. Freitas (2017) ressalta que na administração pública a estratégia principal deve ser a de pacificação, mas ressalta que existem situações inegociáveis. Wrasse e Werle (2019), por sua vez, embora defendam a necessidade de se incentivar a consensualidade entre cidadão e Estado, apontam que a administração pública se pauta em uma série de regras e princípios que a distinguem do âmbito do direito privado.

Especificamente como implementação de práticas autocompositivas, nota-se, em certos depoimentos, que alguns defensores entendem que o assistido não está apto a reconhecer que um acordo é ruim e que, por isso, não deve fazê-lo. Outros destacam a importância de se admitir que as pessoas têm conhecimento sobre a melhor forma de gerir sua vida, e que o defensor deve reconhecer que o assistido tem o direito de fazer um acordo “ruim”, desde que ele compreenda os termos pactuados. Salientam que para muitos assistidos estar em um processo é algo que causa desconforto e medo, e que o defensor, na sua posição de privilégio, muitas vezes não compreende isso.

Foi destacado, no que tange ao empoderamento do assistido, que a DPMG tem uma visão um pouco ultrapassada, haja vista que ela ainda pensa no protagonismo da instituição, e não no do indivíduo. Há uma dificuldade em se entender a Defensoria como instrumento de mobilização social e de fortalecimento do cidadão, como sugerem Vieira e Radomysler (2015). De acordo com um dos entrevistados, a base de atendimento da instituição ainda é muito focada no individual (quantas ações em curso, quantos assistidos atendidos, quantos atendimentos extrajudiciais realizados) e pautada em mecanismos de produtividade.

Há um consenso de que há um déficit de defensores nos quadros da instituição e, ainda, de que há carência de profissionais de outras áreas que possam lançar um olhar técnico e auxiliar

o trabalho dos defensores. No mesmo sentido, Vidal (2014) aponta que entre as principais dificuldades relatadas na resolução de situações e processos dos assistidos estão o volume de trabalho e a necessidade de fortalecer a estrutura física da Defensoria. Esses dados também estão em consonância com Santos (2011), que destaca o quadro reduzido de servidores das Defensorias, se comparado às demandas da sociedade, e a sobrecarga de trabalho desses profissionais, que acabam dispendendo boa parte do seu tempo em rotinas relacionadas à judicialização de demandas individuais.

De acordo com um dos entrevistados, no interior do estado, as dificuldades estruturais são ainda maiores. Em muitas comarcas, o defensor fica sozinho, não há nem mesmo alguém para realizar o serviço de limpeza. Ele também tem que acumular suas atribuições com as de gestão da unidade, o que inclui até mesmo a escolha da sede e a condução dos trâmites para locação do imóvel. Quando há remoção do defensor, em muitos casos, a unidade fica sem pessoal, o que impossibilita a continuidade da atuação.

Verifica-se, ainda, a partir das entrevistas, que não há capacidade institucional para uma gestão da informação adequada. A DPMG desconhece, até mesmo, o quantitativo de processos em que atua. Não há um sistema de gerenciamento de processos, e os dados e registros sobre eles são feitos de maneira isolada pelas especializadas, pelas coordenadorias ou até mesmo pelo próprio defensor. Ou seja, não há um conhecimento sistêmico e centralizado sobre a atuação da instituição, fato que pode ocasionar a sobreposição da mesma atividade por mais de um setor, gerar retrabalho, dificultar a atuação em rede e gerar um ônus para o assistido, que, em alguns casos, precisa explicar sua demanda mais de uma vez, caso haja substituição do defensor que trabalha em seu caso. A gestão de informação sobre as práticas extrajudiciais realizadas é ainda pior. As ações, em muitos casos, só são conhecidas pelos defensores que as desenvolveram e por aqueles profissionais que são mais próximos a eles.

O Quadro 2 sintetiza alguns fatores e motivações que contribuem para a ampliação da atuação extrajudicial da DPMG, bem como os fatores e desafios que contribuem para o não desenvolvimento dessas práticas.

QUADRO 2 – **MOTIVAÇÕES E DESAFIOS PARA A AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A AMPLIAÇÃO DA PRÁTICA EXTRAJUDICIAL	FATORES QUE DIFICULTAM A AMPLIAÇÃO DA PRÁTICA EXTRAJUDICIAL
• RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA DESSAS PRÁTICAS • COMPREENSÃO DE QUE ELAS NORMALMENTE TRAZEM RESULTADOS MAIS CÉLERES • COMPREENSÃO DE QUE ELAS OPORTUNIZAM MAIOR DIÁLOGO, SEJA COM OS ASSISTIDOS, SEJA COM A SOCIEDADE CIVIL, SEJA COM AS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS • COMPREENSÃO DE QUE ELAS PODEM AMPLIAR A AUTONOMIA E O PROTAGONISMO DO ASSISTIDO • INCENTIVO POR PARTE DA ALTA GESTÃO • CONHECIMENTO ADQUIRIDO COM A ELABORAÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO • FORTALECIMENTO DA ESCOLA SUPERIOR • GESTÃO MUNICIPAL E ESTADUAL MAIS ABERTA • ELABORAÇÃO DE PARCERIAS • ESTRUTURA ADMINISTRATIVA EM FORMA DE NÚCLEOS	• AUSÊNCIA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PROJETOS (CONDUÇÃO FICA EXCLUSIVAMENTE A CARGO DO DEFENSOR QUE OS CRIOU) • FALTA DE APOIO INSTITUCIONAL • VISÃO DOS DEFENSORES ACERCA DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL • AUSÊNCIA DE INTERESSE POR PARTE DOS DEFENSORES EM AMPLIAR TAIS PRÁTICAS • FALTA DE VOCAÇÃO • EXCESSO DE DEMANDAS JUDICIAIS • INSEGURANÇA POR PARTE DOS DEFENSORES, UMA VEZ QUE A TRANSIÇÃO GERA UM AUMENTO INICIAL DE TRABALHO QUE ACREDITAM NÃO CONSEGUIREM CONCILIAR • AUSÊNCIA DE ADOÇÃO DE PROCEDIMENTOS INTERNOS • AUSÊNCIA DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO • FALTA DE RECURSOS MATERIAIS E HUMANOS • VINCULAÇÃO DE DEFENSORES A VARAS JUDICIAIS

Fonte: Elaboração dos autores a partir dos dados da pesquisa.

Assim, os dados apontam a coexistência de entraves e motivações à ampliação da atuação extrajudicial da DPMG, os quais possivelmente se reproduzem nas demais Defensorias Públicas do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise da forma de atuação da DPMG, é possível constatar que a instituição compreende a importância das ações extrajudiciais e a necessidade de ampliá-las. Há o entendimento de que tal linha de atuação é capaz de ampliar o número de atendimentos e o impacto de suas ações, que podem ter influência direta na elaboração de políticas públicas. A instituição também sabe que o foco na atuação extrajudicial gera um ganho econômico para o Estado e,

ainda, um ganho social. Ademais, para os defensores, as práticas extrajudiciais têm a capacidade de promover a educação em direitos e, em muitos casos, possuem um efeito multiplicador.

Apesar disso, é possível constatar, por meio dos dados coletados, que a DPMG ainda não promoveu a institucionalização dessas atividades. Não há, na estrutura administrativa da instituição, um setor responsável por canalizar os projetos dessa natureza, ficando a cargo de cada defensor a elaboração, a execução e a manutenção das ações que entende cabíveis na esfera de sua atuação.

Ademais, embora haja incentivo da alta gestão à promoção e à ampliação das atividades extrajudiciais, como explicitado na documentação consultada, constata-se que o apoio institucional ainda se encontra aquém do necessário. Esse cenário acaba por gerar inúmeros entraves, entre os quais o fato de muitos projetos permanecerem no papel por insuficiência de recursos e, no caso daqueles em andamento, o constante risco de descontinuidade, seja por indisponibilidade de tempo do defensor, seja pela ocorrência de remoção do responsável pelo projeto, seja pela suspensão das parcerias celebradas com outras entidades.

Além da ausência de institucionalização dos projetos e do suporte insuficiente para consolidação de algumas ações, verifica-se que a deficiência no quadro de servidores da instituição compromete sobremaneira sua atuação, principalmente a extrajudicial. Além disso, a falta de servidores nas áreas-meio dificulta a realização de uma série de projetos, que dependem da realização de parcerias com outras instituições.

Outro aspecto que merece destaque relaciona-se à forma como muitos defensores percebem a atuação extrajudicial do órgão. Embora seja função institucional da Defensoria promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, muitos veem as práticas extrajudiciais como atividades que vão além das suas atribuições rotineiras, sentem-se atrelados à vara em que atuam e acreditam que seu trabalho se restringe à demanda judicial que ela gera.

Segundo os entrevistados, para muitos defensores, sua independência funcional é extensiva aos trâmites procedimentais internos e às regras de funcionamento da instituição. Há uma crença de que a independência funcional lhes confere a liberdade para atuar da forma que lhes convém. Não há a percepção de que essa independência está relacionada apenas à sua forma de atuação diante das demandas sociais que lhes são apresentadas. Nesse sentido, não há padronização de atendimento e dos procedimentos, além de não existir a fixação do horário de funcionamento do órgão, uma vez que o defensor entende que tem a liberdade para tomar decisões relacionadas à gestão.

Quanto às ações e aos projetos extrajudiciais em curso, os dados da pesquisa demonstram que boa parte deles só é realizada na capital. Outros são estendidos a poucas comarcas. No interior, dependendo da comarca, só há um defensor lotado e ele acumula todas as funções administrativas, judiciais e extrajudiciais, o que torna difícil a ampliação dessa última.

Os dados coletados junto aos sítios eletrônicos das demais defensorias, bem como por meio das respostas aos questionários, indicam semelhanças em relação à DPMG no que tange à consolidação de práticas extrajudiciais. Dessa forma, verifica-se que essas instituições ainda

não conseguem promover o acesso à justiça pela via dos direitos, mantendo-se fortemente vinculadas ao judiciário.

A partir dessa análise, é possível constatar que a ampliação das práticas extrajudiciais das Defensorias no caso brasileiro demanda muito mais do que a simples melhoria de sua estrutura. É necessário que essas instituições repensem sua forma de atuação e reconheçam a importância de promover práticas que fortaleçam as comunidades e os indivíduos. Isso exige a realização de mudanças amplas, que permitam que seus recursos também sejam investidos em projetos que não dependam da simples vontade do defensor.

Embora a atuação das Defensorias junto ao sistema judiciário se mostre extremamente relevante, principalmente no âmbito coletivo, dispende boa parte de seus esforços no âmbito judicial pode implicar dependência do assistido em relação à instituição no que tange à consolidação de seus direitos e à solução de conflitos. Nesse sentido, é importante que essas instituições passem a ampliar práticas que promovam a emancipação e o empoderamento dos indivíduos, uma vez que elas são apontadas pelos estudos sobre a temática como as mais efetivas na promoção do acesso à justiça.

Tendo em vista a amplitude do tema, as dificuldades de acesso aos dados de todas as Defensorias do país e as transformações pelas quais essas instituições têm passado, sugere-se a realização de outros estudos sobre a temática, com a realização de novas coletas de dados e de estudos de casos nas demais defensorias que não foram examinadas de forma direta no presente trabalho, a fim de se promover o debate constante sobre a forma de atuação dessas instituições.

AGRADECIMENTOS

Este artigo é fruto de pesquisa voltada para a elaboração de dissertação do curso de Mestrado em Administração Pública da Escola de Governo “Professor Paulo Neves de Carvalho” da Fundação João Pinheiro. Os autores agradecem à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio financeiro à pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco; NASCIMENTO, Isabela Vitória Bernardo do. A importância do atendimento interdisciplinar na Defensoria Pública para a garantia do acesso integral à justiça. In: OLIVEIRA, Alfredo

Emanuel Farias de *et al.* (orgs.). *Teoria geral da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 37-68.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lílían Cristina Bernardo (orgs.). *Cartografia da justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira *et al.* A justiça informal em linha de montagem: estudo de caso da dinâmica de atuação do JECrim de Belo Horizonte. *Civitas: revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 245-269, maio/ago. 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 16 fev. 2023.

BUTA, Bernardo Oliveira; SILVA FILHO, Antônio Isidro. Assistência jurídica gratuita: serviços da Defensoria Pública da União na ótica da abordagem integradora da inovação. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 67, n. 3, p. 377-406, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativos, quantitativos e misto*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (DPMG). *Transparência. Quadro de Pessoas*. Belo Horizonte: DPMG, 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (DPMG). *Relatório de gestão DPMG 2014-2018*. Belo Horizonte: DPMG, 2018a.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (DPMG). *Planejamento estratégico da Defensoria Pública de Minas Gerais (DPMG) 2018-2023*. Belo Horizonte: DPMG, 2018b.

DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. *O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. A Justiça Restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 264-260, abr. 2018.

KIRCHNER, Felipe. Defensoria Pública como instância realizadora da resolução extrajudicial de conflitos: potencialidade de atuação institucional na seara da mediação, da conciliação e da arbitragem. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de et al. (orgs.). *Teoria geral da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 255-326.

LEONELLI, Vera; MESQUITA, Jerônimo. Direitos humanos, acesso à justiça e mediação popular. *Bahia: Análise & Dados*, Salvador, v. 14, n. 1, p. 79-85, jun. 2004.

MACHADO, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha. (org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 357-390.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARONA, Marjorie Corrêa. *Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal*. 2013. 247 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, e1948, mar. 2020.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. A pluriparcialidade como novo elemento da mediação: repensando a atuação do mediador a partir das noções de neutralidade, imparcialidade e equidistância. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 19, p. 13-32, jul./dez. 2016.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Microjustiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 187-210.

RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 465-491, jul. 2008.

SADEK, Maria Tereza Aina. Apresentação: Defensoria Pública e vulnerabilizados. In: SIMÕES, Lucas Diz *et al.* (orgs.). *Defensoria Pública e a tutela dos coletivamente vulnerabilizados*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 15-18.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180.

SALES, Lilia Maia de; RABELO; Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Nathane Fernandes da. *O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

SINHORETTO, Jacqueline. *A justiça perto do povo: reformas e gestão de conflitos*. São Paulo: Alameda, 2011.

VIDAL, Josep Pont. A Defensoria Pública do Estado do Pará: uma observação sistêmica da capacidade institucional. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 667-694, maio/jun. 2014.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WRASSE, Helena Pacheco; WERLE, Caroline Cristiane. A (im)possibilidade de tratamento consensual de conflitos envolvendo o estado e a administração pública: da legitimação estatal ao empoderamento social. *Revista de Direito*, [s. l.], v. 2, n. 1, 10 jul. 2019.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FAUSTINO, Marcella Raphaella;
BATITUCCI, Eduardo Cerqueira; CRUZ,
Marcus Vinícius Gonçalves da.
Defensorias Públicas: caminhos e
lacunas no acesso à justiça. *Revista
Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2314, 2023.
<https://doi.org/10.1590/2317-6172202314>

Marcella Raphaella Faustino

MESTRE EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA FUNDAÇÃO JOÃO
PINHEIRO (FJP), MINAS GERAIS. BACHAREL EM DIREITO PELA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG).

cell_faustino@yahoo.com.br

Eduardo Cerqueira Batitucci

DOUTOR EM SOCIOLOGIA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS
GERAIS (UFMG).

eduardo.batitucci@fjp.mg.gov.br

Marcus Vinícius Gonçalves da Cruz

PÓS-DOUTOR EM SOCIOLOGIA PELA UNIVERSIDADE DO PORTO
(Uporto), PORTUGAL. DOUTOR EM ADMINISTRAÇÃO PELA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG).

marcus.cruz@fjp.mg.gov.br

Recebido: 27.07.2021

Aprovado: 26.10.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202315>

1 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-8440-101X>

2 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-1012-1132>

3 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-6072-5324>

4 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-0214-086X>



Sustação de normas de agências reguladoras pelo Congresso Nacional: pesquisa empírica sobre a prática do art. 49, V, da CRFB

SUSPENSION OF REGULATORY AGENCIES' NORMS BY THE CONGRESS: EMPIRICAL RESEARCH ON THE PRACTICE OF THE ARTICLE 49, V, OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION

*Eduardo Ferreira Jordão¹, Natasha Schmitt Caccia Salinas²,
 Patrícia Regina Pinheiro Sampaio³ e Beatriz Scamilla Jardim de
 Moraes Oliveira⁴*

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar o controle do Congresso Nacional sobre as agências reguladoras federais por meio da propositura de projetos de decretos legislativos (PDL) nos últimos 22 anos (1997-2019). O artigo analisa o fundamento e a frequência de PDLs como estratégia utilizada pelo Poder Legislativo para intervir na produção normativa dessas agências. Apresenta, além disso, fatores materiais e burocráticos que influenciam o seu desenvolvimento, bem como eventuais reações das agências à propositura de PDLs. Para tanto, foram selecionados 158 projetos em trâmite ou que já tramitaram pela Câmara dos Deputados desde que a primeira agência reguladora foi criada em 1996. Essas iniciativas foram analisadas qualitativa e quantitativamente no que diz respeito ao seu objeto e às suas condicionantes político-conjunturais. Com este estudo descritivo-exploratório sobre a atuação do Congresso Nacional no controle dos atos normativos das agências reguladoras, espera-se lançar as bases para a construção de uma agenda de pesquisa ainda pouco desenvolvida no Brasil.

Palavras-chave

Controle legislativo; Congresso Nacional; agências reguladoras; Projeto de Decreto Legislativo; Estado regulador.

Abstract

This paper aims to analyze the Congress's control over federal regulatory agencies through the proposal of legislative decree bills (PDL) in the last twenty-two years (1997-2019). The paper analyzes the justification and frequency of the usage of PDLs as a strategy of the Legislative Power to intervene in the normative production of these agencies. It explores, additionally, the factors that influence the development of such oversight, as well as possible agencies' reactions to the PDLs. The paper looks into 158 projects currently in progress or that have already been processed by the Chamber of Deputies since the first regulatory agency was created in 1996. The authors analyze qualitatively and quantitatively the conjunctural determinants of these bills and expect that this descriptive and exploratory study on the behavior of Congress in the control of the normative acts of the regulatory agencies will help strengthen a research agenda that remains underdeveloped in Brazil.

Keywords

Congressional oversight; Brazilian National Congress; regulatory agencies; Proposal of Legislative Decree; regulatory State.

INTRODUÇÃO¹

Em 6 de outubro de 2011, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) editou a Resolução n. 52/2011, que vedou expressamente a fabricação, importação, exportação, distribuição, manipulação, prescrição e uso de medicamentos ou fórmulas medicamentosas para emagrecimento que fizessem uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol. Essa resolução limitou também o uso da substância sibutramina nesses medicamentos a uma dose diária de 15 mg. Inconformados com as implicações da norma editada pela Anvisa, os parlamentares a sustaram por meio do Decreto Legislativo n. 273/2014. A Resolução n. 52/2011 foi o primeiro, e até hoje único, ato normativo sustado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, desde que as agências reguladoras foram criadas na década de 1990.

A esse episódio seguiu-se uma série de reações de cada uma das partes. Logo após a aprovação do Decreto Legislativo que sustou a referida norma, a Diretoria Colegiada da Anvisa respondeu editando a Resolução n. 50/2014, que estabeleceu limites de uso para as quatro substâncias mencionadas. Em seguida, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 13.454/2017, que contém um único artigo, com o seguinte teor: “Art. 1º Ficam autorizados a produção, a comercialização e o consumo, sob prescrição médica no modelo B2, dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol” (BRASIL, 2017a).

A Anvisa, no entanto, adotou o entendimento de que a autorização do legislador “*não dispensa de registro os medicamentos por ela mencionados*, mas apenas impede a Anvisa de proibir sua produção, comercialização e consumo por ato próprio” (CRM-PR, 2018, grifo nosso). Ou seja, a Agência manteve a referida regulação sobre limites de doses diárias de uso das mencionadas substâncias anorexígenas.

A inconstitucionalidade da lei em questão veio a ser declarada no âmbito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.779, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) destacado a necessidade de se preservar a competência técnica da Anvisa.²

O relato anterior ilustra a tensão existente entre a extensão e os limites do poder normativo das agências reguladoras,³ de um lado, e o poder do Congresso de fiscalizá-lo e limitá-lo,

...

¹ Este artigo foi desenvolvido por pesquisadores do projeto Regulação em Números, da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), com apoio financeiro da Rede de Pesquisa Aplicada da Fundação Getúlio Vargas. Informações adicionais sobre o projeto podem ser acessadas em: <https://regulacaoemnumeros-direitorio.fgv.br/>.

² A ação foi julgada em 14 de outubro de 2021, em que se declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 13.454/2017.

³ Para fins deste trabalho, consideram-se “agências reguladoras” apenas as onze entidades listadas na Lei n. 13.848/2019, que dispõe sobre gestão, organização, processo decisório e controle social das agências regu-

de outro, seja pela edição de Projetos de Decreto Legislativo (PDLs), seja pela aprovação de projetos de lei.

A possibilidade de sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional está prevista no art. 49, V, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Esse dispositivo estabelece que podem ser sustados atos normativos do Executivo “que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (BRASIL, 1988). Todavia, a CRFB foi promulgada alguns anos antes da criação das agências reguladoras, de modo que há controvérsias sobre a aplicabilidade do art. 49, V, aos atos normativos de agências reguladoras – inclusive porque o poder regulamentar propriamente dito seria exercido apenas pelo chefe do Poder Executivo, a teor do art. 84, IV, da CRFB.

Desde 2000, no entanto, parlamentares vêm propondo PDLs com o objetivo de sustar atos normativos das agências. Até o final de 2019, marco temporal final da pesquisa que embasa este artigo, já haviam sido propostos 158 PDLs nesse sentido: 144 de iniciativa de deputados e 14 de iniciativa de senadores. Além disso, esse uso tem se intensificado bastante. Como se verá mais adiante, cerca de 70% desses projetos foram propostos a partir de 2014, quando ocorreu a sustação da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Anvisa n. 52/2011, anteriormente mencionada.

Dos 158 PDLs já propostos para sustação de normas das agências, apenas um foi aprovado, o que revela um índice de sucesso de apenas 0,6% dessa modalidade normativa. Esse dado poderia sugerir uma reduzida eficácia do referido instrumento para sustar atos normativos de agências reguladoras. Contudo, o fato de apenas um PDL ter sustado uma norma de uma agência reguladora não significa que a proposição dessas iniciativas legislativas seja um instrumento de controle político ineficaz. A proposição de um PDL pode também surtir o efeito desejado pelos parlamentares se a agência revogar ou alterar a norma atacada durante o processo de tramitação desse instrumento legislativo, antecipando-se à sua potencial suspensão. Essa é, portanto, uma hipótese que merece ser investigada.

Este artigo pretende revelar, por meio de dados empíricos, como os parlamentares têm usado os seus poderes de policiar a (alegada) exorbitância de poderes normativos das agências reguladoras. O objetivo consiste em contribuir para a ampliação do conhecimento sobre as relações, nem sempre harmoniosas, entre Congresso Nacional e agências reguladoras.

Para esse fim, será seguida a seguinte estrutura. Na próxima seção, apresenta-se a discussão doutrinária relativa à interpretação do art. 49, V, da CRFB, que dispõe sobre a competência do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo. Essa discussão será útil para avaliar em que medida os argumentos utilizados pelos congressistas para propor PDLs com o objetivo de sustar atos das agências estão embasados na legislação e na doutrina pátrias.

...

ladoras. O presente trabalho não abrange, portanto, todas as tentativas do Congresso Nacional de sustar normas regulatórias, mas somente as normas editadas pelas agências previstas na Lei n. 13.848/2019.

Na segunda seção, apresenta-se a metodologia utilizada neste trabalho. São então informados os critérios utilizados para coleta, seleção e análise dos dados. Na terceira seção, destacam-se características como a frequência de propositura dos PDLs ao longo do tempo, a origem parlamentar das proposições e a temática dos atos normativos questionados pelos congressistas. Na quarta seção, analisam-se os principais tipos argumentativos adotados pelos congressistas na propositura de PDLs com o objetivo de sustar atos das agências, o que permitirá examinar como os parlamentares interpretam sua competência e se há consenso entre os parlamentares acerca dos motivos que ensejam essa sustação. Na quinta seção, analisa-se a tramitação legislativa desses projetos. Na sexta e última seção antes da conclusão, detalham-se os resultados do teste empírico sobre eventuais reações das agências à propositura de projetos contra suas normas.

1. INTERPRETAÇÃO DO ART. 49, V, DA CRFB

O art. 49, V, da CRFB atribui ao Congresso o poder de fiscalizar, em caráter extravagante da atividade típica desempenhada pelo Legislativo, o exercício de competência normativa pelo Poder Executivo. Esse dispositivo possibilita a *sustação* dos atos normativos do Executivo “que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (BRASIL, 1988). Trata-se, portanto, de eventual sustação de atos em plena vigência e com produção de efeitos.

A edição de decreto legislativo para sustar um ato regulamentar constitui prerrogativa de *controle jurídico*, na medida em que pressupõe uma atividade cujo objetivo é identificar desvios do padrão de legalidade e restaurar a ordem normativa. Por mais que se trate de competência de uma instituição política (Congresso Nacional), a característica jurídica do controle decorre (ou deveria decorrer) da necessária subordinação da medida sustatória à identificação de um vício de juridicidade (ROMERO, 2019, p. 17).

A aplicação desse dispositivo constitucional às normas das agências reguladoras é controversa na doutrina jurídica. Diverge-se quanto à exclusividade de sua aplicação aos atos do Presidente da República ou à possibilidade de expansão para atos emanados de outros órgãos ou entidades do Poder Executivo.

A primeira corrente, hoje minoritária, vislumbra que somente decretos regulamentares e atos de delegação legislativa em sentido estrito seriam objeto de controle compatível com a prerrogativa constitucional – ou seja, somente atos emanados do chefe do Poder Executivo. Desse modo, atos administrativos oriundos de outras autoridades não estariam abarcados pela prerrogativa de sustação por parte do Congresso Nacional. Esse entendimento advém da interpretação literal dos arts. 84, IV, e 68, *caput*, da CRFB,⁴ que dispõem, respectivamente, ser o exercício do poder regulamentar função privativa do Presidente da República, bem como

...

⁴ Villela Souto (2001) é um dos autores contemporâneos que entende que apenas o chefe do Poder Executivo tem poder regulamentar.

ser a delegação legislativa pelo Congresso Nacional, em caráter primário, do poder de editar normas legais, igualmente uma possibilidade constitucionalmente permitida tão somente ao chefe do Executivo.

Já a corrente em sentido contrário entende que a função regulamentar é exercida tanto pelo chefe do Poder Executivo quanto pelos demais órgãos da administração, considerando que leis ordinárias podem atribuir poder normativo (e, assim, uma competência regulamentar, se entendida em sentido amplo) a outras esferas do Poder Executivo (DANTAS, 1953, p. 203-205; TÁCITO, 1997, p. 1079; MARQUES NETO, 2000, p. 93; ARAGÃO, 2013, p. 415-416; FRANCISCO, 2013, p. 1212-1225). Nesse sentido, se a finalidade do art. 49, V, da CRFB/1988 é viabilizar a proteção, pelo Poder Legislativo, da sua competência típica contra eventual ânimo legiferante do Poder Executivo – o que se revela, *a priori*, uma atividade arbitrária, pois o Executivo não tem competência, como regra geral, para editar atos com força de lei, somente o fazendo de forma excepcional (como as leis delegadas e medidas provisórias) –, então não haveria por que restringir sua incidência a atos do Presidente da República. Nessa visão, a interpretação que atende à finalidade constitucional dessa atribuição constitucional ao Congresso Nacional seria permitir-lhe sustar todo e qualquer ato normativo, de qualquer instância do Poder Executivo, que possa caracterizar usurpação de competências privativas do Poder Legislativo ou excessos em face de uma competência normativa que a lei pudesse ter atribuído, de forma sempre limitada (com *standards*), a uma entidade da Administração Pública indireta.

Por se tratar de norma constitucional originária, prevista na Constituição desde a sua promulgação, em 1988, o art. 49, V, da CRFB não poderia ter feito referência explícita a entidades que só vieram a ser criadas posteriormente. Esse é o caso das agências reguladoras, cuja existência e poder normativo só ganharam assento no ordenamento jurídico brasileiro a partir da segunda metade da década de 1990.

A despeito dessa divergência doutrinária, no entanto, o recurso ao dispositivo constitucional por parlamentares irresignados com normas emitidas por agências reguladoras é uma realidade que não pode ser ignorada, sendo objeto de análise nas seções seguintes.

2. COLETA E ANÁLISE DOS DADOS

A seleção dos PDLs analisados neste artigo é resultado de uma busca realizada na base de dados de proposições legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, disponível pública e gratuitamente na internet.⁵ Essas bases contêm todas as modalidades de proposições legislativas atualmente em trâmite ou que já tramitaram nas respectivas Casas.

...

5 Na Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>; e no Senado Federal: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>.

As ferramentas de busca das bases de dados consultadas permitem localizar proposições por meio de pesquisa livre, com a digitação de palavras-chave. O sistema de pesquisa avançado pelo tipo de proposição “Projeto de Decreto Legislativo” apresenta como resultados projetos cujas ementas, indexação ou inteiro teor contenham os termos digitados pelo usuário-pesquisador. Dado o já mencionado escopo da pesquisa realizada, que analisou apenas os PDLs que têm por objeto sustar atos normativos editados pelas agências reguladoras listadas na Lei n. 13.848/2019, foram utilizadas as seguintes palavras-chave para a seleção das proposições legislativas: “Agências reguladoras”, “Anatel”, “Agência Nacional de Telecomunicações”, “Aneel”, “Agência Nacional de Energia Elétrica”, “Ancine”, “Agência Nacional do Cinema”, “Anac”, “Agência Nacional de Aviação Civil”, “Antaq”, “Agência Nacional de Transportes Aquaviários”, “ANTT”, “Agência Nacional de Transportes Terrestres”, “Anvisa”, “Agência Nacional de Vigilância Sanitária”, “ANA”, “Agência Nacional de Águas”, “ANS”, “Agência Nacional de Saúde Suplementar”, “ANM”, “Agência Nacional de Mineração” e “ANP”, “Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis”.

A busca foi realizada por PDLs entre janeiro de 1997 e dezembro de 2019. O marco temporal inicial justifica-se porque a Lei de criação da primeira agência reguladora brasileira foi aprovada em 26 de dezembro de 1996 (Lei n. 9.427, que criou a Aneel), de modo que não poderia haver PDLs relevantes para a presente análise anteriores à referida data. De fato, o primeiro PDL encontrado na pesquisa data de 2000. A data final consiste no último ano completo anteriormente ao momento da análise apresentada neste artigo. A última consulta às bases de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para fins da pesquisa ora apresentada foi realizada em dezembro de 2019.

A consulta realizada produziu inicialmente um resultado de 273 proposições. Todas elas foram lidas na íntegra e classificadas nas categorias apresentadas nas seções seguintes. A análise do conteúdo permitiu a exclusão adicional de 110 proposições que fugiam ao escopo do presente artigo. No total, 163 PDLs tramitaram até 2019 no Congresso Nacional. No entanto, se desconsiderarmos os PDLs que adquirem nova numeração porque chegaram à casa revisora para conclusão da tramitação do projeto, o número cai para 158 propostas de sustação de atos normativos de agências reguladoras, sendo esse o universo da análise realizada. Desse total, 144 foram originários da Câmara dos Deputados e apenas 14 do Senado Federal.

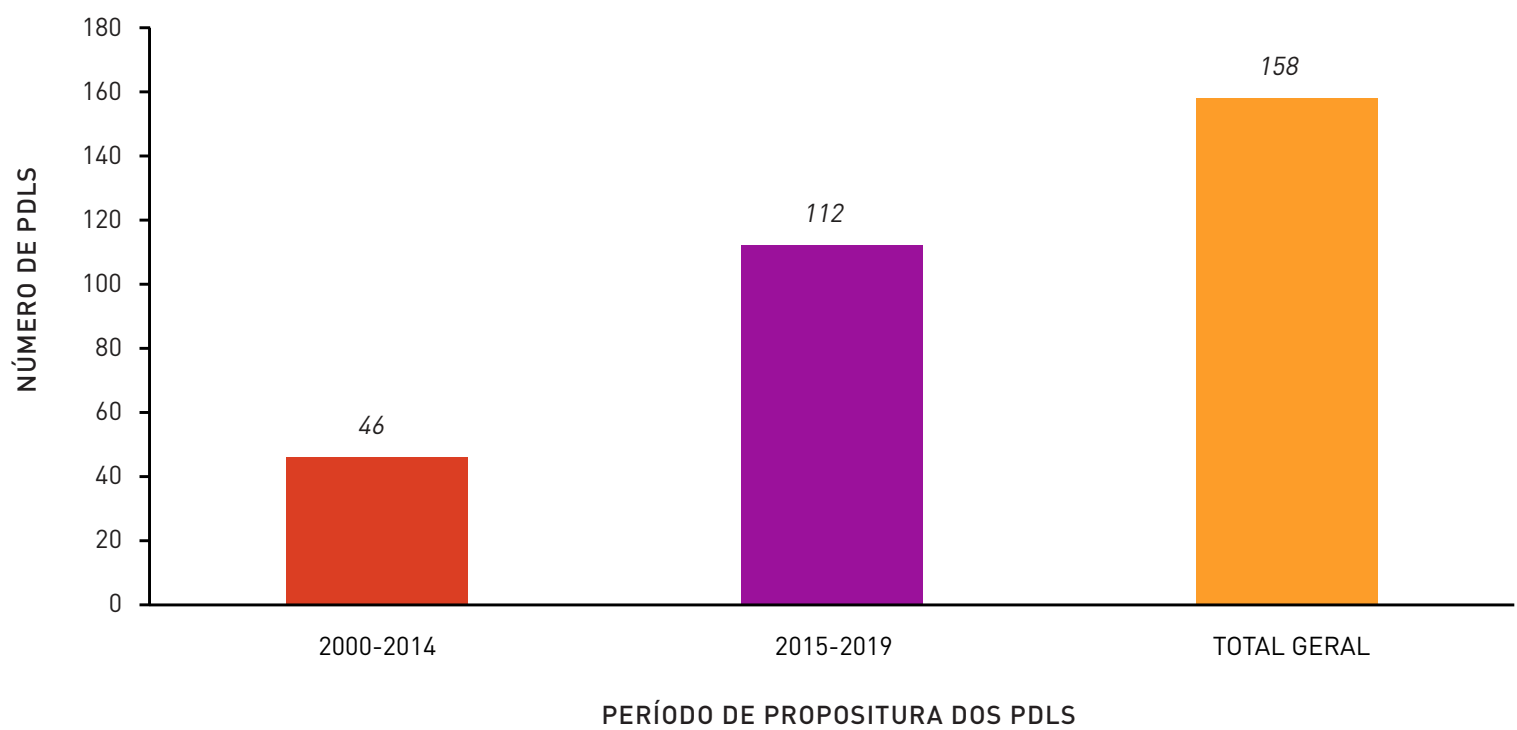
As bases de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal permitiram analisar quantitativamente variáveis essenciais para os propósitos deste trabalho, como frequência de propositura dos PDLs ao longo do tempo, origem parlamentar e temática, bem como tempo de tramitação desses processos. A leitura na íntegra dessas proposições oportunizou também identificar os tipos argumentativos principais adotados pelos congressistas na propositura de PDLs.

Por fim, com o objetivo de investigar *se e como* as agências reagem quando suas normas são contestadas pelos parlamentares, foi consultado, individualmente, no *site* das agências que tiveram suas normas contestadas por meio de PDLs, o *status* de cada uma delas.

3. FREQUÊNCIA, ORIGEM E DESTINO DOS PDLs

A distribuição desses projetos ao longo dos anos revela uma circunstância, no mínimo, curiosa. De 1997 a 2013, haviam sido apresentados apenas 45 projetos. No ano seguinte, em 2014, ocorreu a primeira (e única) efetiva sustação de ato normativo de agência reguladora, tendo por objeto a mencionada Resolução n. 52, de 6 de outubro de 2011, da Anvisa, que vedava a utilização de medicamentos inibidores de apetite.⁶ A partir de então, o recurso aos PDLs cresceu vertiginosamente. Foram 112 de 2015 até 2019, conforme mostra o Gráfico 1. Verifica-se, assim, que mais de 70% dos PDLs foram propostos nos últimos cinco anos cobertos pela pesquisa. O número médio anual de PDLs apresentados no período entre 2015 e 2019 supera em mais de oito vezes a média dos PDLs apresentados entre os anos de 1997 e 2013, o que denota uma tendência de crescimento do uso desse instituto após o êxito logrado com a suspensão da RDC da Anvisa.

GRÁFICO 1 – **NÚMERO DE PDLs AO LONGO DO TEMPO**



Fonte: Elaboração própria.

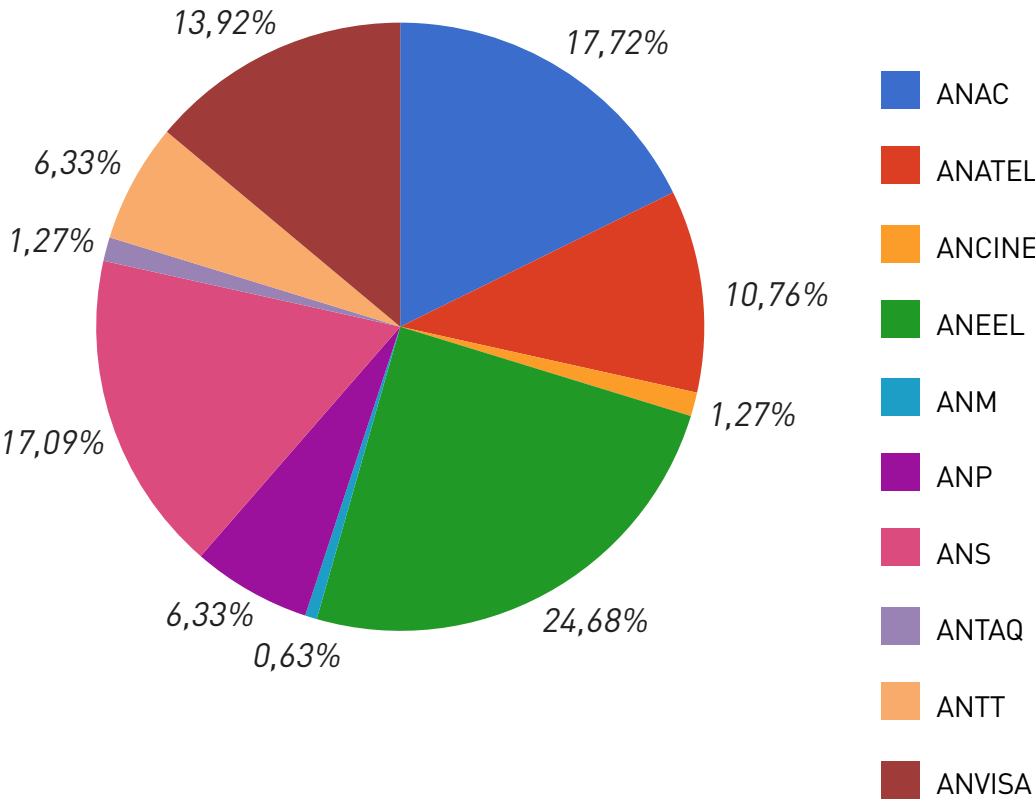
...

⁶ Antes da promulgação do PDL n. 273/2014, que sustou ato normativo da Anvisa, seis outros PDLs destinados a sustar atos normativos do Poder Executivo (não de agências reguladoras) foram promulgados. Para um inventário dos demais PDLs aprovados, ver Souza e Meneguín (2020).

Uma possível explicação para esse aumento reside na ideia de que os parlamentares não tinham certeza de que poderiam utilizar essa competência para sustar normas de agências reguladoras. Com a edição do Decreto Legislativo n. 273/2014, o qual segue em vigor até a presente data, tem-se que, pela primeira vez, a competência do art. 49, V, da CRFB foi exitosamente exercida em face de um ato regulatório, embora a fronteira entre as competências do Poder Legislativo e da Anvisa sobre os medicamentos inicialmente proibidos, e que ensejaram a sustação da RDC n. 52/2011 (já revogada pela própria Anvisa), tenha sido implicitamente disputada na ADI 5.779, tendo sido privilegiada a competência técnica da agência reguladora na referida decisão.

Chama a atenção ainda a distribuição dos PDLs entre as agências ao longo dos anos. O Gráfico 2 mostra que a Aneel foi a agência que mais sofreu com projetos de sustação de seus atos. Dos 158 projetos apresentados no período examinado neste artigo, 40 (25%) tratavam de atos normativos expedidos por essa agência.

GRÁFICO 2 – **DISTRIBUIÇÃO DE PDLs ENTRE AGÊNCIAS**



Fonte: Elaboração própria.

Uma norma relativa à transferência dos ativos de iluminação pública das distribuidoras para o poder público municipal (Resolução Normativa n. 414/2010 da Aneel) e outra concernente ao ressarcimento dos consumidores pelo erro na metodologia do cálculo de revisão

da tarifa de energia elétrica (Despacho n. 3.872/2010 da Aneel) foram objeto, conjuntamente, de sete PDLs (17,5% do total de PDLs em face de atos normativos da Aneel). Outro exemplo diz respeito à homologação de quotas anuais definitivas da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) pela Aneel (Resolução Homologatória n. 1.857/2015 da Aneel), a qual foi, por sua vez, objeto de cinco PDLs (12,5% do total relativo à Aneel).

O segundo e o terceiro lugares foram ocupados, respectivamente, por atos normativos da Anac (28 PDLs) e da ANS (27 PDLs). Mais de 82% dos PDLs que visavam sustar atos da Anac tiveram por objeto atacar uma única resolução normativa (Resolução n. 400/2016 da Anac), que, entre outras coisas, dispunha sobre as bagagens de mão e bagagens despachadas dos passageiros no transporte aéreo.

No que tange à ANS, mais da metade dos PDLs tinha por objeto uma mesma resolução normativa (Resolução Normativa n. 433/2018 da ANS), relativa à autorização de reajuste dos valores das mensalidades cobradas pelas operadoras de planos de saúde individuais e familiares.

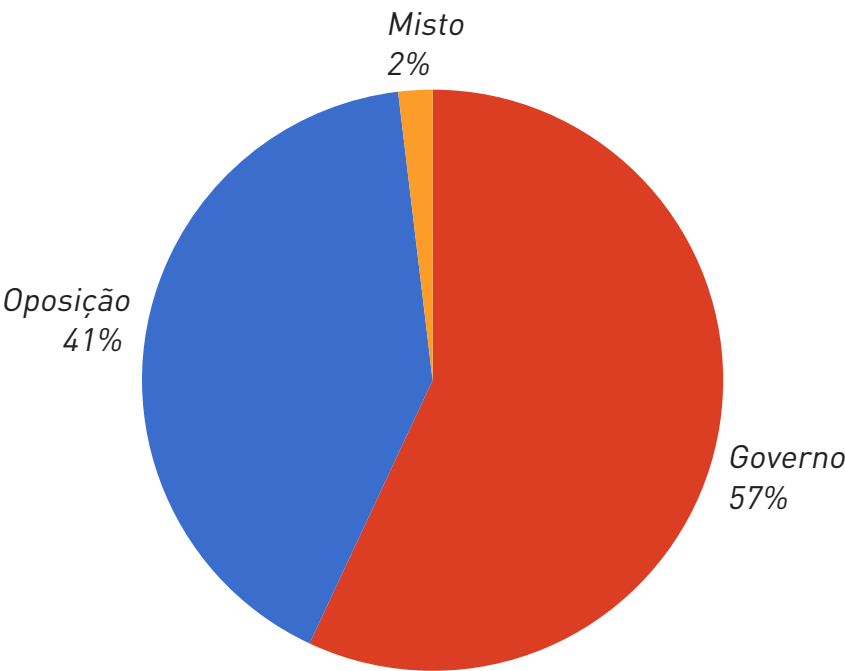
Sobre a origem parlamentar dos PDLs, verifica-se que a maioria deles (57% do total de proposições) foi proposta por congressistas da base governamental.⁷ Os parlamentares da oposição apresentaram PDLs em 41% dos casos, mas chama a atenção o fato de que PDLs originários da base de apoio ao governo tramitam em maior número, conforme se extrai do Gráfico 3.⁸

...

⁷ A análise dos partidos que compõem a base (coalizão) em cada governo/período foi realizada a partir de Amorim Neto (2012), Banco de Dados Legislativos do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap) e Meneguello (2010).

⁸ Esse dado corrobora achado de pesquisa anterior, que identificou que 64% dos projetos de lei que envolvem agências reguladoras foram propostos pela base governista. Esse percentual mantém-se constante para todas as categorias de projetos legislativos, inclusive a categoria controle, que interessa especialmente para este artigo (JORDÃO *et al.*, 2019, p. 96-97).

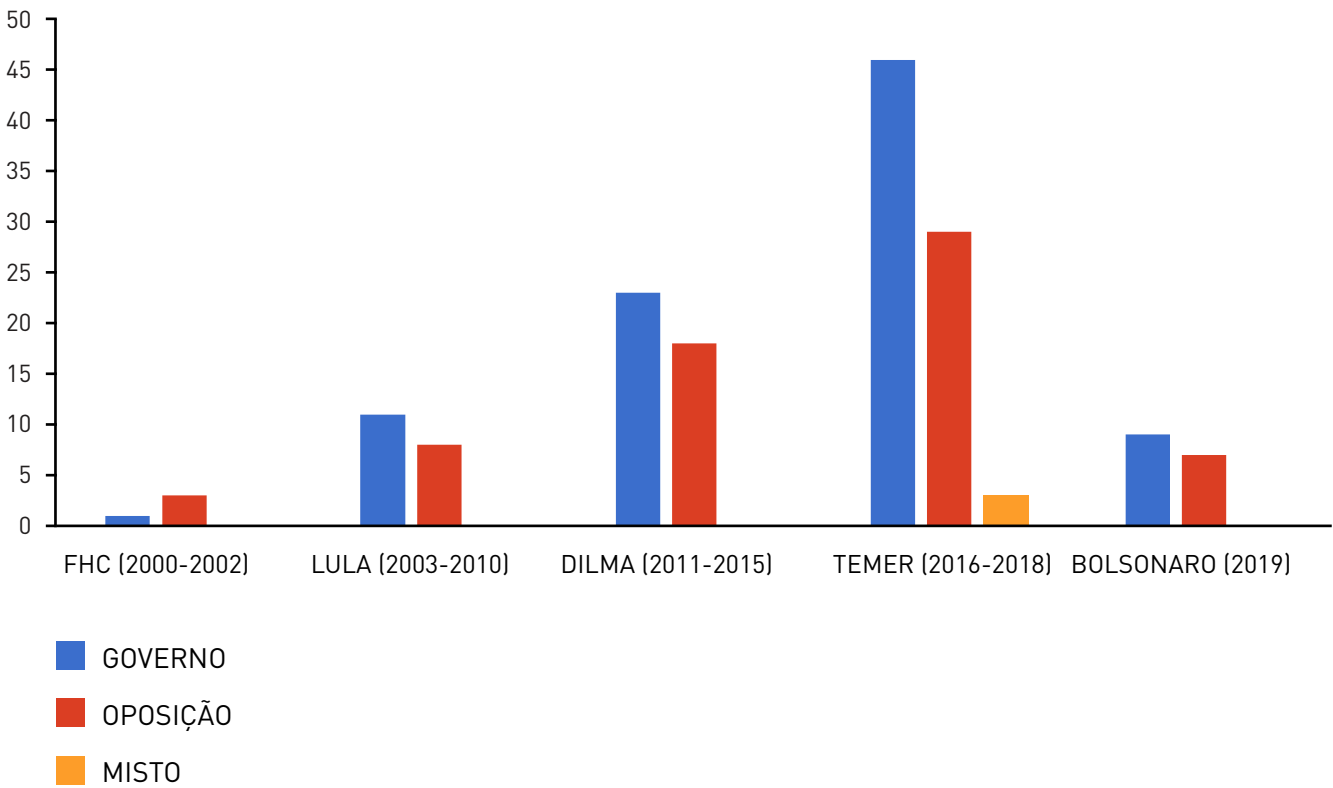
GRÁFICO 3 – ORIGEM PARLAMENTAR DOS PDLs



Fonte: Elaboração própria.

O Gráfico 4, por sua vez, mostra que os PDLs originários dos parlamentares que constituem a base de apoio ao governo são maioria em todos os mandatos presidenciais, com exceção do período referente aos três últimos anos da segunda gestão de Fernando Henrique Cardoso.

GRÁFICO 4 – ORIGEM PARLAMENTAR DOS PDLs POR MANDATOS PRESIDENCIAIS



Fonte: Elaboração própria.

As agências são controladas politicamente, portanto, não apenas por quem faz oposição ao governo, mas principalmente por quem o apoia. Para Souza e Meneguim (2020), o número elevado de PDLs apresentados por partidos políticos da situação pode revelar um desalinhamento entre a gestão política adotada pelo Poder Executivo e as expectativas dos representantes dos partidos políticos que compõem a coalizão. Além disso, decidindo temas não afetos a matérias político-partidárias de curto prazo, as agências reguladoras podem desagradar simultaneamente a base governamental e a oposição. Aliás, em que pese não haver fundamento constitucional para se sustarem atos normativos das agências reguladoras com base na “inconveniência” do seu conteúdo, essa justificativa se mostra bastante usual, conforme se terá oportunidade de mostrar.

4. AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES DOS PARLAMENTARES SOBRE OS CONTORNOS DA SUA COMPETÊNCIA

Um aspecto muito relevante da investigação realizada diz respeito à interpretação que os parlamentares dão à sua própria competência. Como visto, na letra do art. 49, V, da CRFB, é “da competência exclusiva do Congresso Nacional [...] sustar os atos normativos do Poder Executivo *que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Da análise qualitativa dos PDLs coletados, no entanto, não parece claro o que exatamente isso significa para os parlamentares. Diferentes PDLs caracterizam essa exorbitância de maneiras diversas. A análise empírica qualitativa dos PDLs coletados revelou a existência de ao menos cinco tipos de argumentos utilizados pelos parlamentares para caracterizar a exorbitância normativa das agências que autorizaria a sustação. A descrição de cada um desses tipos argumentativos é a seguir apresentada.⁹

O Gráfico 5 mostra que o primeiro e mais comum tipo argumentativo parece entender a exorbitância como *inconveniência da opção normativa adotada pela agência*. Identificou-se a presença do primeiro tipo argumentativo nos casos em que o parlamentar aparentemente acredita ser a discordância quanto ao seu teor razão autônoma e suficiente para a sustação do ato normativo – sem que esteja presente um argumento de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nessa hipótese, o parlamentar interpreta sua competência de forma bastante ampla, parecen-

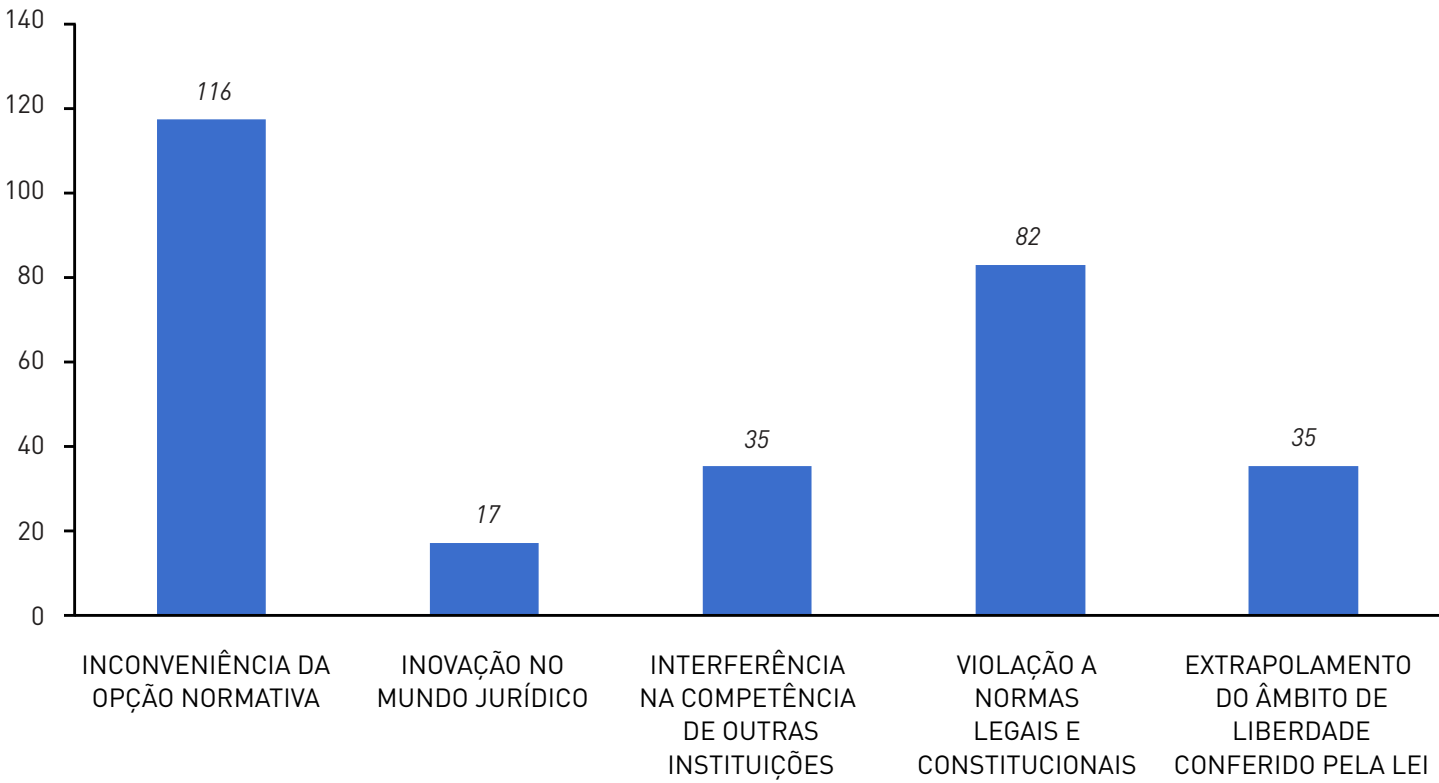
...

9 Como os argumentos não são excludentes, sendo às vezes utilizados cumulativamente, as quantidades relativas à sua incidência, se somadas, superam as dos PDLs coletados. Também por isso, apresentam-se adiante as quantidades referentes à incidência de cada um dos tipos argumentativos de forma *isolada* (casos em que o tipo argumentativo foi apresentado de maneira exclusiva) ou *sobressalente* (casos em que ele foi utilizado ao lado de outros tipos argumentativos).

do crer que a Constituição autorizaria o Congresso a sustar quaisquer atos normativos de que discorde – olvidando-se que, como visto, a edição de PDLs é uma competência de natureza estritamente jurídica (e não política).

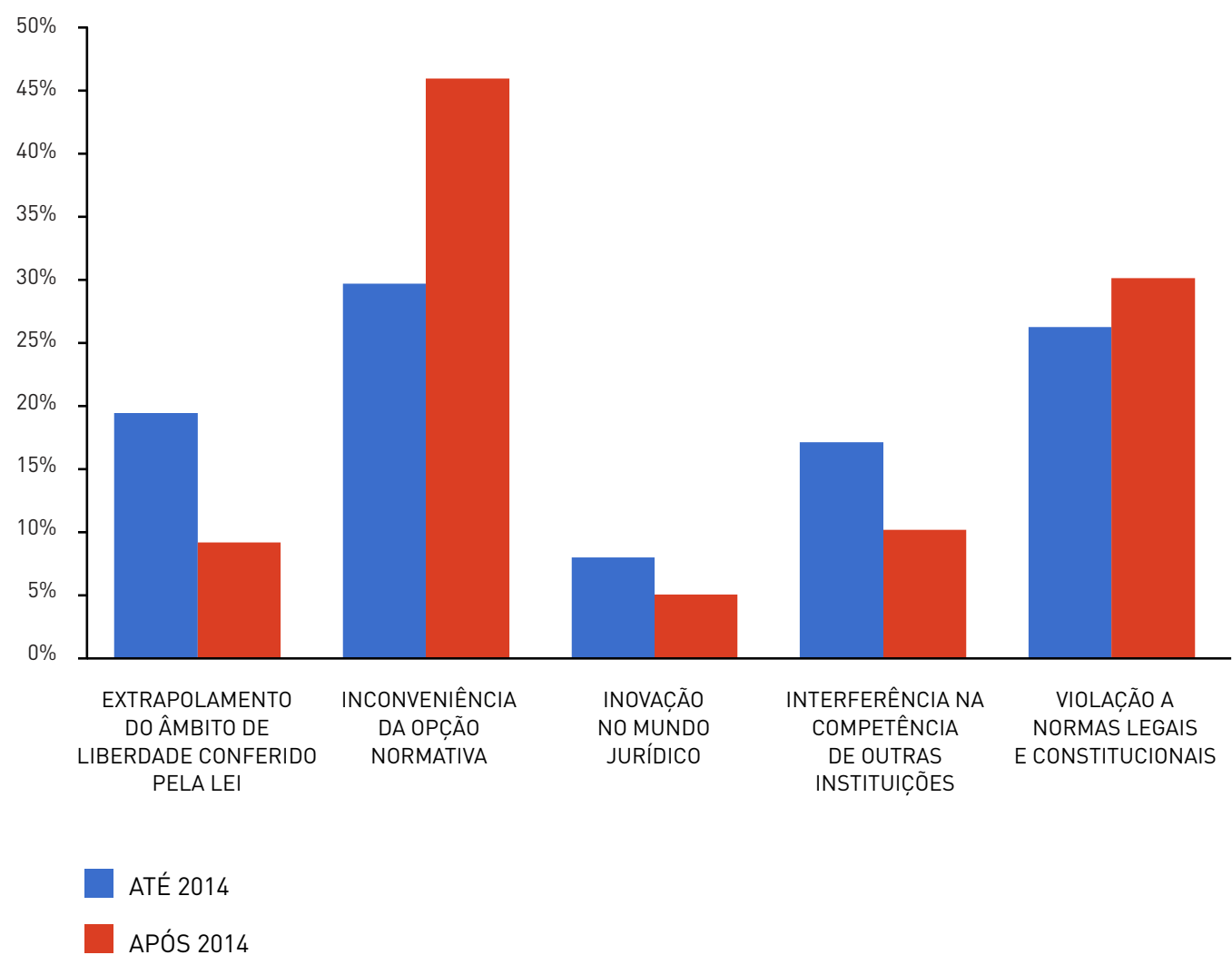
Assim, por exemplo, na justificação do projeto de sustação dos efeitos da decisão proferida pela Diretoria Colegiada da Aneel que aprovou o reajuste tarifário da distribuidora Companhia de Eletricidade do Acre (Eletroacre) em 29 de novembro de 2011, afirma-se que “Este Poder Legislativo tem autonomia para rever os atos dos órgãos do Poder Executivo, principalmente quando estes prejudicam ou interferem diretamente na vida de parcela da sociedade” (BRASIL, 2011). Esse tipo de argumento aparece em 116 PDLs, e, em 45 PDLs (38% dos casos em que é utilizado e 28% do universo total de PDLs), ele é invocado de forma exclusiva. O Gráfico 6 mostra que o uso desse argumento cresceu após 2014, quando foi sustada a norma da Anvisa já mencionada. A inconveniência da opção normativa foi o argumento utilizado, de forma exclusiva ou sobressalente, em 29,55% de todas as justificativas adotadas pelos parlamentares entre 2002 e 2014. De 2015 a 2019, a inconveniência da opção normativa foi invocada em 45,69% da totalidade de argumentos usados pelos congressistas no período. O Gráfico 7, por sua vez, mostra que os atos normativos da Aneel, da ANS, da Anac e da Anvisa são os mais questionados por esse argumento.

GRÁFICO 5 – **TIPOS ARGUMENTATIVOS UTILIZADOS NOS PDLs (2002 A 2014)**



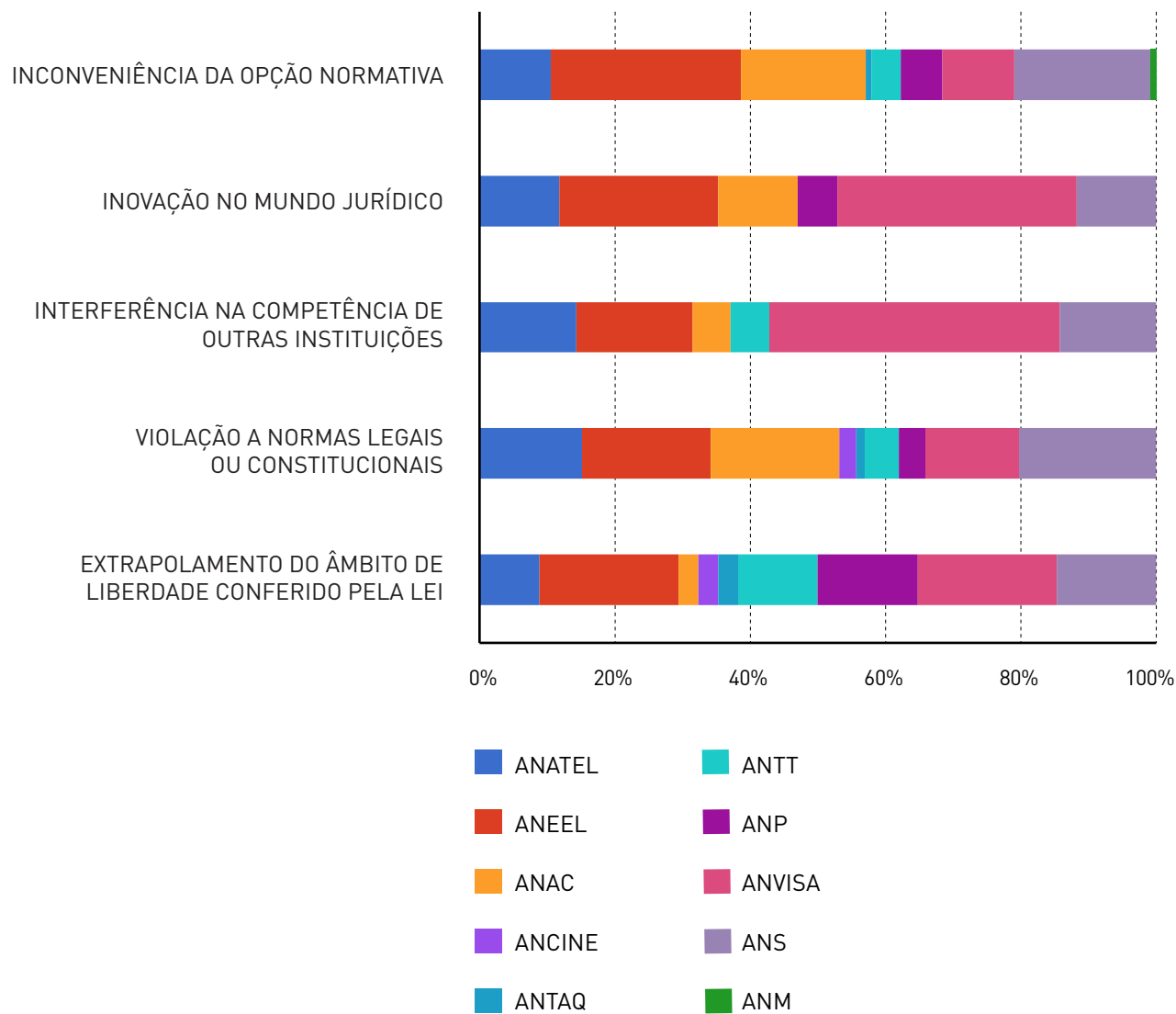
Fonte: Elaboração própria.

GRÁFICO 6 — **TIPOS ARGUMENTATIVOS UTILIZADOS ANTES E DEPOIS DA APROVAÇÃO DO PRIMEIRO PDL**



Fonte: Elaboração própria.

GRÁFICO 7 – AGÊNCIAS REGULADORAS POR TIPO ARGUMENTATIVO



Fonte: Elaboração própria.

Os outros quatro argumentos são propriamente “jurídicos” e poderiam ter sido agrupados dessa forma, mas acredita-se ser importante separá-los para permitir que futuros estudos possam aprofundar as suas *nuances*. Assim, o segundo argumento mais frequentemente utilizado para justificar uma proposta de PDL caracteriza a exorbitância das competências alegadamente praticada pela agência reguladora como *violação de outras normas legais ou constitucionais substantivas, que não aquela que dá a competência para a agência*. Nesse segundo tipo argumentativo, o parlamentar não se opõe à competência da agência para expedir o ato normativo, mas alega que o *conteúdo* da escolha da agência, no caso concreto, violou *outras* normas jurídicas. Por exemplo, na justificativa do PDL n. 765/2017, que objetiva sustar os artigos da Resolução n. 400, de 2016, da Anac, que dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo, afirma-se que, “[e]m que pese a boa vontade da Anac no sentido de pacificar questão controversa, o fato é que o dispositivo afronta o disposto no art. 49 da Lei n. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)” (BRASIL, 2017b).

Assim, foram incluídas nessa espécie argumentativa as alegações de violação tanto a dispositivos legais de conteúdo preciso como a normas de teor mais fluido, como princípios e

normas que se utilizam de conceitos jurídicos indeterminados. Essa observação é relevante porque uma interpretação da Constituição que permita uma abertura para sustações de atos regulatórios fundamentadas em supostas violações a princípios ou a conceitos jurídicos indeterminados (argumento que está presente em 49 PDLs) amplia significativamente o poder de controle do Congresso. A justificativa da violação de normas constitucionais e legais está presente em 82 PDLs, em sua grande maioria de forma sobressalente (em apenas 11 PDLs ele foi utilizado de forma isolada).

No terceiro tipo de argumento mais frequentemente encontrado, a exorbitância é caracterizada como *extrapolação do espaço de liberdade conferido pela lei que delegou a competência normativa à agência*.¹⁰

Nesses casos, o parlamentar considera que a agência reguladora tem competência normativa conferida por lei (ou seja, pelo próprio Congresso Nacional), mas entende que a escolha normativa realizada no caso concreto está fora do espectro de abrangência aberto pelo legislador no ato de deslegalização. Foi o caso de argumento utilizado na justificativa do PDL n. 1.687/2002, que objetivava sustar o art. 70 da Resolução n. 85/1998 da Anatel. Esse dispositivo autorizava a prestadora de telecomunicação a, no caso de rescisão de contrato de prestação de serviços por inadimplência, incluir o registro de débito em sistema de proteção de crédito. De acordo com o argumento do parlamentar que propôs o PDL, a Anatel exorbitaria dos poderes regulamentares que lhe foram atribuídos legislativamente, na medida em que “nada há na Lei Geral de Telecomunicações, Lei n. 9472/ de 1997, que autorize a elaboração da norma atacada. Trata-se de serviço público concedido que em nada se relaciona com as atribuições do SERASA” (BRASIL, 2002).

Esse tipo argumentativo esteve presente em 35 PDLs, e em seis casos fora utilizado de forma isolada. Curiosamente, o Gráfico 6 mostra que esse tipo de argumento, que parece bem próximo da letra do dispositivo constitucional, era mais frequente antes da acentuação recente da propositura de PDLs, verificada após 2014 (estava presente em 19,32% dos PDLs anteriores e apenas em 9,14% dos PDLs posteriores a 2015).

O quarto argumento caracteriza a “exorbitância” da competência acometida por lei às agências reguladoras como *usurpação de competência de outras instituições*.¹¹ Nessa hipótese, o

...

¹⁰ Sob certo ângulo, esse também poderia ser considerado um argumento de violação normativa, mas é aqui separado didaticamente, sobretudo porque parece particularmente aderente ao tipo de ilegalidade (ou tipo de violação normativa específica) prevista no texto constitucional como autorizativa da intervenção do Congresso. Por isso também que se caracterizou o segundo tipo argumentativo como *violação de outras normas legais ou constitucionais substantivas, que não aquela que dá a competência para a agência*.

¹¹ Também esse argumento poderia ser considerado um argumento de violação normativa, mas é aqui separado didaticamente. Enquanto no segundo tipo argumentativo faz-se referência à “violação de outras nor-

parlamentar considera que a agência não é competente para regulamentar a matéria objeto do ato normativo, por usurpar a competência seja do próprio Congresso Nacional (em 78% dos casos), seja de outros órgãos (como a Polícia Federal).

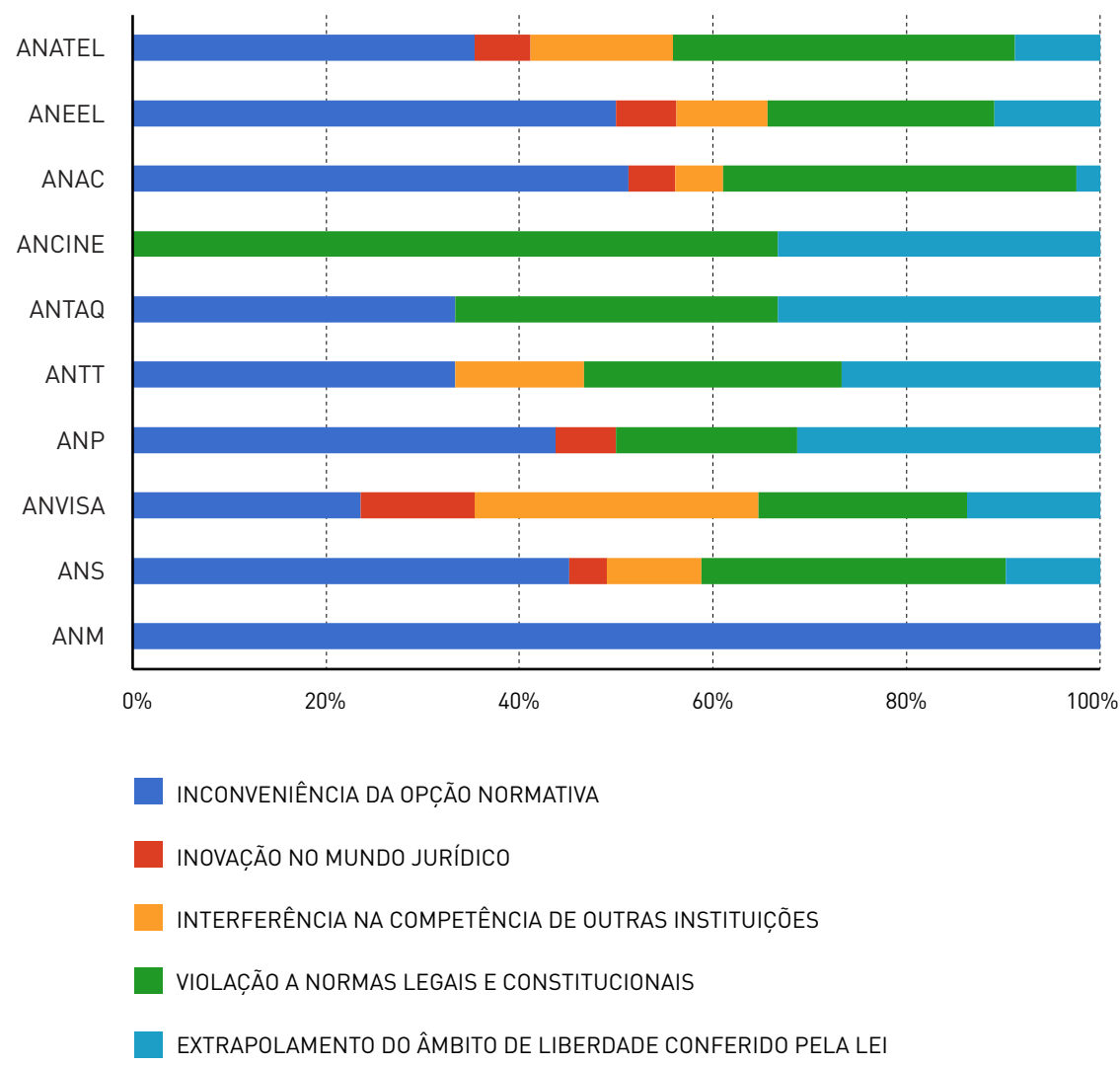
A primeira espécie parece ser mais consentânea com a literalidade do art. 49, V, da CRFB, já que justificaria a sustação de um ato normativo do Executivo em casos nos quais órgãos e entidades da Administração Pública terminam por tratar de temas sujeitos à reserva legal. A título de exemplo, pode-se citar trecho do PDL n. 1.650/2009, contra a RDC da Anvisa n. 96, de 17 de dezembro de 2008: “[...] a resolução ANVISA n. 96/2008, conquanto possuidora de méritos, ultrapassou os limites constitucionais e legais aplicáveis. A competência para legislar sobre publicidade é privativa do Congresso Nacional, razão pela qual apresentamos a presente proposta” (BRASIL, 2009).

Esse argumento esteve presente em 35 PDLs, quatro vezes de forma isolada. A maioria dos PDLs que apresentaram esse tipo argumentativo se destinava a sustar atos normativos expedidos pela Anvisa (45% dos casos, conforme o Gráfico 7). No caso dos PDLs relativos a essa agência, o Gráfico 8 mostra que o argumento de interferência na competência de outras instituições supera, inclusive, o de inconveniência da opção normativa.

...

mas legais ou constitucionais *substantivas*”, aqui no quarto argumento há violações a atribuições legais de competência – ou seja, violações normativas *especificamente relacionadas com a usurpação de competências*. A frequência da utilização desse argumento fez-nos crer que valia a pena apresentá-lo separadamente.

GRÁFICO 8 – PERCENTUAL DE TIPOS ARGUMENTATIVOS POR AGÊNCIA REGULADORA



Fonte: Elaboração própria.

Outras instituições menos citadas como tendo suas competências usurpadas incluem, por exemplo, outros órgãos da Administração Pública. Nesse sentido, a justificativa do PDL do Senado Federal n. 101/2018 teve por fundamento a alegação de que a Anac, ao estabelecer procedimentos de embarque e desembarque de passageiros armados em aeroportos, teria adentrado na esfera de competência da Polícia Federal. Casos como esse último, por tratarem da tutela de competência de outras instituições que não o Congresso Nacional, não parecem encontrar, a princípio, guarida constitucional no art. 49, V.

Finalmente, o quinto tipo argumentativo identificado na pesquisa caracteriza a exorbitância normativa como *inovação no mundo jurídico*. Nessa hipótese, o controle decorre da suposta ilegalidade na criação de restrições pelo administrador, para além das que a lei estabelece. Esse tipo de argumento se associa a uma compreensão mais clássica ou tradicional do direito administrativo a respeito da amplitude do poder normativo de autoridades administrativas. Representa uma postura mais conservadora quanto à interpretação do princípio da legalidade, segundo a qual a atuação administrativa apenas detalha os comandos legislativos, sem produzir restrições jurídicas adicionais.

Exemplificando, na justificativa do PDL n. 1.687/2002, proposto para sustar a Resolução n. 85/1998 da Anatel, que possibilitava a inclusão no sistema de proteção ao crédito do nome do usuário que houvesse rescindido o contrato de prestação de serviços por inadimplência nas contas de telefone, afirmou-se que “[h]á evidente inovação no mundo jurídico, fato de resto vedado ao decreto, regulamento ou resolução. Somente a lei pode inovar no mundo jurídico, em respeito ao princípio da legalidade, *ex-vi*, do art. 5º, II da Constituição Federal” (BRASIL, 2002). Em 17 PDLs esse argumento esteve presente, na sua totalidade de forma sobressalente e associado ao argumento de violação a normas legais ou constitucionais. Somente a Anvisa foi objeto de 37,5% dos PDLs apresentados com base nesse argumento, como mostra o Gráfico 7.

Ao se passar à análise dos gráficos que tratam dos tipos argumentativos utilizados nos PDLs, deve-se mencionar que os eventos superam a quantidade de 158, pois, como já observado, vários PDLs têm mais de um fundamento para a sua propositura.

O Gráfico 5 mostra como o argumento da “inconveniência” é de uso frequente, especialmente quando comparado a todas as demais formas de justificativas de PDLs baseadas em ilegalidades e inconstitucionalidades. O fato de o tema ser “inconveniente” aparece em 116 oportunidades, enquanto todos os outros argumentos somados – como visto, subconjuntos em torno do tema da ilegalidade ou inconstitucionalidade (portanto, atos que “exorbitam” das funções do Poder Executivo) – totalizam 169. Isso significa que 59% dos argumentos são de “inconveniência”, ou seja, o parlamentar, se pudesse, teria legislado de outra forma sobre a matéria. Todavia, como mostrado nas seções anteriores, esse argumento não deveria sustentar a tramitação de PDLs à luz da CRFB.

5. O ASPECTO PROCEDIMENTAL: OS DADOS RELATIVOS ÀS FASES DE TRAMITAÇÃO DOS PDLs

Como já observado, até hoje somente um PDL foi convertido em norma jurídica. Isso se traduz em um índice de sucesso de apenas 0,6% do Congresso Nacional para sustar, por essa via formal, os atos normativos das agências reguladoras. Esse índice de sucesso é inferior à taxa de efetividade do número total de PDLs até hoje apresentados com o objetivo de sustar atos normativos do Poder Executivo, que é de 1,7%,¹² e inferior ao percentual de projetos de lei apresentados por deputados federais e transformados em normas jurídicas, que equivale a 3,8%.¹³ Nesta seção, analisamos os principais obstáculos processuais que dificultam a tramitação de um PDL.

...

¹² Segundo Souza e Meneguín (2020), de 1988 até a presente data, o Congresso Nacional promulgou nove PDLs que visam a sustar atos de todos os órgãos do Poder Executivo, dentre um total de 521 PDLs apresentados.

¹³ Entre 2002 e 2017, os deputados federais apresentaram 33.702 projetos de lei, dos quais 1.307 foram sancionados (SOUZA e MENEGUÍN, 2020, p. 99).

São seis as fases do processo de tramitação de um PDL, sendo cada uma delas composta de um conjunto de atos aqui brevemente descritos. Para fins estruturais, a análise apresentada a seguir se dará com base no regime de tramitação ordinário (excluídos, portanto, os casos de urgência ou com prioridade), com a proposição sujeita à apreciação do Plenário, tendo como casa iniciadora a Câmara dos Deputados (o que corresponde a mais de 60% dos casos). Ao final, serão destacadas as possíveis variações decorrentes da mudança no rito.

O que se classificou como primeira fase consiste na conclusão da etapa burocrática anterior ao envio do projeto para as comissões, para análise do seu mérito. Nessa fase incluem-se, necessariamente, os atos de apresentação da proposição na Secretaria Geral da Mesa, a definição pelo Presidente da Mesa acerca da distribuição para comissões parlamentares e o despacho da proposição às comissões. Do total de 158 PDLs, 24 (15%) foram codificados como presentes nessa primeira fase, ou porque no momento de elaboração da base de dados não haviam concluído essa etapa, possibilitando a entrada na etapa seguinte, ou porque foram arquivados antes de irem à fase seguinte.¹⁴

Depois de recebida a proposição, o Presidente da Mesa define para quais comissões ela será distribuída, conforme os assuntos de que trate, e, em seguida, a proposição é despachada pela Secretaria-Geral da Mesa, no prazo de duas sessões, às comissões competentes.

A segunda fase corresponde à tramitação do projeto nas comissões parlamentares, permanentes ou temporárias, competentes para estudo da matéria. A cada comissão incumbe a elaboração de um parecer sobre a matéria submetida a seu estudo, no qual serão apresentados e avaliados todos os dados, os antecedentes, as circunstâncias e as conveniências do projeto, e que serve de orientação para o Plenário na apreciação da matéria. Para tanto, dentro de cada comissão é designado um relator, responsável pela emissão de um parecer pela aprovação total ou parcial da proposição, pela rejeição, pela apresentação de emendas, pelo arquivamento ou pela apresentação de um projeto totalmente alternativo, um substitutivo. A tramitação dentro dessas comissões, via de regra, ou seja, no regime ordinário de tramitação, ocorre de forma sequencial, de modo que a avaliação pela segunda ou terceira comissão depende da saída da proposição da comissão preterita.

A conclusão dessa etapa nas comissões se dá com a finalização da discussão e da votação do projeto em cada uma das comissões designadas e o posterior envio do projeto para discussão e votação no Plenário.¹⁵ Esse parece ser o principal obstáculo procedimental para a

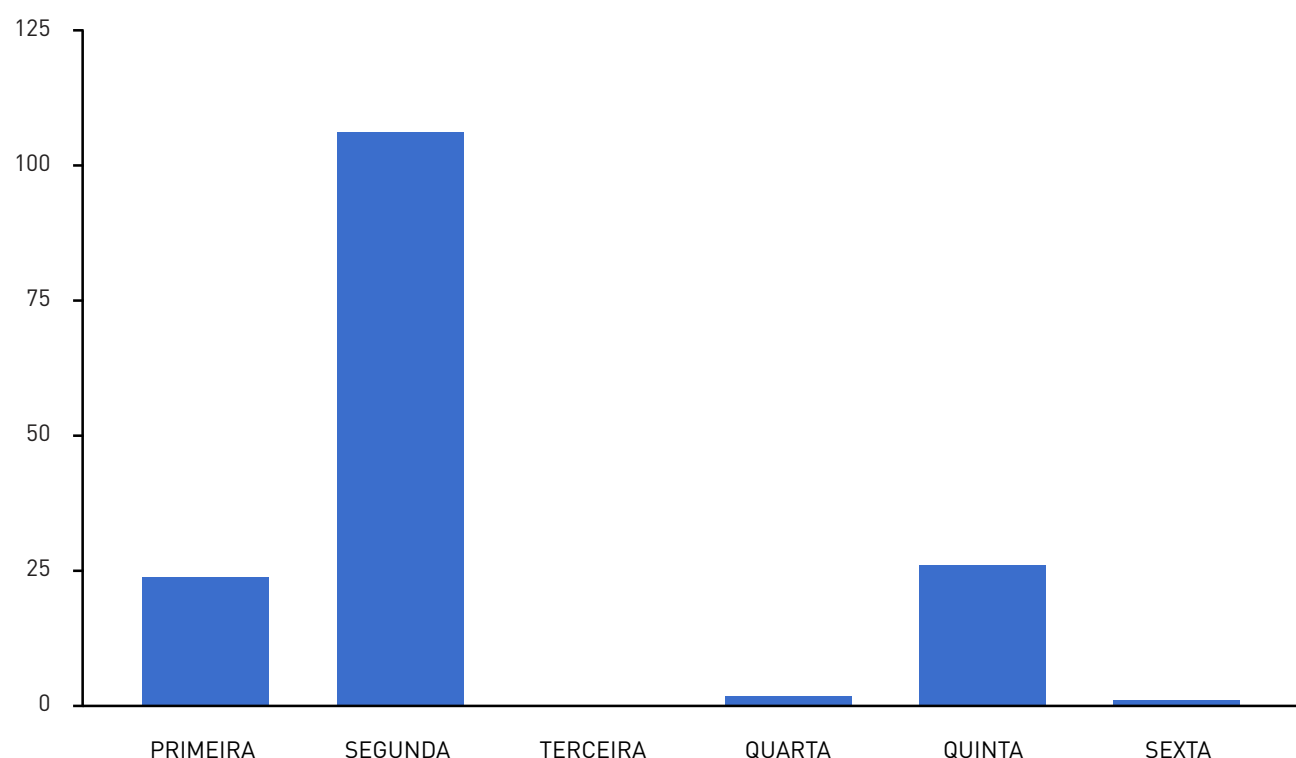
...

¹⁴ Isso aconteceu nos casos de retirada pelo autor do projeto, prejudicialidade do projeto em decorrência da aprovação de outro com o mesmo tema e devolução ao autor do projeto pela Mesa.

¹⁵ Excepcionalmente, alguns PDLs tramitam em caráter conclusivo, o que significa que, se forem aprovados nas comissões de forma unânime, seguem para a casa revisora sem precisar passar pelo Plenário (hipóteses do art. 24, II, do RICD).

efetivação da sustação de normas das agências reguladoras. Do total de PDLs apresentados, 106 (67%) encontravam-se na segunda fase ou foram arquivados antes de passar para a fase seguinte, como mostra o Gráfico 9.

GRÁFICO 9 – **DISTRIBUIÇÃO DOS PDLs ENTRE AS DIFERENTES FASES PROCESSUAIS**



Fonte: Elaboração própria.

A terceira fase consiste na discussão do projeto no Plenário da casa iniciadora, que ocorre, no caso de PDL, em turno único de discussão, segundo o art. 148 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD). Nessa fase, estão incluídos os atos de deliberação e votação do projeto. No momento da pesquisa, nenhum PDL se encontrava nessa fase ou havia sido arquivado durante essa etapa. A fase de discussão dos trabalhos é destinada ao debate em Plenário sobre o conjunto da proposição e das emendas, se houver (art. 165, *caput* c/c § 1º, do RICD), e se encerra pela ausência de oradores, pelo decurso dos prazos regimentais ou por deliberação do Plenário.

A votação completa o turno regimental da discussão (art. 180 do RICD), sendo as deliberações tomadas por maioria simples de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros (art. 183 c/c art. 257 do RICD). No caso de haver proposição de emendas durante a fase de discussão, a matéria deverá retornar às comissões que devam apreciá-la, o que dependerá do teor da mudança proposta (ver art. 139, II, do RICD), voltando posteriormente ao Plenário para apreciação definitiva. A proposição, caso aprovada em definitivo pela casa

iniciadora, deve ser encaminhada à casa revisora até a segunda sessão seguinte (art. 200 do RICD) por meio de ofício. Contudo, caso o projeto seja rejeitado, deverá ser arquivado na respectiva casa.

A quarta fase consiste no recebimento do ofício pela casa revisora (art. 64 da CRFB/1988) e dá início às mesmas três etapas descritas anteriormente, que configurarão, respectivamente, a quarta, a quinta e a sexta fases da tramitação. A diferença é que, tratando-se de votação da casa revisora, caso esta modifique o projeto, a parte alterada da proposição retorna à casa de origem para nova deliberação e votação. Aprovado nas duas casas, o projeto deverá ser promulgado diretamente pelo Presidente do Senado Federal, não havendo participação do Presidente da República e, portanto, possibilidade de veto, por se tratar de regulação de matérias de competência exclusiva do Poder Legislativo. Do total de PDLs, dois (1,2%) foram enquadrados na quarta etapa, 26¹⁶ (16,4%) na quinta e um (0,6%) na sexta.

Pois bem, os cinco PDLs que tramitaram na casa revisora não seguiram o rito ordinário anteriormente descrito. Esses PDLs tramitaram em regimes especiais de dispensa de exigências (quatro em regime de urgência e um em regime de prioridade), o que pode indicar um esforço conjunto da casa parlamentar na tramitação de tais projetos, uma vez que a mudança de regime ocorre mediante votação do Plenário. O tempo médio de tramitação¹⁷ dos cinco projetos na casa revisora é de 336,5 dias – tempo inferior ao da média geral de tempo de tramitação do universo de PDLs aqui analisados.¹⁸

...

- 16 Para a mensuração dos PDLs em cada etapa, os processos apensados foram quantificados separadamente e somados aos processos principais. Foi tomada essa decisão porque o teor do projeto apensado é também analisado pelas comissões parlamentares e pelo Plenário, contribuindo, assim, para o aumento do tempo de tramitação. No entanto, no que se refere ao procedimento, especialmente contagem de comissões ou regime de tramitação, optou-se por considerar apenas o projeto principal, de modo a evitar duplicação dos dados e enviesamento da média dos prazos de tramitação. É por essa razão que identificamos apenas cinco PDLs com trâmite na casa revisora.
- 17 O tempo de tramitação dos PDLs tem como marco inicial a data de apresentação/recebimento do PDL pela Mesa da Casa Legislativa e como termo final a data do último registro formal de movimentação legislativa do projeto. Dessa forma, a média geral do tempo de tramitação é obtida pelo cálculo da diferença de cada um desses marcos.
- 18 A média geral de tempo de tramitação dos projetos nas comissões parlamentares do Congresso Nacional é de 423 dias. Contudo, o que se observa é que esse padrão não se manteve o mesmo antes e depois de 2014, quando se deu a aprovação do único PDL ato de agência reguladora. Até 2013, a média de tempo de tramitação no Congresso Nacional era de 471,7 dias, e, de 2014 até 2019, a média foi de 356,7 dias. Esse dado sinaliza uma possível mudança de comportamento congressional, estando alinhado com o apontamento anterior de que o tempo de tramitação do único PDL bem-sucedido é próximo ao tempo de tramitação observado nos projetos apresentados depois dele.

Já a tramitação do PDL n. 1.123/2013, único que veio a ser aprovado até o momento e, portanto, sustou um ato normativo de agência reguladora, contou com três características peculiares: (i) deliberação das comissões durante a sessão designada para votação única do PDL em Plenário, e não na etapa anterior, em razão da sua tramitação em regime de urgência; (ii) discussão extrapauta na Câmara dos Deputados realizada durante sessão extraordinária, o que é, inclusive, vedado pelo RICD (arts. 66, § 4º, e 67); e (iii) participação popular de uma cidadã por meio da ouvidoria.

Verifica-se, portanto, que o processo legislativo apresenta uma série de obstáculos para a aprovação de um PDL. Até hoje, a maioria dos PDLs não ultrapassou a segunda fase do processo legislativo, correspondente à discussão da proposição em comissões temáticas, e o ínfimo número de PDLs que até hoje tramitou na casa revisora não seguiu o rito ordinário anteriormente descrito, o qual, como visto, impõe diversos empecilhos para a transformação de um PDL em norma jurídica.

6. COMO AS AGÊNCIAS REAGEM À PROPOSITURA DE UM PDL POR UM PARLAMENTAR?

Mesmo diante das remotas possibilidades de aprovação de um PDL que visa a sustar ato normativo de agência reguladora, cabe investigar *se e como* as agências reagem quando suas normas são contestadas pelos parlamentares. Especula-se que elas poderiam vir a revogar ou alterar suas próprias normas durante ou após a tramitação do PDL por pelo menos três razões.

Em uma primeira hipótese, isso se daria para manter relacionamento negocial e amigável com os parlamentares. Afinal, seria possível cogitar que, a partir de uma relação de concessões e negociações, a agência poderia ganhar a confiança dos congressistas, com correspondente ganho de autonomia.

Em uma segunda hipótese, a mera ameaça de sustação do ato normativo conduziria a agência a revogar ou alterar seu ato normativo, desistindo da regulação até então vigente. Cogitou-se que, em razão da pressão implícita decorrente da tramitação do PDL, as agências poderiam adotar uma postura de revogar ou alterar suas próprias resoluções ou portarias e, na sequência, reeditar a norma em outro ato normativo futuro. Seria uma forma de não ceder de todo à pressão do Congresso, sem, de outro lado, passar pelo constrangimento de ver a sua norma efetivamente sustada.

Analisando a dinâmica da relação entre o Congresso e o órgão que tem seu ato questionado por PDL, Souza e Meneguín (2020) consideraram efetivos não apenas os PDLs que foram promulgados, mas também aqueles que contribuíram – ou possam ter algum peso explicativo – para a alteração do ato normativo impugnado.¹⁹ Nas palavras dos autores:

...

¹⁹ Para o cálculo da taxa de efetividade dos PDLs, os autores consideraram não apenas os PDLs promulgados, mas também todos aqueles PDLs que tiveram o texto da norma impugnada alterado. Para os autores,

[é] natural que o Poder Executivo promova a mudança do ato impugnado, sempre que se identifica um grupo parlamentar formando consenso contra o ato normativo. [...] É essa formação de consenso e o risco que ela traz para a relação do Poder Executivo com o Poder Legislativo, ou parcelas dele, que provoca a mudança do ato normativo impugnado. (SOUZA e MENEGUIN, 2020, p. 98)

Foge ao escopo deste artigo testar essas hipóteses. Considerações, no entanto, merecem ser feitas sobre o que ocorre com as normas que são impugnadas via PDL. Para tanto, codificamos nove *status* possíveis das normas regulatórias contestadas pelo Congresso via PDLs: (1) vigentes; (2) revogadas pela própria agência durante a tramitação do projeto legislativo; (3) revogadas pela própria agência após arquivamento do PDL; (4) alteradas pela agência durante a tramitação; (5) alteradas pela agência após arquivamento do PDL; (6) suspensas por determinação judicial; (7) norma perdeu sua vigência planejada; (8) revogadas em razão do Decreto Legislativo; e (9) normas revogadas pela agência antes mesmo da instauração do PDL. Para entender o comportamento das agências, foram estudados 158 PDLs, propostos entre os anos de 1997 e 2019, e 130 normas diferentes contestadas pelo Congresso nesses projetos.

Verificamos que, do total de 130 normas contestadas pelo Congresso, 17 (13,07%) foram revogadas e 14 (10,76%) foram alteradas durante a tramitação dos PDLs, conforme mostra o Gráfico 10. Ou seja, em 23,8% dos casos as agências reagiram à contestação parlamentar, seja revogando a norma atacada, seja modificando o seu teor.²⁰ Se adotado o critério adotado por Souza e Meneguín (2020, p. 97), de considerar “efetivos” não apenas os PDLs promulgados, mas também aqueles que alteram o conteúdo dos atos normativos impugnados, chega-se a uma taxa de efetividade de quase um quarto dos PDLs apresentados.

Ressalva-se, em todo caso, que afirmações em termos de relações de causalidade ou mesmo de correlação dependeriam de uma análise casuística e qualitativa de cada situação, o que foge do objeto da pesquisa realizada. As agências podem ter revogado suas normas não por pressão congressual, mas porque diversas se tornaram obsoletas, desnecessárias ou dependentes de atualização. A agência também pode se manter inerte, confiando na ineficiência processual dos PDLs, e manter seus atos vigentes. O exame da tramitação dos PDLs mostra que

...

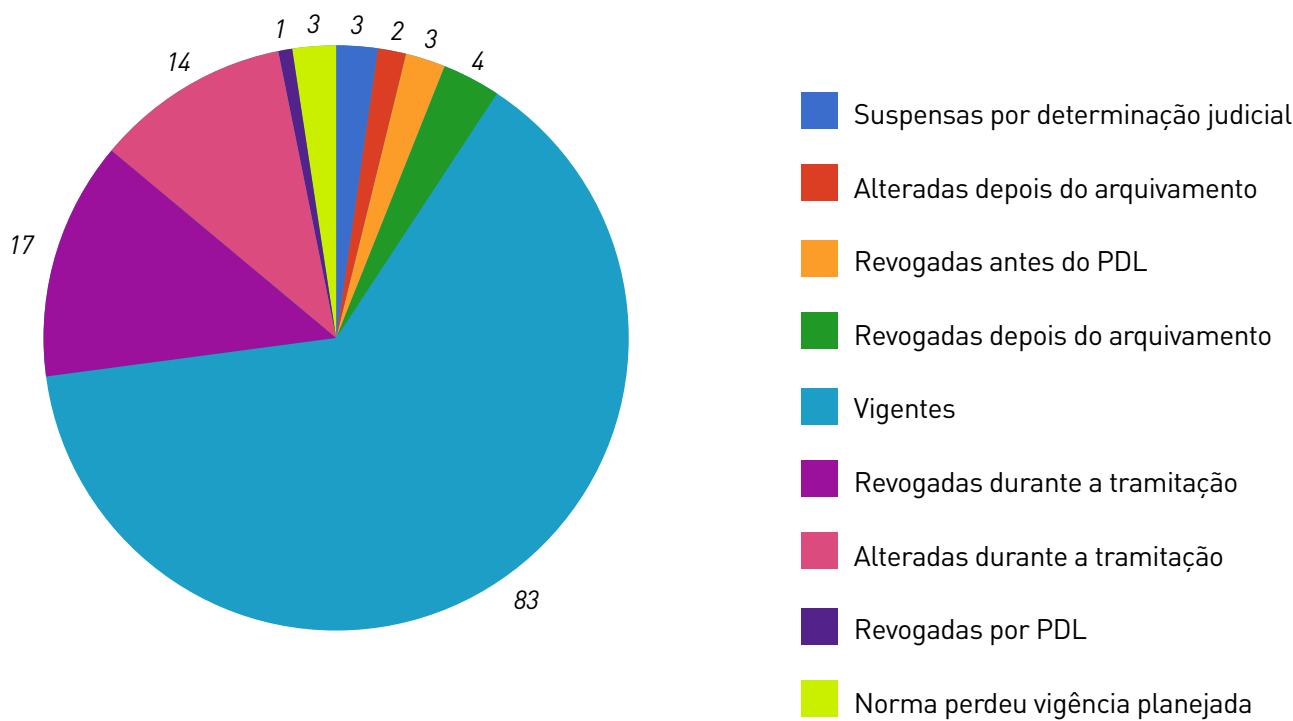
a proposição de um PDL “é um dos componentes que força o Poder Executivo a alterar a norma impugnada” (SOUZA e MENEGUIN, 2020, p. 98), posição com a qual concordamos.

²⁰ Ao analisarem o universo total de PDLs apresentados pelo Congresso Nacional com o objetivo de sustar atos normativos do Poder Executivo, Souza e Meneguín (2020, p. 97) identificaram que, em 67 dos 521 PDLs apresentados, houve alteração do ato normativo impugnado, no prazo de um ano da apresentação das proposições.

os procedimentos são burocráticos e morosos, com o Congresso se mostrando frequentemente inábil para realizar o acompanhamento do *status* da norma da agência.

Além dos dados citados anteriormente, a pesquisa concluiu que, das 130 normas das agências contestadas pelos PDLs, 83 estão vigentes (63,8%), três perderam a vigência de acordo com o planejado pela própria agência (2,3%), três estão suspensas por determinação judicial (2,3%), três foram revogadas antes do início da tramitação do PDL (2,3%), duas foram alteradas depois do arquivamento do PDL (1,5%) e quatro foram revogadas depois do arquivamento do PDL (3,1%).

GRÁFICO 10 – SITUAÇÃO DAS NORMAS ALTERADAS OU REVOGADAS DURANTE E APÓS A TRAMITAÇÃO DO PDL



Fonte: Elaboração própria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o ano 2000, o Congresso Nacional vem propondo PDLs com o objetivo de sustar atos normativos das agências reguladoras, mesmo diante da incerteza da aplicabilidade do art. 49, V, da CRFB a essas entidades.

A sustação do primeiro e único ato normativo de uma agência reguladora em 2014 parece ter estimulado a prática de crescente proposição de PDLs pelo Congresso Nacional a partir de então. Nos últimos cinco anos, o Congresso apresentou 70% de todos os PDLs até hoje propostos em face de atos das agências reguladoras.

Essa prática, no entanto, não se revelou uniforme. Verifica-se que não há consenso, entre os parlamentares, sobre as situações que justificam a aplicação do art. 49, V, da CRFB. Curiosamente, o argumento mais utilizado pelos parlamentares para propor um PDL tem sido o de “inconveniência social da opção normativa”. Esse fundamento, todavia, parece extrapolar as hipóteses de autorização constitucional para a edição de PDLs. Esse dado é ilustrativo da constatação de que o processo de aceitação do modelo das agências reguladoras ainda está em fase de construção. A ideia de deferência às decisões das agências parece ser duramente confrontada quando parlamentares tentam invalidar atos normativos que simplesmente consideram inconvenientes.

Já o argumento menos frequentemente utilizado pelos congressistas é o de que as agências estariam indevidamente inovando no mundo jurídico. Essa justificativa associa-se a uma tradição administrativa de interpretação literal do princípio da legalidade dificilmente compatível com o atual estágio do Estado Regulador brasileiro.

Como visto, os outros três tipos argumentativos – *violação de normas legais ou constitucionais*, *extrapolação do espaço de liberdade conferido pela lei* e *usurpação de competência de outras instituições* (nesse último, referindo-se aos casos em que se alude à usurpação das atribuições do Congresso Nacional) – parecem se encaixar, em alguma medida, nos termos do dispositivo constitucional. Tendo em vista que, na maioria dos casos em que a inconveniência foi invocada, o argumento apareceu associado a um desses fundamentos “jurídicos”, pode-se dizer que os parlamentares se preocupam em tentar moldar a argumentação para a edição de PDLs dentro da moldura constitucional do art. 49, V, da CRFB. Essa afirmação, de outro lado, não desmerece a conclusão anteriormente mencionada sobre a quantidade de vezes em que o argumento da “inconveniência” aparece, na medida em que, tecnicamente, ele não deveria ser jamais invocado, por ausência de previsão constitucional.

A prática por nós verificada de proposição dos PDLs revela também que o controle das ações das agências reguladoras não é prerrogativa apenas dos partidos de oposição. Ao contrário, o número elevado de PDLs apresentados por representantes de partidos da base governista indica pontos de tensão entre partidos da coalizão e Poder Executivo em torno de questões regulatórias sensíveis.

O processo legislativo apresenta uma série de obstáculos para a aprovação de um PDL. Até hoje, a maioria dos PDLs não ultrapassou a segunda fase do processo legislativo, correspondente à discussão da proposição em comissões temáticas. Além disso, o processo legislativo ordinário obstaculiza a tramitação de um PDL. Apenas cinco PDLs até hoje tramitaram na casa revisora, e todos o fizeram em regime de urgência ou prioridade, que dispensa uma série de exigências e etapas do processo legislativo ordinário. Esses dados sugerem que o PDL não parece ser um mecanismo efetivo para o controle de legalidade ou constitucionalidade dos atos das agências reguladoras.

Verificou-se, no entanto, que outra régua pode ser utilizada para medir a efetividade dos PDLs como mecanismos de controle político (lembrando-se, uma vez mais, de que se trata de

desvio da finalidade do instituto, que não ostenta fundamento de controle político). Nessa perspectiva, ainda que sem promulgação, a tramitação de PDLs pode contribuir para pressionar as agências a alterar ou revogar atos normativos impugnados.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem ao pesquisador Victor Rondon Moura, que participou da coleta e da análise dos dados discutidos na sexta seção deste artigo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Busca de legislação da ANS. Disponível em: https://www.ans.gov.br/index.php?option=com_legislacao&view=legislacao. Acesso em: 7 fev. 2023.

AMORIM NETO, Octavio. El presidencialismo moderno en Brasil. In: LANZARO, Jorge (org.). *Presidencialismo y parlamentarismo: América Latina y Europa Meridional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 103-132.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 55, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018.

BANCO de Dados Legislativos do CEBRAP. Acompanhamento da produção legislativa. Disponível em: <https://neci.fflch.usp.br/acompanhamento-da-producao-legislativa>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Conheça a tramitação de projetos de decreto legislativo. 30 out. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/606437-conheca-a-tramitacao-de-projetos-de-decreto-legislativo/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.454, de 23 de junho de 2017*. Autoriza a produção, a comercialização e o consumo, sob prescrição médica, dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol. Brasília,

DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13454.htm. Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo n. 522, de 2011*. Susta os efeitos da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Energia Elétrica, que aprovou o reajuste tarifário para o Estado do Acre. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/529582>. Acesso em: 6 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo n. 765, de 2017*. Susta a aplicação do art. 11 da Resolução n. 400, de 2016, da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac. 2017b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84E45F28344260C9446536E5841726CB.proposicoesWebExterno1?codteor=1600909&filename=Avulso+-PDC+765/2017. Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo n. 1.650, de 2009*. Susta a Resolução – RDC n. 96, de 17 de dezembro de 2008, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BD6AA21E381DDDBCA60E140193884B70.proposicoesWebExterno1?codteor=669662&filename=Avulso+-PDC+1650/2009. Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo n. 1.687, de 2002*. Susta o parágrafo único do art. 70 da Resolução n. 85, de 1998 da ANATEL. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49815>. Acesso em: 6 fev. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Regimento Comum*: Resolução n. 1, de 1970-CN, com alterações posteriores, até 2006, e legislação conexa. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70321/RegCN.pdf?sequence=7>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Aprovado pela Resolução n. 17 de 1989 e alterado até a Resolução n. 30 de 2018. Atualizado até 30.11.2018. 19. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. (Série Legislação; n. 281 e-book). Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18847/regimento_interno_19ed.pdf?sequence=80&isAllowed=y. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970*. Texto editado em conformidade com a Resolução n. 18, de 1989. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Resoluções normativas da Aneel. [S. d.]. Disponível em: <https://biblioteca.aneel.gov.br/Busca/Avancada>. Acesso em: 7 fev. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Mineração (ANM). Resoluções da ANM. [S. d.]. Disponível em: https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/copy_of_legislacao/resolucoes-anm/resolucoes-anm-1. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANT). Resoluções da Anatel. [S. d.]. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). Resoluções da Antaq. [S. d.]. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/instalacoes-portuarias-2/instalacoes-portuarias/registros-de-instalacoes-portuarias/resolucoes/>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Listagem geral dos atos da ANTT. [S. d.]. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=consultarAtosInicial&cod_modulo=161&cod_menu=5408&buscaGeral=true. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Legislação. [S. d.]. Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/legislacao#/>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional do Cinema (Ancine). Resoluções da Diretoria Colegiada. [S. d.]. Disponível em: <https://antigo.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/resolucoes-diretoria-colegiada>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Sistema de legislação da ANP. [S. d.]. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/anp/>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Glossário de Termos Legislativos. [S. d.]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-legislativo>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Pesquisa avançada. [S. d.]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Regime de Tramitação. [S. d.]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/regime-de-tramitacao>. Acesso em: 13 jul. 2021.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ (CRM-PR). Anvisa publica documento sobre substâncias anorexígenas. 18 jul. 2018. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Anvisa-publica-documento-sobre-substancias-anorexigenas-11-49644.shtml>. Acesso em: 18 set. 2020.

DANTAS, Francisco de San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. In: DANTAS, Francisco de San Tiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Comentário ao art. 49, V. In: CANOTILHO, José J. Gomes *et al.* (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao art. 84, IV. In: CANOTILHO, José J. Gomes *et al.* (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

JORDÃO, Eduardo *et al.* A produção legislativa do Congresso Nacional sobre Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, n. 222, abr./jun 2019.

JORDÃO, Eduardo; SCAMILLA, Beatriz. Como o Congresso interpreta seu poder de sustar normas das agências? *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 62-63, jan. 2020.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEGUELLO, Rachel. Dinâmica partidária e a lógica de coalizões. Textos para Discussão CEPAL/IPEA, v. 8, p. 16-30, 2010.

ROMERO, Felipe Lima Araujo. *Bypass institucional de agências reguladoras pelo Poder Legislativo: justificação, delimitação conceitual e premissas para uma interação possível*. IV SEMINÁRIO DE INTEGRAÇÃO FGV DIREITO RIO E FACULDADE DE DIREITO DA UERJ: Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação. Rio de Janeiro, 2019.

SOUZA, Alexis Sales de Paula e; MENEGUIN, Fernando Boarato. O decreto legislativo e o controle da atividade normativa do Poder Executivo. *REGEN – Revista de Gestão, Economia e Negócios*, Brasília, IDP/Egen, v. I, n. I, p. 73-103, 2020.

TÁCITO, Caio. Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar. In: TÁCITO, Caio. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. t. 2.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

JORDÃO, Eduardo Ferreira *et al.* Sustação de normas de agências reguladoras pelo Congresso Nacional: pesquisa empírica sobre a prática do art. 49, V, da CRFB. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2315, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202315>

Eduardo Ferreira Jordão

DOUTOR EM DIREITO PELAS UNIVERSIDADES DE PARIS (SORBONNE) E DE ROMA (SAPIENZA). MESTRE EM DIREITO PELAS UNIVERSIDADES DE LONDRES (LSE) E DE SÃO PAULO (USP). FOI *VISITING RESEARCHER* EM HARVARD, YALE, MIT E EM INSTITUTOS MAX PLANCK. DOCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO (MESTRADO E DOUTORADO) EM DIREITO DA REGULAÇÃO E DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO).

eduardo.jordao@fgv.br

Natasha Schmitt Caccia Salinas

DOUTORA E MESTRE EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP) E *MASTER OF LAWS* (LL.M.) PELA YALE LAW SCHOOL. DOCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO (MESTRADO E DOUTORADO) EM DIREITO DA REGULAÇÃO E DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO).

natasha.salinas@fgv.br

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

DOUTORA E MESTRE EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP). DOCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO (MESTRADO E DOUTORADO) EM DIREITO DA REGULAÇÃO E DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO).

patricia.pinheiro@fgv.br

Beatriz Scamilla Jardim de Moraes Oliveira

GRADUADA EM DIREITO PELA FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (FND/UFRJ). PESQUISADORA NO LABORATÓRIO DE ESTUDOS INSTITUCIONAIS (LETACI), VINCULADO AO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFRJ. PÓS-GRADUANDA NA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (EMERJ).

scamillabeatriz@gmail.com

Recebido: 04.11.2020

Aprovado: 09.11.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202316>

1 Universidade Estadual Paulista
"Júlio de Mesquita Filho", Franca,
São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-5291-7580>

2 Universidade Estadual Paulista
"Júlio de Mesquita Filho", Franca,
São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-2591-5894>



A “criminosa” está aqui? A pergunta pela mulher em artigos sobre tráfico de drogas de uma revista de Ciências Criminais brasileira

IS THE “FEMALE OFFENDER” HERE? THE WOMAN QUESTION IN ARTICLES ABOUT DRUG TRAFFICKING IN A BRAZILIAN JOURNAL OF CRIMINAL SCIENCES

Ana Gabriela Mendes Braga¹ e Letícia Cardoso Ferreira²

Resumo

Este artigo tem como objetivo mapear e discutir as representações construídas em torno da “criminosa” em um periódico das Ciências Criminais brasileiras, bem como demarcar ausências dessa categoria, a partir de um método jurídico feminista. Para tanto, utilizamos a análise documental, recortando uma amostra composta de artigos da *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)* publicados nos últimos vinte anos com a temática do comércio ilícito de entorpecentes. O material foi lido sob a ótica da técnica de análise de conteúdo, direcionada pela proposta de Katharine Bartlett em *Feminist Legal Methods*. Ao final, no contexto de crescente aumento da criminalização da mulher e do interesse pelo tema, concluímos que, apesar de a categoria “criminosa” estar presente em grande parte da amostra, ela foi mobilizada mais de forma descritiva – para a composição de um cenário – do que como categoria analítica, a partir da reflexividade sobre gênero e crime.

Palavras-chave

Criminosa; criminalidade feminina; Ciências Criminais; tráfico de drogas; método legal feminista.

Abstract

This work aims to map and discuss the representations constructed around the “female offender” in a Brazilian Criminal Sciences journal, as well as to demarcate absences of this category, using a feminist legal method. For this, we used the documentary analysis, cutting a sample composed of articles from the Brazilian Journal of Criminal Sciences published in the last twenty years with the theme of the illicit trade in narcotics. The material was read through the content analysis technique, directed by Katharine Bartlett’s proposal in *Feminist Legal Methods*. In the end, in the context of a growing increase on women’s criminalization and in the interest on this theme, we conclude that, although the “female offender” category is present in most of the sample, it was mobilized more descriptively – for the composition of a scenario – than as an analytical category, by the reflexivity on gender and crime.

Keywords

Female offender; female criminality; Criminal Sciences; drug trafficking; feminist legal method.

INTRODUÇÃO

As duas últimas décadas foram marcadas por um aumento exponencial do encarceramento feminino no Brasil, impulsionado pela criminalização das mulheres pela prática do comércio ilegal de drogas. Nesse período, aumentaram também as produções em torno da mulher encarcerada.¹ Se os estudos prisionais com abordagens de gênero são mais recentes, o estudo referente à mulher “criminosa”² tem raízes antigas, uma vez que já estava presente nos trabalhos positivistas do século XIX.

Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero publicaram, em 1893, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, em que enunciam a dupla excepcionalidade da mulher delinquente: como criminosa, ela é excepcional em relação à sociedade não criminosa, e, como mulher, é excepcional diante do número total de criminosos. Nessa perspectiva teórica, as marcas da degeneração feminina (que levariam a mulher ao desvio, ao crime ou à prostituição) aparecem diretamente relacionadas à construção do gênero mulher (LOMBROSO e FERRERO, 2017, p. 433).

No Brasil, os estudos criminológicos positivistas de Nina Rodrigues sobre a mulher desviante têm a raça como um fator central de diferenciação entre as “criminosas” e a mulher “civilizada”, “a partir de uma contraposição da moralização de mulheres brancas e negras/mestiças e indígenas” (FRANKLIN, 2017, p. 139). Nesse sentido, a representação da “criminosa” é formada com base na figura das mulheres negras “infanticidas, prostitutas, amorais, aborteiras” (FRANKLIN, 2017, p. 140).

Atualmente, a infiltração do paradigma de gênero e a consolidação de uma “Criminologia feminista” (CAMPOS, 2020; MENDES, 2017) abrem espaço para trabalhos que destacam a importância da inserção do gênero, além de outros marcadores sociais da diferença, como categorias de análise das Ciências Criminais. Elas também compartilham da crítica às visões biologizantes e essencialistas do feminino como explicação para a criminalização ou a vitimização de mulheres.

Pesquisas recentes (PRANDO, 2012; FRANKLIN, 2017; GINDRI, 2018) demonstram a importância de analisar os discursos e as representações construídos pelas Ciências Criminais,

...

- 1 Júlia Ferro Bucher-Maluschke, Jonas Silva e Isabela Brito de Souza (2019) realizaram uma revisão dos estudos de mestrados e doutorados sobre o cárcere feminino entre os anos 2006 e 2016, observando a presença destes especialmente no campo da Psicologia, das Ciências Sociais e do Serviço Social. Já Alessandra Teixeira e Hilem Oliveira (2017) apresentaram o estado da arte das pesquisas sobre encarceramento feminino e maternidade, que indicou uma consistente produção nos últimos vinte anos no Brasil.
- 2 Utilizamos aspas para nos referirmos à “criminosa” como forma de estranhar essa etiqueta atribuída à mulher autora de delitos, empregada em diversas instâncias de poder no Direito – policial, judiciária, penitenciária, intelectual – e que, como explica Ana Gabriela Braga (2015, p. 529), passa a compor parte importante da subjetividade das mulheres que enfrentam a legislação penal, sobrepondo-se a outros papéis sociais que formam sua identidade.

a fim de entender o lugar ocupado por pesquisadores e pesquisadoras no campo, sua relação com o objeto ou sujeito de estudos e o quanto avançamos (ou não) no tratamento de determinados temas.

Camila Prando (2012) utiliza como fonte de pesquisa as publicações da *Revista de Direito Penal* entre os anos 1933 e 1940 para entender a formação desse conhecimento no Brasil dos anos 1930 e as discussões que desembocaram no Código Penal de 1940. Eduarda Gindri (2018) também explora um periódico da área, a revista *Discursos Sediciosos*, e suas publicações entre 1996 e 2016, e indaga sobre padrões de raça e gênero implícitos nas disputas do campo. Naila Franklin (2017) tem como fonte de pesquisa cinco obras de Nina Rodrigues, publicadas entre 1894 e 1933, e as utiliza para compreender como esse autor construiu discursos de controle social racializadores em relação às mulheres.

Neste artigo, objetivamos mapear e discutir as representações construídas em torno da “criminosa”, bem como pensar o lugar dessa categoria, a partir de um método jurídico feminista. Buscamos contribuir para a sedimentação dos estudos de gênero no Direito ao pensar as elaborações acerca da autoria feminina em um espaço de produção e divulgação científica, relacionando-as com as construções, expressas ou implícitas, dos marcadores sociais da diferença em torno da figura da “criminosa”. Para tanto, utilizamos a técnica de análise documental e, como fonte de pesquisa, um relevante periódico da área no país, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*.

Estabelecemos dois critérios para constituição da amostra: temporal e temático, relacionados entre si na medida em que nos interessa pensar a produção sobre gênero e criminalização em diálogo com o aumento do encarceramento feminino nas últimas décadas, impulsionado pela guerra às drogas. Seleccionamos, então, artigos publicados entre os anos 2000 e 2019 que tivessem o tráfico de drogas como tema. Esse *corpus* empírico foi lido sob a ótica da técnica de análise de conteúdo, direcionada pelo método feminista da autora estadunidense Katharine Bartlett (1990), sistematizado por ela em *Feminist Legal Methods*.

Este artigo está dividido em quatro seções. Na primeira, apresentamos um panorama das interações entre feminismos, Direito e Ciências Criminais, e destacamos os obstáculos enfrentados pelas pesquisadoras para conciliar seus trabalhos na agenda dos dois últimos campos. Na segunda, discutimos as questões metodológicas em torno da pesquisa que dá origem a este artigo, e apresentamos o método de Bartlett e como ele é transportado para a pesquisa.

Na terceira e na quarta seções, descrevemos alguns dos resultados alcançados com a investigação. Partindo da “pergunta pela mulher”, primeiro eixo do método legal feminista de Bartlett, observamos que os questionamentos nele contidos poderiam ser respondidos em dois sentidos. Assim, primeiro, analisamos a influência da linguagem para a construção de representações simplistas e figurativas da “criminosa”, bem como as lacunas nas reflexões em torno da autoria feminina, quando comparadas à figura do “criminoso”. Já em um segundo plano, observamos como a “criminosa” aparece (ou não) no *corpus* empírico, a partir tanto

de uma análise quantitativa, da ocorrência das palavras “mulher” e “mulheres” nos textos, quanto da observação dos limites das discussões tratadas nos artigos.

Por último, mas não menos importante do ponto de vista de uma escrita feminista, cabe justificar a escolha pela linguagem em relação à classificação de gênero dos substantivos e das pessoas no decorrer deste texto. Scott (1995, p. 72) faz referência à gramática como um mecanismo para os feminismos, uma forma de distinção que é “ao mesmo tempo explícita e plena de possibilidades não examinadas. Explícita porque o uso gramatical envolve regras formais que resultam da atribuição do masculino e/ou do feminino”, ao mesmo tempo que permite a criação de linguagens “sem sexo” ou “neutras”.

Nesse sentido, ainda em uma linguagem binária (que classifica as palavras e as pessoas como masculinas ou femininas, sem o uso de neologismos de uma linguagem neutra), adotamos a duplicidade de gênero como forma de flexioná-la, buscando escapar do “masculino universal”, que é a regra, e dos apagamentos que ele pode proporcionar.

1. O DIREITO E AS CIÊNCIAS CRIMINAIS TÊM GÊNERO? FEMINISMOS E O CAMPO JURÍDICO-CRIMINAL

Na história do movimento feminista, o interesse pelo Direito foi uma constante. Atualmente, os estudos feministas sobre o Direito – e no Direito – estão difundidos globalmente, seja pela inserção do pensamento feminista na formação jurídica, seja pela produção teórica das feministas às margens do Direito e em outras áreas do conhecimento, e pelo ativismo jurídico feminista (SILVA, 2019, p. 128).

Desenvolveram-se nos Estados Unidos os primeiros estudos feministas na chave “Gênero e Direito” – lá denominados *Feminist Jurisprudence* ou *Feminist Legal Studies* (LERUSSI e COSTA, 2017, p. 1; SEVERI, 2017, p. 46). Autoras como Catherine Mackinnon, Katharine Bartlett, Carole Pateman, Angela Harris e Kimberlé Crenshaw são consideradas algumas das precursoras da crítica feminista ao Direito elaborada a partir da década de 1980 (RAMOS, 2020). Entre suas principais pautas estavam a denúncia de seu caráter androcêntrico, a desvalorização das mulheres no campo, a importância da interdisciplinaridade e a aproximação entre a teoria jurídica e a prática militante nas discussões sobre justiça (SEVERI, 2017, p. 47).

Na América Latina, a entrada das feministas no campo jurídico vinculou-se às lutas pela promoção de direitos humanos com enfoque de gênero, por meio de mudanças legislativas que pudessem alterar aspectos variados de suas vidas – social, familiar, de trabalho, sexual, etc. (LERUSSI e COSTA, 2017, p. 2). Ao mesmo tempo que os debates acadêmicos latino-americanos, a partir da década de 1990, sofreram influência dos trabalhos estadunidenses (LERUSSI e COSTA, 2017, p. 5), as teorias desenvolvidas aqui não incorporaram acriticamente as produções dos países centrais.

Os estudos feministas em geral assumem uma postura de desconfiança e crítica em relação ao Direito, e transitam entre “a denúncia, a reformulação, a desconstrução e o uso estratégico

do saber/fazer jurídico” (SILVA, 2019, p. 131). Ao questionar se “o Direito tem gênero”,³ Carol Smart (2020) entende que ele não apenas reproduz desigualdades estruturais e desqualifica os discursos feministas, mas também é produtor de discursos e padrões identitários marcados pelo gênero e outros marcadores sociais da diferença. É, portanto, “gendrado”.⁴ Essa é uma constatação importante, uma vez que contribui para a desconstrução da ideia de um Direito neutro, objetivo e imparcial, sempre capaz de dar respostas corretas (SEVERI, 2017, p. 72).

A partir do reconhecimento nada ingênuo do “poder do Direito”, depreende-se uma visão estratégica para o feminismo jurídico: pensar o Direito não só como uma ferramenta de luta, mas principalmente como um lugar a ser disputado (SMART, 2020, p. 1420). Em uma analogia a Audre Lorde (2019, p. 137), ainda que as ferramentas do mestre não derrubem a casa-grande, cabe o reconhecimento de que o Direito é uma arena de poder, na qual se produzem gênero e outras hierarquias sociais e raciais. Parte da aposta do projeto jurídico-feminista é ocupar a “casa-grande” para construir as próprias ferramentas.

Uma das manifestações da ideia de que o Direito é “gendrado”, discutida por Smart e outras autoras (COSTA, 2014; CAMPOS, 2020), é a produção de uma identidade fixa para a categoria mulher, a partir de sistemas classificatórios calcados no gênero e na sexualidade. Smart diferencia as construções discursivas do Direito sobre a “Mulher”, tomada em oposição ao “Homem”, daquelas criadas em torno de “um *tipo* de Mulher”, que pode compreender a criminosa, a prostituta, a solteira, a infanticida, etc. (SMART, 2020, p. 1431, grifo da autora).⁵

Nessa construção dupla, mas simbiótica, os discursos jurídicos tomam um tipo específico de mulher a ser comparado com outros tipos, diferenciando-os positiva ou negativamente, tal como a tipologia elaborada por Lombroso e Ferrero (2017) em torno da “mulher normal”, “mulher delinquente” e “prostituta”. Entretanto, como pano de fundo comum está sua oposição em relação ao “homem”: “dessa maneira, ela pode ser uma mulher desviante por conta da

...

- 3 Em “A mulher do discurso jurídico”, Carol Smart (2020, p. 1421) realiza um “mapeamento da teoria feminista sociojurídica”, a fim de discutir como o Direito é gendrado. Para tanto, ela divide a teoria em três estágios de interpretação do tema: “[...] o direito é sexista”, “o direito é masculino” e “o direito é gendrado” (SMART, 2020, p. 1422).
- 4 O uso do termo “gendrado” segue o sentido utilizado pelas tradutoras do texto “The Woman of Legal Discourse”, publicado em 2020 pela *Revista Direito e Práxis*. Nessa publicação, as autoras utilizam a expressão como tradução possível para o termo “gendered” (a forma nominal de “gender”).
- 5 Mantemos o uso das expressões “Mulher”, “Homem” e “tipo de Mulher” com maiúsculas, da forma como apresentado no texto de Smart. Entendemos que o uso desse recurso possibilita que se evidencie a categoria que se inscreve a partir desses substantivos.

distância que a separa das outras mulheres, mas, simultaneamente, ela celebra a diferença natural entre Mulher e Homem” (SMART, 2020, p. 1431).

No mesmo sentido, Malena Costa (2014), em diálogo com Alberto Bovino, elabora a noção de “mulher normativa” como uma abstração homogeneizada de um coletivo que é complexo, garantindo a proteção do Direito, pela lei, a uma figura que não corresponde às experiências e necessidades da realidade da maioria das mulheres. Cria-se, assim, uma ideia de proteção e abrangência jurídica que é falsa (COSTA, 2014, p. 28).

Tais construções de gênero no âmbito jurídico requerem a assunção de uma posição dupla dos feminismos: ao mesmo tempo que é necessário negar tais posições deterministas e padronizadas da “mulher”, não se pode ignorar as constantes conformações produzidas pelos discursos de poder (CAMPOS, 2020, p. 280), devendo-se pensar nas estratégias pelas quais “a Mulher e as mulheres são trazidas à existência” (SMART, 2020, p. 1430) pelo Direito.

As figuras da “criminosa” e da “vítima” como “tipos de mulher” das Ciências Criminais também são “gendradas”. Priscilla Placha Sá (2016), ao perguntar se “as Ciências Penais têm sexo”, responde positivamente, caracterizando-as como “a mais masculina do ‘mundo do Direito’”.⁶ Essa identificação, segundo ela, dá-se pela presença masculina – e pela ausência da feminina – nos espaços de produção de conhecimento no campo e pelo que é gerado a partir dessa produção. No mesmo caminho, outras pesquisas têm demonstrado a ausência da mulher como tema, do gênero como categoria e a presença do masculino como formador de discursos (ANDRADE, 2012; DINIZ, 2015; MENDES, 2020; CAMPOS, 2020). Tendo em conta esse cenário, as feministas buscam inserir-se no campo das Ciências Criminais.

A entrada do pensamento feminista na Criminologia se destaca com o desenvolvimento da ideia de uma “Criminologia feminista” como proposta alternativa, “documentando a repetida omissão, a falsa representação das meninas, adolescentes e mulheres na pesquisa criminológica e examinando os crimes por elas cometidos para corrigir as tradicionais metodologias masculinas” (CAMPOS, 2020, p. 219).

Analizando a Criminologia no Brasil, Carmen Hein de Campos (2020, p. 260) critica a visão de autores que entendem a Criminologia feminista (ou o paradigma de gênero) como dependente dos paradigmas do que se convencionou nomear Criminologia Crítica por aqui.⁷

...

⁶ A partir da leitura do texto de Sá (2016), em conjunto com as discussões trazidas por Smart (2020) no texto “A mulher do discurso jurídico”, entendemos que suas reflexões estão mais atreladas à segunda abordagem descrita por Smart, de que o Direito é “masculino”, uma vez que mantém posições binárias entre o masculino e o feminino. Apesar disso, a exposição da autora é ilustrativa do cenário das Ciências Criminais, especialmente do ponto de vista da dogmática penal.

⁷ No Norte global, a denominação “crítica” como qualitativo de correntes criminológicas não está historicamente atrelada à tradição materialista histórica como no Brasil; funciona como “an umbrella term for a

Isso porque, desde essa concepção, nega-se a cientificidade das teorias que se desenvolvem de forma independente, bem como se dificulta a possibilidade de crítica também a essa corrente criminológica.

Além de ter gênero, o campo acadêmico brasileiro também é racializado. Thula Pires (2017) analisa o pacto narcísico em torno das narrativas da Criminologia brasileira e nos provoca a repensar seus impactos na produção de conhecimento criminológico no país. Ao afirmar que “não basta dizer que há seletividade racial e de gênero no modo de atuação dos órgãos de justiça criminal” (PIRES, 2017, p. 542), a autora denuncia a insuficiência das narrativas criminológicas que não ultrapassam as abordagens do negro e da negra como “tema” e dos estereótipos criados a partir delas (PIRES, 2017, p. 548).

Já no Direito Penal, observa-se a influência do positivismo jurídico,⁸ em que a legalidade opera como fundamento máximo de legitimidade científica, por meio do desenvolvimento de técnicas e pressupostos para sua aplicação, e exclui de seu âmbito aquilo que se afasta de um estudo dogmático (CACICEDO, 2019, p. 18). A dogmática penal, ao (re)produzir conceitos e institutos universalizantes, como é o caso do ideário de gênero constituído nas categorias “homem médio”, “cidadão de bem” e “mulher honesta”, reveste o discurso jurídico de qualidades como neutralidade e isonomia, invisibilizando as estruturas que produzem e são produzidas por tais conceitos, institutos e sujeitos.

Nos estudos sobre a criminalização de mulheres, tais problemas influenciam no desinteresse daqueles que produzem Ciência Criminal em tratar da criminalidade feminina ou pesquisar a partir de questões de gênero (BARCINSK, 2009, p. 1844). E mesmo algumas das produções que se propõem a abordar o tema ainda se limitam a análises rasas, marcadas por caracterizações estereotipadas, pautadas em uma suposta natureza feminina e que reforçam lugares de pouca autonomia.

...

variety of criminological theories and perspectives that challenge core assumptions of mainstream (or conventional) criminology in some substantial way and provide alternative approaches to understanding crime and its control” (FRIEDRICHS, 2009, p. 210).

- 8 Importante diferenciar as correntes denominadas positivistas dentro da Criminologia, como é o caso das produções de Lombroso e Ferrero, citadas na introdução, e do positivismo jurídico desenvolvido na dogmática penal. O primeiro é identificado por Rosa del Olmo como um precursor dos estudos criminológicos. Tinha como objeto o “homem delinquente” e significou uma virada em favor do determinismo, com a atenção focada no pessoal e psicológico (OLMO, 2004, p. 38-39). Já o positivismo na dogmática pode ser descrito como “uma concepção do trabalho do jurista segundo a qual o que se diz do direito deve corresponder [...] ao que dizem as normas ditadas pelo legislador” (MENDES, 2020, p. 75). Identifica-se, portanto, com a manifestação máxima do princípio da legalidade, em que os enunciados da dogmática só poderiam ser aceitos se atrelados a expressões “juridicamente verdadeiras”, lastreadas na norma e exteriorizadas por meio de locuções como “segundo a lei [...]” (MENDES, 2020, p. 75).

Nas últimas décadas, a aproximação entre a Ciência Criminal e os estudos feministas fez crescer o interesse por abordagens de gênero e por trabalhos sobre mulheres em relação ao sistema de justiça. Esta pesquisa é uma tentativa de entender essas interlocuções, perguntando pela “mulher criminosa” nas Ciências Criminais, e busca provocar questionamentos de ordem epistemológica e política acerca da constituição do saber criminológico na atualidade.

2. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

A pesquisa que dá origem a este artigo tem como objetivo mapear e analisar as representações construídas pelas Ciências Criminais sobre a “criminosa” nos últimos vinte anos – 2000 a 2019 – no Brasil, focando na mulher criminalizada pela prática do comércio ilícito de entorpecentes, que constitui maioria absoluta das mulheres encarceradas no país.

Partindo do pressuposto de Scott (1995, p. 71) de que “as palavras, como as ideias e as coisas que elas pretendem significar, têm uma história”, realizamos análise documental de artigos de relevante periódico nacional da área criminal que tratavam do delito de tráfico de drogas, em busca da nomeação “criminosa”. O *corpus* empírico foi lido a partir da técnica de análise de conteúdo em conjunto com a proposta de metodologia feminista da autora estadunidense Katharine Bartlett, resultando no que denominamos uma “análise de conteúdo direcionada”.

A organização metodológica e a aplicação dessas técnicas de investigação trouxeram desafios especiais ao trabalho, o que resultou na realização de adaptações a partir da pesquisa exploratória. Em um primeiro momento, buscamos pensar o método de Bartlett na análise de textos dogmáticos (publicados no formato do que chamamos de “manuais”). Entretanto, enfrentamos as barreiras de uma dogmática penal que trabalha com sujeitos universais e não situados. A pergunta pela mulher resultou infrutífera nesse campo, na medida em que tivemos dificuldade de avançar muito além da constatação da sua ausência em uma construção discursiva abstrata, que tem o homem e o plural masculino como padrão.

Apesar da importância desse tipo de produção na formação de estudantes e juristas no país – uma vez que é bibliografia central dos cursos de graduação em Direito, assim como dos concursos para carreiras jurídicas –, sua proposta generalista, de descrição e interpretação das normas, não contempla as representações da criminosa. Porém, mais do que uma falha, a falta de reflexividade caracteriza esse saber jurídico tradicional, no encobrimento de posicionalidades e descorporificação de quem fala e dos sujeitos de quem se fala.

Diante dessa dificuldade, posicionamo-nos em um “entrecaminho” da dogmática e das desconstruções propostas pela crítica feminista⁹ ao selecionar como material de pesquisa

...

⁹ A sistematização de métodos legais feministas parte de concepções críticas feministas, às ciências e ao Direito, que questionam lugares de universalidade e imparcialidade, em favor da posicionalidade (BARTLETT,

trabalhos reunidos em uma produção científica na área das Ciências Criminais no país. A *RBCCrim* se situa como fonte enunciadora de um discurso acadêmico-jurídico que não está restrito ao Direito, ao mesmo tempo que é nessa área específica das Ciências Sociais que o nominativo Ciências Criminais encontra ressonância.¹⁰ A revista busca dialogar com os dois campos, sendo tanto referência para os “operadores do Direito” quanto fonte de estudos (e outras publicações) nas pesquisas de Ciências Criminais.¹¹

Além disso, o periódico atendia aos objetivos de pesquisa por três motivos: por se enquadrar no lapso temporal que buscávamos (foi criada em 1992 e se mantém ativa até os dias de hoje); por ser um periódico temático das Ciências Criminais; e por reunir e representar o que seriam as produções de ponta na área no país, uma vez que está classificada no mais alto estrato da Capes (Qualis A1).

Outra adaptação metodológica realizada no percurso da pesquisa foi o estranhamento e a reelaboração da metodologia de Bartlett. Em *Feminist Legal Methods*, a autora busca sistematizar as críticas das epistemologias feministas e utilizá-las como alternativa aos métodos tradicionais de se pensar o Direito. Um método legal feminista parte da crítica de que as regras vigentes representam excessivamente as estruturas de poder existentes e, assim, valorizam a flexibilidade e a habilidade de identificar “pontos de vista ausentes” (BARTLETT, 1990, p. 832).

São três os eixos metodológicos apresentados pela autora. No primeiro, denominado *pergunta pela mulher*, busca-se analisar o Direito como campo não neutro, que perpetua comportamentos sociais que relegam à mulher um lugar de subordinação. Para tanto, ela apresenta algumas perguntas que podem ser “feitas ao texto” em análise, entre as quais: “As mulheres

...

1990) e de uma racionalidade e objetividade feministas (HARAWAY, 1995), que concebem apenas conhecimentos situados, que levam em consideração as interações entre sujeito e “objeto” de estudos. No Direito, Bartlett direciona seu método para evidenciar possíveis vieses de seus operadores e operadoras e para o questionamento das “verdades” produzidas pelo discurso jurídico.

10 Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 96-97) classifica como Ciência Penal um modelo de integração entre as discussões presentes na Criminologia, no Direito Penal dogmático e nas Políticas Criminais. No mesmo sentido, Caíque Galícia (2017, p. 777) entende as Ciências Criminais como gênero que tem como espécies o direito penal, o processo penal e a Criminologia. Já Paula Alves (2016, p. 79), ao discutir a posição ocupada pelos criminólogos no meio acadêmico, considera que, apesar de estarem localizados majoritariamente no campo do Direito, é possível que se coloquem também em outros espaços, sendo esta uma questão em aberto no Brasil.

11 No *website* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), a revista é descrita da seguinte forma: “A publicação apresenta pareceres e estudos sobre a dogmática jurídica e sua integração com os diversos campos do conhecimento, como criminologia, política criminal, antropologia, sociologia e psicologia” (disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/11>; acesso em: 24 jan. 2021). Descrição semelhante aparece em suas “diretrizes para autores”.

foram negligenciadas nesse texto? Se foram, de que maneira isso aconteceu?” (BARTLETT, 1990, p. 837).

O segundo, chamado *raciocínio prático feminista*, busca expor as múltiplas perspectivas de um problema e evita generalizações típicas da análise jurídica. Essa forma de pensar não nega a necessidade de certos graus de abstração e generalização no Direito, mas trabalha a partir das experiências das mulheres, especialmente pela necessidade de trazer outras questões relevantes para as análises jurídicas.

A *tomada de consciência*, terceiro eixo metodológico, é vista pela autora como um “meta-método” que “[...] oferece uma subestrutura para outros métodos ao possibilitar que as feministas construam desde suas próprias experiências e de outras mulheres, utilizando-os para desafiar as versões dominantes” (BARTLETT, 1990, p. 866). Ela atua por meio das interações e dos relatos de experiências vividas e da reflexão conjunta sobre elas (BARTLETT, 1990, p. 863-864).

Pensar a aplicação de um método desenvolvido nos Estados Unidos, para análise das produções nacionais das Ciências Criminais exigiu sua “decolonização”, traduzindo-o para a realidade brasileira. Para isso, levamos em consideração aspectos como as peculiaridades de um Direito e Ciências Criminais inscritos na tradição da *civil law*, que têm como foco a lei e não os casos precedentes, afastando a corporalidade e substantividade dos parâmetros de justiça. Também consideramos a necessidade de incorporação de uma visão da teoria feminista decolonial e interseccional e, portanto, analisar questões que vão além da terminologia “mulher” ou “mulheres”, para falar de gênero em confluência com outros marcadores sociais da diferença.

Em relação a esse último aspecto, influenciadas pelas críticas feministas ao uso da categoria “mulher” e suas possibilidades de enquadramento (hooks, 2019; HARRIS, GOMES e CONCEIÇÃO, 2020), buscamos pensar a “pergunta pela mulher” em diálogo com o gênero como categoria analítica, constitutiva das relações sociais e que as significam como relações de poder (SCOTT, 1995, p. 86). Além disso, mobilizamos a categoria mulher de uma perspectiva interseccional (CRENSHAW, 2002), considerando que ela tenha correlação com raça, classe, nacionalidade, entre outros marcadores sociais da diferença. Partimos da concepção de que dialogar com o gênero na escrita feminista permite que evidenciemos os materiais e sujeitos estudados sem cair nos mesmos problemas das escritas tradicionais, ou seja, as visões unidimensionais, essencialistas e excludentes.

A aplicação do método feminista como técnica de análise de dados foi feita juntamente com a técnica de análise de conteúdo (BARDIN, 1977). Nesse sentido, a pergunta pela mulher e o raciocínio prático feminista¹² foram utilizados como ferramentas interpretativas, que direcionaram a análise do material, bem como a formação de categorias.

...

12 Apesar de a autora trazer três eixos em seu método, a interpretação feita de seu texto, bem como as primeiras leituras do material seguindo o método legal feminista, demonstraram que o terceiro deles, a

A seleção dos artigos publicados na *RBCCrim* para composição do *corpus* empírico da presente análise foi feita a partir do uso dos termos de busca “tráfico de drogas” e “tráfico” aplicados no campo de busca *on-line* da revista. Assim, não objetivamos selecionar apenas as produções que abordassem a criminalidade feminina, mas todas aquelas que tivessem o comércio ilícito de entorpecentes como pano de fundo.

Já o recorte temporal da amostra abrangeu artigos publicados entre os anos 2000 e 2019, mapeando duas décadas de produção sobre o tema. O marco inicial se justifica pois é concomitante ao *boom* do encarceramento feminino no país, com taxas de aumento que ultrapassaram os 500% (BRASIL, 2018). Os termos de busca abrangeram os títulos, as palavras-chave, o sumário e o resumo dos artigos coletados.¹³ Como resultado, obtivemos um total de quinze edições da revista que traziam artigos referentes à temática, nas quais encontramos, após as examinar individualmente, 25 textos que tratavam do tráfico de drogas. Estes foram organizados numericamente (de 1 a 25) para análise. Após a leitura deles, selecionamos 19 que foram considerados centrais para as investigações.¹⁴

A análise dos textos foi feita a partir da leitura individual de cada artigo da amostra com o auxílio de uma “ficha de leitura” criada por nós. Nela, ressaltamos aspectos que consideramos importantes para a busca de nossas respostas, bem como para entender o contexto em que as representações da “criminosa” se davam (ou não).¹⁵ Em um segundo momento, utilizamos o *software* *Nvivo*, a fim de organizar as categorias e explorar visualmente os resultados.

...

tomada de consciência, não se alinha às fases iniciais da pesquisa, de leitura dos documentos, categorização das unidades de análise e apresentação dos resultados. Como metamétodo, que busca a articulação dos demais eixos, a tomada de consciência tem papel estrutural. Assim, não foi traduzido em perguntas e utilizado diretamente nas análises, mas aparece como eixo que viabiliza o diálogo entre a amostra e a literatura feminista mobilizada, localizando os artigos temporal e historicamente, bem como permitindo sua desconstrução por meio dos demais métodos.

- 13 Em edições mais antigas da revista, os resultados se restringiam aos títulos dos artigos, o que, consequentemente, reduz a possibilidade de encontrar textos com as palavras buscadas.
- 14 Os outros seis artigos não compõem essa fase de análise, pois trazem o tráfico de drogas apenas de passagem, povoando o universo mais amplo da “questão das drogas” com discussões sobre o consumo de drogas, o crime de associação para o tráfico e a formação de milícias. Ademais, um dos artigos trata do tráfico de drogas no contexto italiano.
- 15 A ficha contém os seguintes indicadores: a) “autor(a)” – com definição de gênero, raça, região de atuação, área de atuação e profissão, obtida pela busca nos currículos lattes e pelas descrições contidas nos textos; b) “palavras-chave” definidas no texto; c) “conceitos-chave” – pequenas expressões ou palavras destacadas pelas pesquisadoras a partir da leitura dos artigos, escolhidas pelos critérios de afinidade com as perguntas de Bartlett; relevância no contexto do artigo (por resumirem ideias ou aparecerem com frequência); frequência na literatura sobre o tema; d) “linguagem” – forma como autor(a) posiciona os sujeitos da análise (uso do masculino universal, emprego de flexões de gênero, etc.); e) “materiais e métodos”

Selecionamos como unidade de análise adequada para a investigação palavras ou pequenas expressões presentes nos textos, que foram posteriormente categorizadas de forma a responder às questões referentes à “pergunta pela mulher” e ao “raciocínio prático feminista”. Além da categorização e da produção de inferências a partir das unidades de registro coletadas, também emprestamos da análise de conteúdo a observação de questões atinentes aos recursos linguísticos utilizados no texto.

A investigação aqui apresentada é pautada tanto em uma exploração quantitativa do uso das palavras “mulher” e “mulheres”, “criminosa” e “criminoso”, nos dezenove textos analisados, quanto em uma análise qualitativa desses artigos. Entretanto, dada a impossibilidade de abordar explicitamente todos os dezenove textos no espaço deste artigo, selecionamos os que consideramos mais significativos para as discussões que propomos. Para fins de organização, eles foram divididos tematicamente entre aqueles que tinham como objetivo tratar da criminalização de mulheres (ou utilizavam o recorte de gênero como um elemento central) e aqueles que não utilizavam esses recortes, por abordarem outros temas relacionados ao tráfico, conforme os Quadros 1 e 2.

QUADRO 1 – ARTIGOS QUE NÃO OBJETIVAM DISCUTIR A CRIMINALIZAÇÃO DE MULHERES

NÚMERO	TÍTULO	TEMA	AUTORAS(ES)
1	“TESTEMUNHO POLICIAL COMO PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS NARRATIVAS POLICIAIS NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS”	PARTE DE PESQUISA BIBLIOGRÁFICA E DOCUMENTAL PARA ANALISAR AS NARRATIVAS POLICIAIS COMO PROVA NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS.	BRUNO SILVEIRA RIGON E MARIA GORETE MARQUES DE JESUS
2	“EL EXAMEN DE RACIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL BRASILEÑA: UN ANÁLISIS DE LA LEY N. 11.343/06”	ANALISA OS PROBLEMAS DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA PENAL NO BRASIL, USANDO COMO REFERENCIAL A OBRA DE DIEZ RIPOLLÉS.	CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

(continua)

...

– objetivos, metodologia empregada na pesquisa e referenciais teóricos, quando explicitados; f) “eixos de Bartlett” – interpretação dos textos a partir da pergunta pela mulher/gênero raciocínio prático, buscando tecer considerações críticas a respeito da localização do sujeito considerado criminoso nesses textos, quando ela existe.

3	“RACIONALIDADE LEGISLATIVA E TRÁFICO DE DROGAS”	REALIZA UM “TESTE DE RACIONALIDADE” DO TIPO PENAL DE TRÁFICO, USANDO A OBRA DE DIEZ RIPOLLÉS COMO REFERENCIAL.	THIAGO BALDINI GOMES DE FILIPPO
5	“PRISÕES CAUTELARES E TRÁFICO DE DROGAS: UM ESTUDO A PARTIR DE PROCESSOS JUDICIAIS NAS VARAS DE TÓXICOS EM SALVADOR”	CONDUZ PESQUISA EMPÍRICA QUANTITATIVA, BASEADA EM DECISÕES JUDICIAIS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NAS VARAS DE TÓXICOS DE SALVADOR.	ANA LUÍSA LEÃO DE AQUINO BARRETO
14	“DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA DE DROGAS EM SÃO PAULO E PORTUGAL: UM ESTUDO COMPARATIVO DE SENTENCING”	ANALISA SITUAÇÕES DE CONSUMO E TRÁFICO DE DROGAS ALVO DE AÇÃO PENAL E COMO SÃO TRATADAS PELO SISTEMA DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E DE PORTUGAL.	JORGE ALBINO QUINTAS DE OLIVEIRA E JOÃO DIEGO ROCHA FIRMINO
16	“VOLUNTARISMO JUDICIAL: A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES POR TRÁFICO DE DROGAS NO TJSP”	ANALISA CRITICAMENTE OS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP) SOBRE INTERNAÇÃO DE JOVENS POR TRÁFICO, EM 2016.	ROBERTO LUIZ CORCIOLI FILHO
18	“O FENÔMENO DA LAVAGEM DE DINHEIRO E O TRÁFICO DE DROGAS NA DEEP WEB: AVANÇO DA CRIMINALIDADE VIRTUAL”	ANALISA AS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DO USO DA DEEP WEB NO QUE TANGE AO TRÁFICO E À LAVAGEM DE DINHEIRO.	FABIANO EMÍDIO DE LUCENA MARTINS
19	“O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO ENTRE OPINIÕES E PRINCÍPIOS: UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA À JURISPRUDÊNCIA PENAL PAULISTA”	ESTUDA, COM ENFOQUE FENOMENOLÓGICO-HERMENÊUTICO, A ATUAÇÃO DO TJSP EM CASOS DE TRÁFICO DE DROGAS.	GUILHERME GONÇALVES ALCÂNTARA
23	“TRÁFICO DE DROGAS E O CONCEITO DE CONTROLE SOCIAL: REFLEXÕES ENTRE A SOLIDARIEDADE E A VIOLÊNCIA”	TRATA DE UMA REVISÃO DA IDEIA DE CONTROLE SOCIAL A PARTIR DA PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS.	ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
24	“O (IN)VISÍVEL TRÁFICO DE DROGAS: UM ESTUDO DE SOCIOLOGIA DAS PRÁTICAS JURÍDICAS”	ANALISA PROCESSOS JUDICIAIS DO TJSP, QUALITATIVAMENTE, A FIM DE ENTENDER O TRÁFICO NA PRÁTICA DO DIREITO.	MARIANA RAUPP

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 2 – ARTIGOS QUE OBJETIVAM DISCUTIR A CRIMINALIZAÇÃO DE MULHERES

NÚMERO	TÍTULO	TEMA	AUTORAS(ES)
6	“DO RECATO À REBELDIA: O ESTIGMA DE SER MULHER DIANTE DE UMA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS NA CIDADE DO RECIFE”	REALIZA UMA ANÁLISE EMPÍRICO-QUALITATIVA DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS DE MULHERES POR TRÁFICO EM PERNAMBUCO.	ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL MACHADO E RAFAELA MARIA DE AGUIAR CAVALCANTE
7	“RAÇA, GÊNERO E COLONIALIDADE: CRÍTICAS MARGINAIS PARA A CRIMINOLOGIA FEMINISTA E SUA EPISTEMOLOGIA”	DISCUTE A CONSTRUÇÃO DAS BASES EPISTEMOLÓGICAS DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA DESDE A CRIMINALIZAÇÃO DE MULHERES LATINO-AMERICANAS POR CRIMES DE DROGAS, SENDO UMA INVESTIGAÇÃO TEÓRICA.	BRUNA STEFANI SOARES DE ARAÚJO
8	“ENTRE SENTENÇAS E OCORRÊNCIAS: O PERCURSO E A VIGILÂNCIA DO GÊNERO NA VIDA DAS ADOLESCENTES EM ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO”	REALIZA UMA PESQUISA EMPÍRICA A PARTIR DE DOCUMENTOS DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO DE MENINAS ACUSADAS DE INFRAÇÃO ANÁLOGA AO TRÁFICO NO DISTRITO FEDERAL.	CECÍLIA FROEMMING
9	“SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E PERSPECTIVA DE GÊNERO”	CHAMA A ATENÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO PARA A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO BRASIL DE INCORPORAR A PERSPECTIVA DE GÊNERO EM SUAS POLÍTICAS, NORMAS E DECISÕES.	ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO E CARMEN HEIN DE CAMPOS
10	“MULHERES E DROGAS SOB O CERCO POLICIAL”	FAZ PARTE DE PESQUISA EMPÍRICA DE ANÁLISE DE JULGADOS DE RECIFE, PARA ENTENDER O PERFIL DA MULHER PRESA COM DROGAS NESSE LOCAL.	HELENA ROCHA C. DE CASTRO E MANUELA ABATH VALENÇA
11	“OS OBSTÁCULOS IMPOSTOS ÀS MULHERES NAS VISITAS AOS PRESOS COMO FORMA DE INJUSTIÇA DE GÊNERO NO TRIBUNAL DO DISTRITO FEDERAL”	BUSCA AVALIAR SE AS RESPOSTAS DO JUDICIÁRIO SOBRE VISITAÇÃO ENVOLVEM QUESTÕES DE GÊNERO.	ROGÉRIO BARROS SGANZERLA E MICHAEL FREITAS MOHALLEM

(continua)

12	“ENCARCERAMENTO FEMININO POR TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL: A ESTRATÉGIA NEOLIBERAL DE EXCLUSÃO DAS MULHERES À MARGEM DO SISTEMA CAPITALISTA”	BUSCA IDENTIFICAR A ORIGEM DO AUMENTO NO ENCARCERAMENTO FEMININO POR TRÁFICO E COMO REVERTÊ-LO.	PRISCYLLA KETHELLEN VIANA E FRANCIELE SILVA CARDOSO
13	“A INTERNALIZAÇÃO DAS REGRAS DE BANGKOK E SEUS EFEITOS NA EXECUÇÃO DA PENA POR MULHERES NO BRASIL: LIMITES E DESAFIOS NO CONTEXTO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA”	ANALISA TEORICAMENTE OS EFEITOS DAS REGRAS DE BANGKOK NO BRASIL.	LUCIANA COSTA FERNANDES E MARIANA PAGANOTE DORNELLAS
22	“MULHERES E TRÁFICO DE DROGAS: UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO”	FAZ ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DO APRISIONAMENTO FEMININO NO BRASIL.	MARIA PALMA WOLFF

Fonte: Elaboração própria.

As duas seções que seguem são as respostas que obtivemos a partir da “pergunta pela mulher”.¹⁶ Damos enfoque a aspectos linguísticos, aos usos da palavra “criminosa” no material e às análises feitas a partir do uso (ou não) do gênero como categoria, observando as discussões sobre a autoria feminina travadas nos textos. Ao investigar a construção da mulher acusada de crimes nos artigos, estranhamos a universalidade do gênero masculino nas construções discursivas, que leva ao apagamento da “criminosa”.

3. A “CRIMINOSA” ESTÁ AQUI? A PERGUNTA PELA MULHER E A FIGURATIVIDADE DA LINGUAGEM

As formas de nomeação pela linguagem sempre foram uma preocupação dos feminismos. Como aponta Joan Scott (1995, p. 72), “na gramática, o gênero é compreendido como uma

...

16 Este artigo é recorte de pesquisa de mestrado mais ampla, a qual empregou os métodos feministas de Bartlett da “pergunta pela mulher” e do “raciocínio prático feminista” como direcionadores das análises, como explicitado anteriormente. Neste artigo, restringimos o âmbito de análise para abranger precipuamente as discussões relativas à “pergunta pela mulher”. Entretanto, é importante considerar que esses métodos são interligados. Assim, o “raciocínio prático feminista” também pauta as discussões, na medida em que miramos a “criminosa” como uma sujeita capaz de romper com construções universalizantes acerca do gênero, a ser “conhecida” e entendida nos limites das representações do campo. Pensando nisso, as análises que se direcionam especificamente aos usos do termo “criminosa” também dialogam com esse método.

forma de classificar fenômenos, um sistema socialmente consensual de distinções e não uma descrição objetiva de traços inerentes”. Questionamos seu uso, sua apropriação para a definição e a limitação de identidades, existências e culturas, o modo como “fazem dela uma arma que pode envergonhar, humilhar, colonizar” (hooks, 2008, p. 858).

Partindo do pressuposto de que a linguagem não só representa, mas cria a realidade, ela é reivindicada como um “espaço de resistência” (hooks, 2008, p. 859), de denúncia e de produção de epistemologias alternativas, essenciais para a construção de uma visão contra-hegemônica: “Mudar a maneira como nós pensamos sobre a linguagem e como nós a usamos necessariamente altera a maneira como nós sabemos o que nós sabemos” (hooks, 2008, p. 862).

O uso do masculino como universal, empregado para nomear toda a espécie, enquanto o feminino é recurso para demarcar o específico ou o particular, é uma das principais manifestações de poder masculino (FACIO e FRIES, 2005, p. 283). Assim, uma forma de subversão das normas da língua portuguesa, além da adoção de uma linguagem neutra, ainda pouco aceita na escrita acadêmica, seria estabelecer o feminino como universal ou adotar estratégias de flexão de gênero, sendo esta especialmente relevante na escrita feminista. Pensando nisso, durante a leitura dos artigos, observamos as escolhas e as reflexões em torno da linguagem, e como elas produzem engendramentos próprios.

As escolhas linguísticas foram explicitadas apenas no texto 8, que trata das implicações de gênero na vida de adolescentes em atendimento socioeducativo. Nele, justificam-se as flexões de gênero trabalhadas a partir das relações de poder ligadas ao gênero que permeiam o cenário da investigação:

Os técnicos que atuam na socioeducação são, em sua maioria, assistentes sociais, psicológicos e pedagogos. Nesse texto, utilizo dois modos de falar: os técnicos serão referenciados em masculino, seguindo o domínio patriarcal da linguagem, visto que são atores do poder patriarcal. Eles movem a engrenagem da questão social em um marco de direitos, sob a ótica punitiva. As adolescentes, que também nomeio meninas, serão a referência em feminino. Utilizo adolescentes pois é a linguagem da política pública, que entende essa categoria entre os 12 e 18 anos. (ARTIGO 8, 2018)

No restante da amostra, identificamos outros três textos que trabalham com flexões de gênero ao longo de toda escrita (textos 9, 11 e 14), e dois deles se voltavam para análises sobre mulheres (9 e 11). Mesmo naqueles que tinham como objetivo tratar da criminalização de mulheres, o feminino foi usado de forma específica, normalmente em referências concretas a uma ou a mais mulheres, enquanto o masculino foi mobilizado para as análises em torno de criminalidade, sociedade e demais temas que permeavam os textos. No quadro geral dos artigos, o masculino “universal” aparece como estratégia mais frequente, sendo adotado em nove artigos.

O artigo 24 é ilustrativo dessa tendência. Apesar de não ter como objetivo tratar especificamente da criminalização feminina, mas do tráfico de drogas em geral, quase todas as citações diretas de pronunciamentos judiciais utilizadas no texto aludem a processos que têm mulheres como autoras. Isso, entretanto, não impede que se utilize o masculino universal no texto, ainda quando se refere ao perfil delas:

Outro elemento muito recorrente nos processos analisados é o perfil *dos acusados*. Em geral, *os acusados* são jovens [...].

No caso presente, além dos quatro papелotes de cocaína, encontrados com *a ré* [...] dentro do veículo gol preto tendo *a ré* colocado a cabeça no interior do automóvel e *com ela* além daqueles papелotes foram apreendidos R\$ 40,00 [...]. *A acusada* e o menor, ambos desocupados, dedicavam ao nefando comércio de substância entorpecente. [...] declarou *a apelada* que não trabalhava “porque não sai para procurar” [*sic*] [...] *A ré* não trabalhava e não tinha nenhuma fonte de renda, sendo seu amásio um adolescente também sem profissão. [...] Não é crível que, não *sendo ela viciada* [...].

A justiça criminal oficializa determinada representação social, existente em nossa sociedade, sobre *o traficante* que o define como “pobre”, “desocupado”, “vagabundo” e “favelado”. (ARTIGO 24, 2009, grifo nosso)

Como exceção no “mundo” do crime, marcado pela masculinidade (DINIZ, 2015, p. 584), a “criminosa” aparece camuflada nas concepções universalizantes do “traficante”, mesmo quando é o sujeito dos processos, como acusada, ré, condenada, presa. O feminino tem lugar na linguagem de nossa amostra apenas quando se fala dos casos “específicos” das mulheres criminalizadas, das “peculiaridades” da autoria feminina.

Se a linguagem é mecanismo de “criação de realidades” e determina “o que existe e o que não existe” (FACIO e FRIES, 2005, p. 282-283), a ausência de marcação linguística do feminino nos textos pode implicar também ausência de reflexão sobre a mulher como parte do contexto – de criminalização – retratado e das relações que ela estabelece com aquele espaço – com o “mundo do crime” ou com o “sistema de justiça criminal”.

Não é possível vislumbrar em quais aspectos ela faz parte daquela “universalidade” – de estatísticas, de teses e de perguntas – e de quais ela não participa. Incita-nos a questionar: a “criminosa” está aqui? Nesse sentido, o uso estratégico da linguagem possibilita demarcar a presença da “criminosa”, desenvolver reflexões sobre os significados dessa representação complexa e a inserção de temáticas tidas como específicas de gênero no debate criminológico mais amplo.

A maioria dos artigos, ao usar o universal masculino em suas análises, mobiliza de forma muito específica o termo “criminosa”. Recorrendo ao *Nvivo*, observamos que, apesar de a palavra “criminosa” estar presente em dez dos dezenove textos do *corpus* analítico, apenas em três ela é utilizada como substantivo, nomeando a pessoa (a “criminosa”). Nos outros sete, é

empregada como forma de adjetivar ações, práticas, associações ou organizações (“ações criminosas”, “organizações criminosas”). Em contrapartida, a palavra “criminoso”, que aparece em treze textos, é utilizada como substantivo em nove artigos (o “criminoso”). Vemos, então, uma inversão em relação à nomeação feminina, que pode ser compreendida a partir da construção de categorias que têm o homem como padrão e sujeito universal.

Nos três textos que mencionam expressamente a “criminosa”, o termo está associado à ideia de rótulo, que enfatiza a “sub-humanidade” do corpo tido como “criminoso”:¹⁷

Além do estigma normalmente atribuído àquele que delinque, a mulher desviante, em face dessa cultura patriarcal, carrega o *rótulo de “criminosa”*, bem como o de inconsequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos) e também acaba perdendo, perante os demais, a sua feminilidade, por praticar condutas socialmente atribuídas ao gênero masculino. (ARTIGO 6, 2018, grifo nosso)

No trecho anterior, pertencente a artigo que aborda o tráfico de drogas na cidade do Recife, o uso do termo “criminosa” entre aspas enfatiza sua demarcação como rótulo atribuído a algumas mulheres, o qual define representações específicas – de desvio – dentro das subjetividades que as constituem e dos papéis de gênero atribuídos a elas.

Nos artigos 7 e 13, que em seus títulos trazem as palavras “gênero” e “mulheres”, o termo “criminosa” também aparece no contexto das discussões sobre conformações de gênero, reproduzidas desde os estudos lombrosianos, sendo “criminosa” aquela que se afasta das representações relacionadas ao “feminino”:

Ademais, todavia, a mulher que fosse vista como *criminosa* já estava fora do perfil desejado pela sociedade, portanto, já se encontrava em uma condição indesejável, sendo retratada como uma aberração. (ARTIGO 7, 2018, grifo nosso)

Trata-se de um complexo de normas, agentes e agências que, autorizadas a determinar mulheres como *criminosas*, faz com que o rótulo a ela esteja aderido enquanto condição de sub-humanidade que se prolonga no tempo e no espaço, transcendendo os próprios limites temporais da pena. (ARTIGO 13, 2018, grifo nosso)

...

17 Sobre os usos das palavras “criminoso” e “delinquente” no Direito, tanto na academia quanto nos pronunciamentos judiciais e nas leis, Maíra Machado (2005) apresenta discussão em que ressalta a possibilidade de seu uso crítico, como forma de denominar etiquetas construídas socialmente, enquanto “‘Criminoso’ e ‘delinquente’”, ao buscarem indicar o que uma pessoa *é*, não têm lugar no direito” (MACHADO, 2005, p. 88, grifo da autora).

A ideia de rotulagem construída a partir do uso da palavra “criminoso” aparece, entretanto, com mais frequência nos artigos que tratam do tráfico de drogas de maneira ampla, por meio do recurso a expressões como “estereótipo”, “etiqueta” e “estigma”, criados em torno da figura do “traficante de drogas”, pensada no masculino. É o caso do texto 5, que realiza investigação empírica sobre como a prisão cautelar em casos de tráfico de drogas se insere nas dinâmicas de controle social:

O estereótipo criado em torno da *figura do “traficante de drogas”*, de ente acima de tudo perigoso, tem, assim, uma importante razão de ser, sendo útil às instâncias de controle que se valem dessa suposta periculosidade inerente para legitimar uma atuação de controle altamente seletiva e racializada. [...] Desse modo, embora representados pela mídia como a personificação do “mal”, são os “pequenos traficantes não violentos, primários, presos em flagrante sozinhos e desarmados” (BOITEUX, 2014, p. 84) que lotam as prisões brasileiras. São, em sua maioria, “jovens-homens-negros” (REIS, 2005), que ocupam as posições das franjas do tráfico, os que massivamente lotam as prisões. (ARTIGO 5, 2018, grifo nosso)

A figura do “traficante de drogas” tem como fator de destaque uma ideia de alta periculosidade, a qual não condiz com a realidade das pessoas efetivamente presas por esse delito. Essa abstratividade do “criminoso” também aparece no artigo 19, que critica a fundamentação judicial em condenações sobre tráfico de drogas: “Demonstrou-se que a baixa constitucionalidade da jurisprudência penal bandeirante é ancorada na imagem abstrata *do traficante de drogas*, produto não do caso concreto, mas da consciência do julgador” (ARTIGO 19, 2016, grifo nosso).

Essas construções discursivas remetem à discussão de Vera Regina Pereira de Andrade sobre as posições do masculino e do feminino no sistema penal, divididos entre o “cara – o anti-herói socialmente construído como criminoso” e a “coisa” – a figura objetificada, ligada a um estereótipo de passividade (ANDRADE, 2012, p. 143). Nesse sentido, a figura do “criminoso” é desenhada com facilidade nas instâncias penais e reproduzida pela mídia e pela sociedade. Em relação a ela, a academia desenvolve posição crítica, que a descola da realidade nacional, que prende os “jovens-homens-negros”.

Já a mulher envolvida com o crime é menos representada na figura da “criminosa”, sendo mais comumente vista sob a perspectiva da “criminalizada”, o corpo utilizado para o transporte de drogas, a “substituível”, a “coisa”, como fala Andrade (2012), que tem seu destino definido por outros. As críticas às construções sociais em torno da “criminosa” são mais pontuais e fazem referência às concepções positivistas, as quais, por sua vez, atribuem àquelas rotuladas dessa forma características masculinas, que se afastam também da ideia de “sujeito” para tratá-las como verdadeiros “monstros” (LOMBROSO e FERRERO, 2017, p. 433).

Essa perspectiva aparece em expressões como “condição de sub-humanidade” e “condição indesejável”, que apontam para hierarquias de gênero e humanidade que, por sua vez, não estão restritas aos discursos científicos do século XIX, mas aparecem com frequência nas entrelinhas dos discursos judiciais, policiais, midiáticos e científicos atuais. A ligação entre a literalidade das expressões utilizadas por Andrade (2012) e as discussões apontadas até aqui nos faz pensar, então, na dificuldade enfrentada por aquelas e aqueles que investigam a autoria feminina em ultrapassar as barreiras das construções essencialistas sobre o “ser mulher”, que afastam a figura da “mulher” e da “criminosa”, não permitindo que se avance nas investigações sobre autoria feminina.

4. O QUE O *CORPUS* (NÃO) DIZ SOBRE A “CRIMINOSA”?

A palavra “mulher” foi uma das mais utilizadas nos textos que compuseram a amostra, conforme registrou o recurso de contagem de palavras do *software Nvivo*. Nele, o termo, bem como sua variação para o plural (“mulheres”), apareceu 1.057 vezes nos dezenove artigos submetidos a análise. Assim, foi uma das 50 palavras mais frequentes nos artigos. A observação dessa frequência mostrou que, dos dezenove textos, catorze faziam referência à palavra “mulher”. Destes, nove tinham como objetivo discutir especificamente a criminalização feminina ou trabalhar temas correlatos ao tráfico a partir de perspectivas de gênero. É nesses artigos que está concentrada a imensa maioria das referências à mulher, com frequências de ocorrência que variaram entre 30 e 245 aparições por texto. Nos outros cinco, o número de referências é bem menor, com o uso da palavra no máximo oito vezes.

Esse dado nos causou surpresa, uma vez que as abordagens sobre a mulher não eram tão frequentes nos conceitos e nas palavras-chave dos artigos. Entretanto, confrontando esse panorama quantitativo com as análises qualitativas posteriores, percebemos que, em alguns textos, apesar da presença da palavra “mulher”, ela não aparecia acompanhada de reflexões teóricas, operando de forma figurativa, descritiva no contexto analisado.

Os cinco textos que não tinham como objetivo tratar da autoria feminina, mas que mencionavam a “mulher” (1, 5, 14, 19 e 24), faziam-no na descrição dos dados, para compor o cenário do sistema de justiça no Brasil. Nos excertos a seguir, elas aparecem como uma estatística que se destaca no encarceramento de pessoas pelo tráfico de drogas, sendo elas as que mais são presas por esse delito:

Em 2014, esse delito passou a representar 28% do total de tipos penais, sendo que entre as mulheres esse delito representa 58% dos tipos penais responsáveis pelo encarceramento (INFOPEN Mulher, 2014). (ARTIGO 5, 2018)

Os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros entre os homens, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62% (INFOPEN, 2016, p. 43). (ARTIGO 1, 2019)

Já nos outros três textos (14, 19 e 24), ela aparece na citação de outras pesquisas e falas de outras autoras e autores que mencionam “mulheres”, sem que, entretanto, ela seja o alvo das discussões do artigo. A presença da mulher no texto pode ser vista como “acidental”, uma vez que não é determinante para a análise proposta. Exemplo disso é o trecho a seguir, de texto que analisa casos de consumo e tráfico de drogas em São Paulo e em Portugal:

Pelo contrário, *não têm relevância para a determinação da medida da pena o sexo do réu*, o fato de ser ou não consumidor, o número de réus no processo e o número de tipos de droga apreendidas. A ausência de efeitos do sexo do réu enquadra-se nos resultados contraditórios de Harper, Harper & Stockdale (2002) que referenciam uma maior porcentagem de penas de prisão efetivas para as *mulheres* ainda que acompanhada por uma menor quantidade de pena de prisão, nos dois casos com pequenas diferenciações. (ARTIGO 14, 2018, grifo nosso)

Nos nove artigos da amostra que utilizavam o recorte de gênero e/ou a mulher autora de delitos como tema, também identificamos momentos de menor reflexividade. Em dois artigos que aplicavam a técnica de análise de julgados, os discursos do sistema de justiça ocupam grande parte do texto e pouco desnaturalizam as falas de seus operadores sobre traficantes e tráfico de drogas.

Exemplo dessa forma discursiva foi o uso reiterado, nesses artigos, de citações diretas, com trechos de decisões judiciais, sem espaço para considerações analíticas, como no texto 6, que partia de uma pesquisa empírica para identificar práticas de “preconceito de gênero” em decisões judiciais. Os trechos a seguir ilustram o entrelaçamento da escrita das autoras e as narrativas construídas pelo sistema de justiça sobre a criminalização feminina:

A maioria dos policiais é do *sexo masculino*, logo qualquer *abordagem física realizada em uma mulher* pode ser considerada como abuso. [...] Só em imaginar um estranho colocando as mãos nas partes íntimas desta, a qual, provavelmente está sendo coagida a abrir as pernas, já configura explícita violação à sua dignidade, à sua intimidade, à sua sexualidade. Utilizando-se nomes fictícios para *representar as acusadas*, tem-se, para exemplificar o acima exposto, o que aconteceu com Patrícia: [...] Da mesma forma ocorre no processo de Milena. *A mulher narrou* que recebeu ordens de policiais militares para ficar completamente despida para que a revista fosse realizada —, além da que já tinha sido encontrada em sua residência: [...] Ainda sobre a *violação da dignidade da mulher*, eis o depoimento de um policial militar que abordou Janaína e foi testemunha em seu processo: [...]. (ARTIGO 6, 2018, grifo nosso)

O texto mantém essa abordagem para outros temas apresentados, como o testemunho policial, o interrogatório das réas nas audiências e os argumentos das sentenças que fundamentam

suas condenações. O artigo 10 também faz uso da pesquisa empírica para entender o perfil socioeconômico e racial da mulher presa na posse de drogas, bem como sua classificação como usuária ou traficante:

A proprietária da casa, identificada nos autos do processo criminal por tráfico de drogas *como uma mulher “parda escura”*, com 35 anos de idade, ensino fundamental completo e “do lar”, é parte de uma narrativa que *se assemelha à de muitas das outras mulheres dos mais de cem processos* que consultamos em uma pesquisa que origina o presente trabalho. (ARTIGO 10, 2018, grifo nosso)

Nesses dois artigos, a “criminosa” é representada pela mulher que consta das estatísticas do sistema de justiça, cujas narrativas e subjetividades são constituídas nos arquivos judiciais. Esse tipo de saber pode ser lido como um avanço na tradução e na compilação do olhar e da voz do sistema de justiça sobre as mulheres, porém ainda há um longo caminho para estabelecer “criminosa” como categoria geral de análise nas Ciências Criminais.

Em outros dois artigos, que buscavam trabalhar a criminalização feminina e a categoria de gênero sob uma perspectiva teórica, com o uso de revisões bibliográficas, as conclusões não se centraram na reflexividade da mulher criminalizada. Neles (textos 9 e 13), foi possível perceber a adoção de uma postura prescritiva, de distinção entre o posicionamento normativo, especialmente de normas internacionais, e a realidade da criminalização feminina brasileira. O uso da palavra-chave “efetividade de regras internacionais” no excerto a seguir é um exemplo.

Assim, percebemos que, apesar das inovações legislativas, dos indultos e das decisões de nossa Corte constitucional que reafirmam a necessidade de se pensar o encarceramento feminino de forma diversa, e que demonstram a tentativa de se adequar às Regras de Bangkok, *isso não implica em seu efetivo cumprimento pelos agentes* que operam o sistema de justiça criminal. Embora as previsões legais e judiciais existam, há ainda o grande *desafio de fazer com que ganhem efetividade na prática*. (ARTIGO 13, 2018, grifo nosso)

A “pergunta pela mulher” feita por Bartlett não considera apenas a perspectiva da ausência da mulher como um sujeito de Direito, mas também como esse sistema, com forma e linguagem próprios, é capaz de definir quais são as experiências e os discursos relevantes sobre as mulheres, produzindo “verdades” sobre elas, como diz Carol Smart (2020). Trabalhar apenas dentro das “fronteiras do Direito” (MOSSMAN, 1986, p. 44), sem o desafiar de maneira contundente, pode contribuir para a permanência de discursos sobre a autoria feminina que as mantêm como figuras simplistas, descritivas e não como uma representação complexa.

O trabalho de Scott (1995) ajuda-nos a situar nosso campo de estudos. A autora classifica o uso do gênero no campo da história em duas abordagens: descritiva, “que se refere à

existência de fenômenos ou de realidades, sem interpretar, explicar ou atribuir causalidade”, e causal, que “teoriza sobre a natureza dos fenômenos e das realidades, buscando compreender como e porque eles tomam as formas que têm” (SCOTT, 1995, p. 74-75). Para a autora, nos usos descritivos do termo “gênero”, ele é “um conceito associado ao estudo de coisas relativas às mulheres”. ‘Gênero’ é um novo tema, um novo domínio de pesquisa histórica, mas não tem o poder analítico suficiente para questionar (e mudar) os paradigmas históricos existentes” (SCOTT, 1995, p. 76).

Utilizamos essa tipologia para elaborar a segunda resposta à pergunta pela mulher. Trabalhos como os citados permitem a observação das representações produzidas pelo sistema de justiça, especialmente por magistrados, e a relevância destas para entender a partir de quais lentes as Ciências Criminais têm travado discussões atualmente. Ao mesmo tempo, mostram um retrato das Ciências Criminais, que ainda têm o masculino como universal e engatinham na questão da mulher e do gênero para além de uma abordagem descritiva.

Na trilha de Scott (1995), podemos afirmar que a possibilidade de produzirmos um saber que interroge e transforme os paradigmas jurídicos está ligada à capacidade de mobilizarmos o gênero e os demais marcadores sociais da diferença como formas de compreender as produções do sistema de justiça criminal, avançando, assim, na composição de um quadro analítico que não só mencione a mulher (ou o gênero, a raça, a classe), mas que interprete, explique ou atribua causalidade a partir dessas categorias.

Importante ressaltar que, ao nos guiarmos pela pergunta pela mulher, não consideramos que essa questão ou mesmo que as análises de gênero e/ou feministas sejam necessárias, aplicáveis ou mesmo pertinentes a todos os debates nas Ciências Criminais, tampouco nas produções em torno da criminalização das drogas. Há um amplo espectro de temas e abordagens possíveis que podem ser mais adequadas às pretensões analíticas e ao contexto de cada pesquisador(a).

No entanto, como juristas feministas, interessa-nos mapear os lugares que as mulheres têm ocupado no campo jurídico-penal e os graus de profundidade que esse debate tem alcançado. Isso para provocar um saber que mobilize as análises de gênero e interseccionais não apenas quando se fala da “questão da mulher” – como uma situação de peculiaridade dentro de um sistema masculino e branco –, mas também como ferramentas analíticas centrais para se discutir violência institucional, masculinidades, branquitude, assim como as relações de poder no sistema de justiça e nos espaços de criminalização.

CONCLUSÃO

Neste artigo, partimos da “pergunta pela mulher” e do gênero como categoria de análise para pensar as representações construídas sobre a “criminosa” em publicações das últimas duas décadas em um periódico das Ciências Criminais no Brasil. Desde o momento da constituição da amostra de pesquisa, encontramos nos artigos as condições de possibilidade de um saber

sobre essas mulheres e o modo como suas representações são constituídas nas Ciências Criminais a partir dos ecos de nosso sistema de justiça.

Consideramos que a forma como (re)produzimos conhecimento, por meio da linguagem, é um fator importante para romper concepções estagnadas e essencialistas sobre mulheres, especialmente em espaços de criminalização, marcados pela masculinidade, em que elas aparecem, geralmente, inseridas em situações “específicas”. Nesse sentido, o uso estratégico da língua, o rompimento de alguns padrões de escrita e a demarcação do sujeito e do corpo de que se fala no texto podem trazer a “criminosa” verdadeiramente para a discussão.

Também observamos a formação de representações da “criminosa” a partir de uma categoria simplista, descritiva, de pouca profundidade, que é pouco refletida nas produções do *corpus* empírico. Ademais, a ausência de marcações de gênero na palavra escrita colabora para uma presença da mulher que é apenas figurativa, que se perde em um cenário que não a tem como preocupação central.

Nesse sentido, o uso do masculino “universal”, no pretexto de dizer sobre todos(as), não diz sobre ninguém. Encontramos “etiquetas”, “preconceitos” e “rótulos” que circundam a ideia de uma mulher “criminosa”. Estes, mais nítidos nos discursos de uma ciência penal de séculos passados, e de um judiciário retrógrado, também estão nas entrelinhas dos textos, que constroem posições fixas e dicotomizadas em torno das figuras da “vítima”, da “criminosa”, da “pequena traficante” e da “dona da boca”.

Também entendemos que pensar a mulher “criminosa” no contexto do tráfico, na academia, envolve ultrapassar os discursos do sistema de justiça. Entendê-los e observar a presença de estereótipos de gênero nesses espaços é relevante, uma vez que coloca em xeque qualquer pretensão de neutralidade do Direito, seja na figura da lei (e de legisladores), seja na das decisões judiciais (e de operadores). Entretanto, é função da academia construir novos e melhores discursos, que, sabendo desses problemas, os superem, com os recursos já adquiridos nas crescentes pesquisas sobre o tema, no diálogo com as mulheres nas prisões e nas pesquisas empíricas desenvolvidas ao longo deste século.

AGRADECIMENTOS

As autoras agradecem à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) pelo apoio financeiro à pesquisa (processo n. 2020/04179-9).

REFERÊNCIAS

ALVES, Paula Pereira Gonçalves. *Trocando em miúdos: narrativas brasileiras em torno da Criminologia*. 2016. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BARCINSK, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Ciência & Saúde Coletiva*, [s. l.], v. 14, n. 5, p. 1843-1853, 2009.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARTLETT, Katharine T. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 103, n. 4, p. 829-888, fev. 1990.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, jul./dez. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. Brasília, 2018. Disponível em: https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf. Acesso em: 24 fev. 2023.

BUCHER-MALUSCHKE, Júlia Sursis Nobre Ferro; SILVA, Jonas Carvalho; SOUZA, Isabela Brito dos Santos de. Revisão sobre o presídio feminino nos estudos brasileiros. *Psicologia e Sociedade*, [s. l.], v. 31, p. 1-15, 2019.

CACICEDO, Patrick Lemos. *Ideologia e Direito Penal*. 2019. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

COSTA, Malena. El pensamiento jurídico feminista en América Latina. Escenarios, contenidos y dilemas. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito*, [s. l.], n. 2, p. 24-35, 2º sem. 2014.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, ano 10, p. 171-188, 1º sem. 2002.

CURIEL, Ochy. Construindo metodologias feministas a partir do feminismo decolonial. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. p. 121-138.

DINIZ, Débora. Pesquisas em cadeia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 573-586, jul./dez. 2015.

FACIO, Alda; FRIES, Lorena. Feminismo, género y patriarcado. *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, año 3, n. 6, p. 259-294, 2005.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Raça, gênero e Criminologia: reflexões sobre o controle social das mulheres negras a partir da Criminologia positivista de Nina Rodrigues*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

FRIEDRICHS, David O. Critical Criminology. In: MILLER, J. Mitchell. *21st Century Criminology: A Reference Handbook*. SAGE Publications, Inc., 2009. p. 210-218. Disponível em: <https://www.doi.org/10.4135/9781412971997.n24>. Acesso em: 11 out. 2021.

GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Editorial: O pesquisador e a pesquisa em Ciências Criminais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 769-787, set./dez. 2017.

GINDRI, Eduarda Toscani. *As disputas dóxicas no campo da Revista Discursos Sediciosos (1996-2016): metacriminologia, engajamento político, e os debates sobre raça e gênero*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 5, p. 7-41, 1995.

HARRIS, Angela P.; GOMES, Camilla de Magalhães; CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. Raça e essencialismo na Teoria Feminista do Direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 43-73, ago. 2020.

hooks, bell. *Teoria feminista: da margem ao centro*. São Paulo: Perspectiva, 2019.

hooks, bell. Linguagem: ensinar novas paisagens/novas linguagens. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 857-864, set./dez. 2008.

LERUSSI, Romina Carla; COSTA, Malena. Los feminismos jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 1, p. 1-13, 2017.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal*. Curitiba: Antonio Fontoura, 2017. *E-book*.

LORDE, Audre. *Irmã outsider*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

MACHADO, Maíra Rocha. A pessoa-objeto da intervenção penal: primeiras notas sobre a recepção da Criminologia Positivista no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 79-90, maio 2005.

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista*. São Paulo: Atlas, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOSSMAN, Mary Jane. Feminism and Legal Method: The Difference It Makes. *Australian Journal of Law and Society*, [s. l.], v. 3, p. 30-52, 1986.

OLMO, Rosa Del. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia Crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 135, p. 541-562, set. 2017.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social*. 2012. 294 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias feministas e teorias *queer* do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis, Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2020.

SÁ, Priscilla Placha. As ciências penais têm sexo? Têm, sim senhor! *Boletim IBCCrim*, n. 280, mar. 2016. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5726-As-ciencias-penais-tem-sexo-Tem-sim-senhor. Acesso em: 6 jul. 2021.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil*. 2017. 240 f. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

SILVA, Salete Maria da. Feminismo jurídico: um campo de reflexão e ação em prol do empoderamento jurídico das mulheres. *Gênero e Direito*, [s. l.], v. 8, n. 3, p. 127-150, 2019.

SMART, Carol. A mulher do discurso jurídico. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1418-1439, 2020.

TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Hilem. Maternidade e encarceramento feminino: o estado da arte das pesquisas no Brasil. *BIB*, São Paulo, n. 81, p. 25-41, 1º sem. 2016 (publicada em ago. 2017).

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; FERREIRA, Letícia Cardoso. A “criminosa” está aqui? A pergunta pela mulher em artigos sobre tráfico de drogas de uma revista de Ciências Criminais brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2316, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202316>

Ana Gabriela Mendes Braga

PÓS-DOCTORA PELO CENTRO EM REDE DE INVESTIGAÇÃO EM ANTROPOLOGIA (CRIA), DA UNIVERSIDADE DO MINHO (UMINHO), E UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB). MESTRA E DOUTORA EM DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP), COM PERÍODO SANDUÍCHE JUNTO AO DEPARTAMENTO DE ANTROPOLOGIA DA UNIVERSITAT DE BARCELONA (UB). PROFESSORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” (UNESP – FRANCA).

professora.anagabriela@gmail.com

Letícia Cardoso Ferreira

DOUTORANDA E MESTRA EM DIREITO PELA FACULDADE DE
CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS DA UNIVERSIDADE ESTADUAL
PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” (UNESP).

lecardosof9@gmail.com

Recebido: 17.01.2021

Aprovado: 22.11.2022

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202317>

1 Universidade de São Paulo,
Departamento de Ciência Política,
São Paulo, São Paulo, Brazil
<https://orcid.org/0000-0002-7671-8567>

2 Universidade de São Paulo,
Faculdade de Direito de Ribeirão
Preto, Ribeirão Preto, São Paulo,
Brazil
<https://orcid.org/0000-0003-2140-7785>



Fintechs and Traditional Banks: Regulation, Competition, and Cooperation in Brazil

FINTECHS E BANCOS TRADICIONAIS: REGULAÇÃO, COMPETIÇÃO E COOPERAÇÃO NO BRASIL

Davi Ferreira Veronese¹ e Maria Paula Bertran²

Abstract

This article aims to analyze the characteristics, limitations and contradictions involving financial technology companies (fintechs) and traditional banks in Brazil. The paper describes the two new categories aimed at regulating fintechs in Brazil: the so-called Direct Credit Company (Sociedade de Crédito Direto) and the Personal Loan Company (Sociedade de Empréstimo entre Pessoas). The paper challenges the idea that financial technology inevitably introduces competition into the financial market, as it describes relevant mechanisms of cooperation between financial technology companies and traditional banks, with potentially high gains for both of them. Finally, using the data provided by the Central Bank, we compare interest rates charged by a local fintech and by its major shareholders, which are traditional banks. Although our analysis is still exploratory, it shows that the fintech controlled by large traditional banks charges higher interest rates than their controllers, suggesting a fruitful research agenda to investigate whether this occurs systematically or not.

Keywords

Fintech; direct credit company; personal loan company; traditional banks; interest rates.

Resumo

Este artigo tem o objetivo de analisar as características, as limitações e as contradições que envolvem fintechs e bancos tradicionais no Brasil. Descreve as duas novas categorias destinadas a regular as fintechs no Brasil – a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP) –, e questiona a noção de que as fintechs necessariamente introduzem competição no mercado financeiro, ao descrever relevantes mecanismos de cooperação entre fintechs e bancos tradicionais, com ganhos potencialmente elevados para ambos. Por fim, utilizando dados disponibilizados pelo Banco Central, são comparadas as taxas de juros praticadas por uma fintech nacional e por seus acionistas, que são bancos tradicionais. Embora nossa análise seja ainda exploratória, ela revela que a fintech controlada pratica juros mais elevados do que seus bancos controladores, sugerindo uma proveitosa agenda de pesquisa para investigar se isso ocorre sistematicamente.

Palavras-chave

Fintechs; Sociedade de Crédito Direto; Sociedade de Empréstimo entre Pessoas; bancos tradicionais; taxas de juros.

INTRODUCTION¹

This article describes the entrance of financial technology companies (fintechs) into the loans market without collaterals in Brazil. We analyze the two categories, Direct Credit Company (“Sociedade de Crédito Direto” or SCD) and Personal Loan Company (“Sociedade de Empréstimo entre Pessoas” or SEP), that were created to regulate these new companies. The work highlights the complex relations – sometimes of competition, sometimes of cooperation – between fintechs and traditional banks, including some of the largest banks in Brazil. The paper questions if the creation of SCDs and SEPs results in any substantial changes for the local long-established strategies of loans without collaterals. Finally, we compare the interest rates of a fintech that is an affiliate of two traditional major banks in Brazil. The result suggests that fintechs may not represent cheaper loans in comparison to traditional banks.

The SCD and the SEP are the new species of a broad category called financial institutions, which includes commercial banks, investment banks, credit unions, and other businesses related to the banking and financial sector in Brazil. These two categories were created in Brazil to regulate the fintechs. These legal species are said to promote innovation and security. They are praised as the appropriate regulation to increase competition in the local banking sector. Our paper suggests that such ambitions may reveal a wishful thinking.

Not only does financial technology allows the entrance of new actors in the banking market, but also creates opportunities for traditional banks. Traditional banks rely on technology to access new and old clients in a more intimate way (by using a cell phone, as opposed to visiting the bank branch, for instance). They also offer their clients new and old products and services by using two channels: technological initiatives marketed with their old brand and the new fintech companies, which traditional banks control, acquire, or establish partnerships with.

In some situations, fintechs controlled by or in partnership with traditional banks may charge higher interest rates for the same types of loans. We cannot state that this is a widespread phenomenon, as we investigate one single case. However, our findings provide a new agenda for quantitative research involving the differences between the companies (fintechs and traditional banks) that belong to the same economic groups.

This article is divided into three sections, in addition to this introduction, and a conclusion. The first section discusses the central characteristics of the rise of fintechs in the Brazilian loans market in Brazil, as well as their disruptive potential. In the second section, we discuss the characteristics of the new Direct Credit and Personal Loan Companies, and the challenges they may face. Finally, the third section compares the interest rates from Banco Digio and its indirect controlling shareholders, Banco do Brasil and Bradesco, in three

...

¹ This research was financed by University of São Paulo (Programa Unificado de Bolsas – PUB).

different types of loans: credit card revolving credit, non-payroll loans, and payroll loans. Our data is provided by the Central Bank of Brazil.

1. THE EMERGENCE OF FINTECHS IN THE BRAZILIAN LOANS MARKET

In May 2014, Banco do Brasil and Bradesco, through holding company Elo Participações, created Banco CBSS, later converted into Digio Bank (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, *s.d.*), a digital financial services platform.² According to the description in its official website, Digio's aim is to associate the strength of banks and the agility of fintechs (DIGIO BANK, *s.d.*). In March 2019, Santander, also a big and traditional bank in Brazil, launched PI, its digital platform for investments (COTIAS, 2019). These initiatives are described as a response from the traditional banks to the competition that the fintechs may create (GAZZONI, 2016).

According to the Central Bank, "fintechs are companies that introduce innovations in financial markets through the intensive use of technology, with the potential to create new business models. They operate through online platforms and offer innovative digital services related to the financial sector."³

The use of intense information technology to supply financial services may potentially increase the speed of transactions, create less bureaucratic channels of access to credit, and provide greater flexibility and personalization of services. Such qualities are prone to attract new customers and are mentioned as the most common reasons to explain the growth of fintechs in international markets. Darolles (2016, p. 87) argues that, before, consumers were used to a narrow set of pre-defined products and services, whereas the current banking client expects customized solutions. In July 2019, a research institution stated that 529 fintechs operated in Brazil.⁴ Philippon (2016) states that not only may fintechs bring deep changes to the financial market, but also create regulatory challenges.

The Central Bank of Brazil launched an initiative called the Laboratory of Financial and Technological Innovations (LIFT) on May 9th, 2018. It aims to encourage the development of innovative ideas with a positive impact on the local banking system. The laboratory works with the voluntary subscription of partners. The partners promote discussions about how

...

² In October 2021, Bradesco announced the purchase of 49,99% of the shares that used to belong to Banco do Brasil. Since then, Bradesco has been the only controller of Banco Digio.

³ Available at: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/fintechs>. Accessed on: January 20th, 2020.

⁴ The data are from Radar FintechLab, published by Exame Magazine. Available at: <https://exame.abril.com.br/pme/nove-fintechs-ja-tem-aval-do-banco-central-para-ofertar-credito/>. Accessed on: January 20th, 2020.

to adapt the local institutional arrangements toward technological innovation. The process occurs with the coordination of the following agents: (i) the management committee, composed especially by the Central Bank and the National Federation of Central Bank Civil Servants' Associations (Fenasbac); (ii) the monitoring group, approved by the management committee for each project; (iii) technology suppliers, who make the virtual laboratory environment available; and (iv) proponents of financial innovation projects (SIQUEIRA *et al.*, 2019, p. 6-13).

Theoretically, fintechs are prone to have a disruptive potential due to their core characteristics. This means that fintechs devise credit negotiation models that differ from traditional banking practices, by offering simpler products and/or finding new ways to appeal to clients. The process of disruptive innovation begins with techniques and products considered less attractive by clients, companies with fewer resources, and focusing on needs that have been poorly met by dominant market players. This may occur because, while dominant players focus on increasing their products, as well as on the needs of their target audience, new players focus on new features and break into new customer niches (CHRISTENSEN *et al.*, 2006; CHRISTENSEN, RAYNOR, and MCDONALD, 2015).

Thus, in general, fintechs tend to foster change in the global banking sector. However, these changes do not necessarily mean losses for traditional banks. In Brazil, fintechs grow alongside the growth and profitability of large banks. In an oligopolistic market context and high-interest rates, fintechs are potentially able to establish innovative strategies for diversification and penetration of banking services. There is great hope that they can also lower interest rates on loan contracts. On the other hand, traditional banks protect their market by mimicking fintech financial products and routines, incorporating fintech technology into their practices (GOLDMAN SACHS, 2017, p. 26), or creating subsidiaries that operate as fintechs.

No only does the transformation in information technology allow the introduction of competitors into the market, but also creates new possibilities for traditional banks, including new risk management strategies and reduction of administrative costs. Therefore, we claim that it is a reductionist interpretation to identify advances in information technology with the emergence of fintechs only as competitors of traditional banks. Dombret (2016, p. 80) supports the thesis that technological changes tend to lead to a heterogeneous context of competition and cooperation among agents.

The "financial inclusion" derived from information technology has generated new capital accumulation strategies. The potential for capturing and organizing data about clients provides new possibilities for risk management, but that is not all. It is also able to influence consumer behavior. Fintechs can minimize their risks by acquiring data from consumers (KAMINSKA, 2015; GARBOR and BROOKS, 2017, p. 19).

World Development Report 2015, published by the World Bank, recognizes that the way financial products are presented is capable of shaping consumerist behaviors and generating

harmful consequences for lower-income households. The contributions of behavioral economics have drawn attention to limitations that prevent perfectly rational credit decisions, such as the tendency to simplify decisions, the aversion to uncertainty, and the desire for immediate satisfaction (WORLD BANK, 2015, p. 112-117). At the same time, it suggests the need for certain public policies and regulations to improve financial decisions (WORLD BANK, 2015, p. 117-123).

2. FINTECHS AND THEIR NEW REGULATORY CATEGORIES: THE DIRECT CREDIT COMPANY AND THE PERSONAL LOAN COMPANY

The insertion of fintechs in the market creates regulatory difficulties (VERÍSSIMO, 2019, 50-52). After all, credit fintechs operate in markets with traditional banks, but use different strategies and tend to be relatively smaller (AGATHOKLEOUS, 2019).

Why regulate markets? No doubt the debate surrounding this question is extensive and would require a separate study. The literature points out several and widely discussed reasons for regulating markets, such as *natural monopolies*, *externalities*, *information asymmetries*, *excessive profit*, *excessive competition*, *rationalization and coordination*, *moral hazard*, and *bargaining inequality* (BREYER, 1982, p. 15-35). Chang (1997, 21, p. 716-723) also sustains the importance of further studies on the following topics in the field of economic regulation: the need for *rigidity* in complex economies, the need to create markets, distributive issues, dynamic considerations (such as technological progress and productivity growth), and regulation policies.

In the specific case of financial technology companies, the regulatory challenge is, expressed in broad terms, to make innovation and safety compatible. On the one hand, unnecessary barriers faced by new players to enter the market should be avoided, favoring innovation and competition in the sector. In contrast, the regulator must not ignore any risk that the entry of these agents may create for consumer safety and the stability of the financial system (DAROLLES, 2016, p. 89-92). Expressing a similar view, Yadav and Brummer (2019), while providing a valuable framework to analyze the regulation of fintechs, argue that financial regulation faces a trilemma between the following objectives: market integrity, clearer rules, and financial innovation.

For these reasons, the Central Bank of Brazil developed the Public Consultation number 55/2017, as of August 30th, 2017, which aims to discuss a draft regulation for credit fintechs to “increase legal security in the segment, increase competition among banks and expand opportunities for economic agents to access the credit market”.⁵ This document

...

5 Public Consultation Call 55/2017, as of August 30th, 2017.

opened the doors for the formal creation of two different companies,⁶ which are theoretically appropriate to the characteristics of these new fintech agents: the Direct Credit Company (SCD) and the Personal Loan Company (SEP), both regulated by the Brazilian National Monetary Council (*Conselho Monetário Nacional* or CMN) Resolution no. 4,656, as of April 26th, 2018.

Direct Credit Companies (SCDs) have the purpose of carrying out loan operations, financing, and acquiring credit rights with their own capital. Besides, they may carry out credit analysis to third parties, collection to third parties, distribution of insurance related to their operations, issuance of electronic currency,⁷ and issuance of post-paid payment instruments.⁸ To reinforce the impact of SCDs on the financial system, the CMN opened the possibility for SCDs to obtain funds to finance their credit operations through transfer and loan operations from the National Bank for Economic and Social Development (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social or BNDES).⁹

In addition to allowing the financing of SCDs operations with funds from BNDES, the Central Bank authorized the SCDs to issue credit cards. According to the Central Bank of Brazil, these measures are intended to provide credit to customers with less access to financial services, including small companies. Such measures were announced as part of a broad set of policies aimed to respond to the economic impacts of the COVID-19 pandemic.¹⁰

On the other hand, Personal Loan Companies (SEPs) perform financial intermediation (peer-to-peer lending) in loan and financing transactions, a service for which they may charge fees. In addition to this, SEPs are allowed to do almost all the same accessory activities allowed for SCDs: credit analysis services, distribution of insurance related to their transactions, and issuance of electronic currency.¹¹ Both companies (SCDs and SEPs) operate solely through the electronic platform, that is, the connection between creditors and debtors occurs necessarily and exclusively via a website or app.¹²

Thus, the fundamental distinction between the two categories lies in the ownership of the resources which they operate with. SCDs carry out operations only with their own capital

...

⁶ According to the Central Bank of Brazil, they are two new financial institutions. Available at: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/valorfinanceiro>. Accessed on: January 20th, 2020.

⁷ Article 3rd, § 1, and items of Resolution CMN No. 4,656, of April 26th, 2018.

⁸ Added by Resolution CMN 4,792, of March 26th, 2020.

⁹ Resolution CMN 4,792, of March 26th, 2020.

¹⁰ Available at: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/medidasdecombate_covid19. Accessed on: July 7th, 2020.

¹¹ Article 7, § 1, and items of Resolution CMN No. 4,656, of April 26th, 2018.

¹² Article 2nd, item II, of Resolution CMN No. 4,656, of April 26th, 2018.

and are prohibited from raising funds from the public, except through the issuance of shares.¹³ Thus, as a rule, SCDs do not directly capture people's savings. However, they can finance their credit operations by selling or assigning their credit to financial institutions, investment funds, or securitization companies, in addition to obtaining funds from the BNDES.¹⁴ In contrast, the SEPs carry out loan and financing intermediation between people, a process in which resources from creditors are directed to debtors after trading on an electronic platform (peer-to-peer lending). SEPs are also forbidden to offer loans with their own capital.¹⁵

The operations between people (peer-to-peer lending) conducted by the SEPs are a form of crowdfunding, a way to raise resources from society by benefiting from the tools of the internet (LYNN *et al.*, 2019, p. 2). Peer-to-peer lending fintechs connect creditors and borrowers, reducing information asymmetries and transaction costs, and, although peer-to-peer lending platforms, as a rule, do not participate in the final decision to lend, they can remunerate themselves through fees charged on transactions (LYNN *et al.*, 2019, p. 17-19). The list of lenders able to use the services of a SEP is broad:

I – natural persons; II – financial institutions; III – credit rights investment funds whose quotas are exclusively destined to qualified investors, as defined by the regulations of the Securities Commission; IV – securitization companies that distribute the securitized assets exclusively to qualified investors, as defined in the regulations of the Securities Commission; or V – non-financial legal entities, except securitization companies that do not fit into the hypothesis of item IV.¹⁶

Reducing information gaps is a central point of SEPs activity. Under articles 17 and the following articles of the CMN Resolution 4656 of April 26th, 2018, the SEPs must, for example, include warnings on risky transactions, inform potential creditors of the determining factors for the expected return rate, and impartially reflect the risk of potential debtors, among other obligations.

In order to operate, SCDs and SEPs must obtain authorization from the Central Bank of Brazil, which is subject to comply with a minimum limit of R\$ 1,000,000.00 (one million reais) regarding paid-in capital and shareholders' equity.¹⁷

...

¹³ Article 5th, item I, of Resolution CMN No. 4,656, of April 26th, 2018.

¹⁴ Resolution CMN 4,792, of March 26th, 2020.

¹⁵ Articles 8th, 9th e 14, item I, of Resolution CMN No. 4,656, of April 26th, 2018.

¹⁶ Article 8th, § 1, items I to V, of Resolution CMN No. 4,656, of April 26th, 2018.

¹⁷ Articles 25 and 26 of CMN Resolution No. 4,656, of April 26th, 2018.

The authorization to incorporate an SCD or SEP provides greater autonomy to fintechs to operate and introduce new products, as they no longer need a banking partner. Without the conversion into an SCD or SEP, fintechs can act as banking correspondents, requiring a financial institution to support them. Bank correspondents are service providers for financial institutions, intermediating their relationship with customers. Under the terms of Resolution CMN No. 3,954 of February 24th, 2011, correspondents may perform service activities, including receiving and forwarding proposals for credit operations, and also receiving and making payments of any nature.

Several studies have addressed the advantages that these correspondents provide for banks, such as the connection between the network of bank correspondents and the geographic expansion of credit supply, the focus on new segments of the consumer market, and the supply of products without the need for having their own facilities (MAS and SIEDEK, 2008, p. 8-9). The Central Bank of Brazil (2015, p. 50) explains that bank correspondents expand banking services without the cost of installing branches and posts.

Some credit fintechs have converted into SCDs and SEPs. As of November 12th, 2019, 14 companies were authorized to operate in the new modalities, although not all of them were active.¹⁸ In 2020, the Central Bank announced the approval of new SCDs and SEPs, reaching a total of 30 of these institutions authorized to operate in Brazil.¹⁹ There were 24 SCDs and 6 SEPs at the moment this article was first submitted. There was undoubtedly an acceleration in the approval rate of these fintechs in 2020. This is an expressive growth, considering that Resolution No. 4,656 of the National Monetary Council was issued in 2018, which created these two modalities. Central Bank's data show that SEPs and especially SCDs have the fastest growth among financial institutions, while other segments have maintained their number of institutions.²⁰

Despite that, the SCDs and SEPs are just a small fraction of the financial institutions when compared to traditional banks. According to the Central Bank of Brazil, in May 2020, there were 134 multiple banks, 59 credit, financing, and investment companies, and 901 credit

...

¹⁸ The data were provided by the Central Bank on November 12th, 2019, in response to a request based on the Access to Information Act (Act n° 12.527 of 2011). We have analyzed shareholder composition data for these companies.

¹⁹ Central Bank of Brazil. Available at: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/463/noticia>. Accessed on: July 7th, 2020.

²⁰ Central Bank of Brazil. Available at: <https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/evolucaosfnmes/202005%20-%20Quadro%2001%20-%20Quantitativo%20de%20institui%C3%A7%C3%B5es%20por%20segmento.pdf>. Accessed on: July 7th, 2020.

unions authorized to operate in Brazil.²¹ Besides that, most fintechs choose not to operate as SCDs or SEPs. According to the Brazilian Association of Fintechs (Abfintechs), in 2020, there were more than 100 credit fintechs in Brazil. As we have seen, most of them operate without SCD or SEP status.²²

Although data presents a minor role for SCDs and SEPs, the literature has attributed an immense importance to the new regulation, as if it represented an instrument capable of reconciling regulatory challenges and giving rise to substantive changes in the credit market. The comments of Ferraz and Oliveira (2019, p. 72) illustrate this position:

In fact, by consecrating fintechs as financial institutions, and by agreeing to operate in the financial market, the National Monetary Council has played an influential modifying role, especially for banks and technological financiers, since it has conducted a new orientation of the sector's activity by establishing interoperability, financial inclusion, and the drive for the progress of disruptive solutions, given the options offered by the conventional market.

Nevertheless, it is still uncertain if SCDs and SEPs are worthy of so many compliments, and it is hasty to state they do imply great changes.

In the end, why do most fintechs operate without SCD or SEP status? Is the operational autonomy provided by these new financial institutions counterbalanced by certain burdens and barriers to their incorporation? Why do many credit fintechs, even after the possibility of setting up an SCD or a SEP, continue to act in partnership with banks or credit, financing, and investment companies? Does the incorporation of an SCD or a SEP necessarily imply abandoning banking partnerships? These are questions whose answers may need to mature over time. This article outlines some possible interpretations.

First, we must call attention to the fact that in the absence of the SCD and SEP categories, the fintechs were not in a normative vacuum. Regardless of the debate about the adequacy of these legal qualifications, fintechs could run under the status of bank correspondents, as ruled by Resolution CMN No. 3,954, of February 24th, 2011.

It is important to emphasize that, more than —and perhaps contrary to — a possible replacement of traditional agents by new ones in the credit market, there is an increased

...

²¹ Central Bank of Brazil. Available at: <https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/evolucaosfnmes/202005%20-%20Quadro%2001%20-%20Quantitativo%20de%20instituicoes%20por%20segmento.pdf>. Accessed on: July 7th, 2020.

²² Available at: <https://valorinveste.globo.com/produtos/credito/noticia/2020/04/23/fintechs-de-credito-vivem-1a-crise-e-se-viram-nos-30-para-emprestar-a-juro-baixo.ghtml>. Accessed on: July 7th, 2020.

complexity in the relationships among these agents. The incorporation of an SCD or SEP does not necessarily imply abandoning old partnerships with traditional banks. Some fintechs maintain the status of banking correspondent, even after becoming an SCD or SEP. This is the case of *Creditas Sociedade de Crédito Direto S.A.*²³ As stated in article 18 of CMN's Resolution No. 3,954 of February 24th, 2011, there is no regulation against two traditional financial institutions being parties in a bank correspondent agreement.

Traditional banks are making more intensive use of technological resources to supply their products. There is the recent example of “Vivo Money”, which offers personal credit exclusively through digital channels and with personalized proposals. The product was created due to a partnership between Vivo and Ibi Promotora de Vendas Ltda. Ibi is also a correspondent bank of Banco Digo²⁴ (former CBSS bank), indirectly controlled by the giants Banco do Brasil and Bradesco. “Vivo Money” is precisely characterized by the flexibility, agility, and personalization that would expect from a fintech; however, it is linked to two of the most traditional banks in Brazil, even if indirectly.

Interactions between old and new agents are significantly more complex than mere competition. Drasch, Schweizer, and Urbach (2018) examined 136 cases of cooperation between European and US banks and fintechs, involving 13 dimensions and 106 characteristics. Among several aspects, the taxonomy developed by the authors allows us to assess the types of coordination and innovation and to identify the agent responsible for innovation, as well as the banks' objectives and strategies.

In the taxonomy development, we dissected and classified 136 real-world cooperations cases. Our dataset encompasses European and U.S. banks as well as international fintechs. Overall, the most cooperations are alliances (78%) and focus on product innovation (72%) in the customer-oriented financial market infrastructure (39%). Acquisition (5%) and incubation (9%) play only minor roles, while joint ventures are only represented in one case (1%) in our sample. In most cases (91%), the innovation remains with the fintech. (DRASCH, SCHWEIZER, and URBACH, 2018, p. 13-14)

Drasch, Schweizer, and Urbach (2018, p. 5) reinforce that there are strong reasons to justify cooperation between banks and fintechs, as the latter benefit from the banks' financial

...

²³ According to its official website, *Creditas* operates as a banking correspondent for the following institutions: *Familia Paulista Companhia Hipotecária*, *Companhia Hipotecária Piratini (CHP)*, *Santana Financeira*, *Sorocred Crédito Financiamento e Investimento S/A* and *Creditas Sociedade de Crédito Direto S/A*. Available at: <https://www.creditas.com.br/>. Accessed on: January 20th, 2020.

²⁴ Available at: <https://www.vivomoney.com.br/>. Accessed on: January 20th, 2020.

resources, infrastructure, access to clients, and solid reputation, while banks profit with access to new clients, products, services, capabilities and technologies achieved by fintechs. Therefore, it is understandable that a similar phenomenon would also exist in Brazil.

Dombret (2016, p. 80) explains:

After all, IT-based innovations promise more than a zero sum game among new entrants and traditional banks: some innovations are targeted at previously untapped market segments like big-data-driven lending to demographic groups which were previously difficult to rate or convenient extra services. Long-established banks may themselves discover profitable new lines of business. Through innovative IT they, too, may save [on] administrative costs and improve their risk management. While the above list of driving forces is not exhaustive, it does demonstrate that technological change should lead to a heterogeneous landscape in which competition and cooperation among traditional and innovative credit institutions, investment firms, payment services and non-regulated fintechs exist side by side.

In Brazil, cooperation between banks and fintechs may have different legal features. One of them, as already explained, is the bank correspondent's contract, even though the creation of SCDs and SEPs has given fintechs the possibility to act autonomously. Banks may also directly or indirectly control other institutions with similar characteristics or that are effectively fintechs, as in the example of Banco Digio.

Such situations raise questions as to whether the new Central Bank of Brazil regulation actually implies structural consequences for the operation of fintechs or not. As mentioned, the number of SCDs and SEPs is small, and not all authorized companies are even active. Perhaps this can be partially attributed to the novelty of Resolution CMN 4,656, of April 26th, 2018, and to the time of due adaptation. On the other hand, perhaps the reduced number of SCDs and SEPs reveals that, for many fintechs, it is sufficiently advantageous to act as a bank correspondent in association with a traditional bank.

In addition to that, the costs involved in the incorporation of an SCD or SEP, such as the minimum limit of paid-in capital and net equity, even if lower than those of traditional banks, may represent barriers to the adaptation of smaller fintechs to the new categories of the Central Bank of Brazil. Conversely, these capital requirements precisely configure a prudential regulation component to ensure that financial institutions are secure and have sufficient liquid assets (LOESCH, 2018, p. 18-19).

Thus, the initiative of regulating credit fintechs seems to face serious difficulties in dealing with the multiplicity of these agents and, at the same time, making innovation and security compatible.

3. DIGIO, BRADESCO, AND BANCO DO BRASIL: INTEREST RATES COMPARISON

We affirmed that traditional banks also benefit from financial technology, often imitating, developing, controlling, or establishing partnerships with fintechs. This statement is confirmed, for example, in the study of Banco Digio, a digital platform controlled by the giants and traditional Banco do Brasil and Bradesco. As stated above, Digio is a digital bank within a digital financial services platform. Its objective is described as combining the solidity of banks and the agility of fintechs in a compatible manner. It was created in May 2014 by Banco do Brasil and Bradesco through the holding company Elo Participações.

Fintechs have the potential to charge very high-interest rates. Sometimes, fintechs may charge higher interest rates than the ones practiced by their traditional controlling or partner banks. In this case, there is cooperation – not competition – between classic banks and fintechs, with benefits for both. From the customers' perspective, the benefits may be small. Indeed, Di Maggio and Yao (2020), using individual-level data covering fintech and traditional lenders, conclude that, for similar borrowers, fintech lenders tend to offer larger average loan sizes and charge higher interest rates.

Our data does not include the characteristics of fintech and bank borrowers, so we cannot control borrowers' characteristics. However, we present preliminary findings that, in the Brazilian context, fintechs may behave in similar ways as documented by Di Maggio and Yao (2020). Although we cannot control borrowers' credit scores, we show that the analyzed fintech stands out for practicing higher interest rates compared to their controllers (traditional banks) in most of the historical series. Since we present data for a single fintech, we cannot generalize these findings. Nevertheless, these results stimulate future research to verify whether this phenomenon holds in other settings or not.

The following data compares interest rates practiced by Digio and its controlling shareholders, Banco do Brasil and Bradesco, in the period between April 2015 and April 2020.²⁵ The data used in order to prepare the comparison tables are public and available at the Central Bank of Brazil website, according to Resolution CMN n. 4581, of May 2017. However, the data, as disposed on the Central Bank of Brazil website, is daily updated, making it impossible to provide comparisons in the long run. To prepare a time series, we have developed a methodology to capture and organize the limited pieces of information.²⁶ The monthly and

...

²⁵ The five-year period corresponds to almost the entire existence of Banco Digio, since it was launched in the first half of 2014, still under the name of CBSS Bank.

²⁶ Available at: https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais_Historico.rdl&nome=Hist%C3%B3rico%20Posterior%20a%2001%2F01%2F2012&exibeparametros=true. Accessed on: April 28th, 2020. The data on the Central Bank's website must be provided by the financial institutions themselves, constituting the Credit Infor-

annual interest rates are the averages of the rates in several operations carried out by traditional banks or fintechs, in each kind of loan.²⁷ We have compared the most common types of loans: credit card revolving credit, non-payroll loans, and payroll loans.

Comparing traditional banks and fintechs is important to support the general idea that cooperation between the banks may exceed competition. However, data made available by the Central Bank of Brazil refer only to the financial institutions listed in article 4 and items of Resolution CMN No. 4,571 of May 26th, 2017,²⁸ which include traditional banks, SCDs, and SEPs, but exclude the vast majority of fintechs, as they work under the category of bank correspondents.

It is likely that the interest rates provided by both fintechs (SCDs and SEPs) and traditional banks indistinctly incorporate the data from the bank correspondents that operate for them. Rigorously, it is the financial institution, and not the correspondent, that charges the fees. The correspondent is responsible for customer relationship services. However, it is reasonable to think that certain aspects of the relationship between correspondent and consumers – a specialization in a certain niche market and its degree of risk, for example, – have

...

mation System (SCR), through which the regulator monitors credit operations in the Financial System. SCR is outlined in Resolution No. 4571 of May 26th, 2017, and in Circular No. 3870 of December 19th, 2017. In response to a request based on the Access to Information Law (Law No. 12,527 of 2011), the Central Bank informed that “the quality control of information occurs at several levels, starting with automatic verification of data that must meet pre-established validation criteria. Then it undergoes a second level of verification by analysts in relation to suspect data (outliers) and finally, there is a third analysis concerning consolidated data for the financial system as a whole”.

- ²⁷ The Central Bank explains that “in the same modality, interest rates differ among clients of the same financial institution and vary according to several risk factors involved in the operations, such as value and quality of the guarantees presented when contracting the credit, amount of the payment given as entry in the operation, history and registration status of each client, and term of the operation, among others”. Available at: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/txjuros>. Accessed on: April 28th, 2020.
- ²⁸ “Art. 4 The following institutions must send to the Central Bank of Brazil information regarding credit operations: I – development agencies; II – savings and loan associations; III – the National Economic and Social Development Bank (BNDES); IV – commercial banks; V – exchange banks; VI – development banks; VII – investment banks; VIII – multiple banks; IX – savings banks; X – mortgage companies; XI – credit cooperatives; XII – securities brokerage firms; XIII – leasing companies; XIV – microenterprise and small business credit companies; XV – credit, financing and investment companies; XVII – securities distribution companies; XVIII – other classes of institutions subject to the regulations of the Central Bank of Brazil, authorized to carry out or acquire credit operations dealt with in this Resolution, pursuant to the regulations issued by the Central Bank of Brazil; and XIX – other classes of institutions authorized to carry out or acquire credit operations dealt with in this Resolution and subject to the regulations of a different body of the Central Bank of Brazil, with due regard for the requirements set forth in paragraphs 2 and 3” (translated).

a direct influence on the interests charged. The comparisons formalized in this paper are only possible due to the fact that Digio is a bank and not a bank correspondent.

In the credit card revolving credit – total (Table 1 and Graphic 1),²⁹ Banco Digio presents substantially higher interest rates than Banco do Brasil and Bradesco. Between April 2017 and April 2018, Bradesco features the highest rates, sometimes higher than 700% per year (the highest in the series). However, from June 2018 to April 2020, Banco Digio again shows the highest interest rates. It is worth noting that only in June and August 2017 Banco do Brasil's rates are higher than Digio's rates. Therefore, Banco Digio presents higher interest rates than both of its controlling shareholders during four of the five years analyzed. Digio's interest rates are higher than Banco do Brasil's in almost the entire period. It is also important to highlight the behavior of Bradesco's interest rates curve, with a high growth between 05/2015 and 12/2017, followed by an even faster decrease from 04/2018 to 06/2018.

TABLE 1 – CREDIT CARD REVOLVING CREDIT –TOTAL

PERIOD (MM/DD/YYYY)	INTEREST RATES PER FINANCIAL INSTITUTION					
	BANCO DO BRASIL S.A.		BANCO BRADESCO S.A.		BANCO DIGIO	
	% PER MONTH	% PER YEAR	% PER MONTH	% PER YEAR	% PER MONTH	% PER YEAR
04/01/2015 – 04/08/2015	10,37	226,74	14,92	430,35	17,18	570,35
06/01/2015 – 06/08/2015	10,83	243,28	14,93	431,08	17,06	562,30
08/03/2015 – 08/07/2015	11,44	266,73	15,31	452,86	17,64	602,79
10/01/2015 – 10/07/2015	13,27	346,10	15,93	489,19	17,92	623,10
12/01/2015 – 12/07/2015	14,32	398,03	15,95	490,59	17,83	616,62
02/01/2016 – 02/05/2016	14,65	415,58	16,00	493,34	17,87	618,90
04/01/2016 – 04/07/2016	15,25	449,13	16,03	495,45	18,06	633,15
06/01/2016 – 06/07/2016	15,31	452,43	16,05	496,47	17,95	625,17
08/01/2016 – 08/05/2016	15,10	440,77	17,02	559,37	17,87	618,95

(it continues)

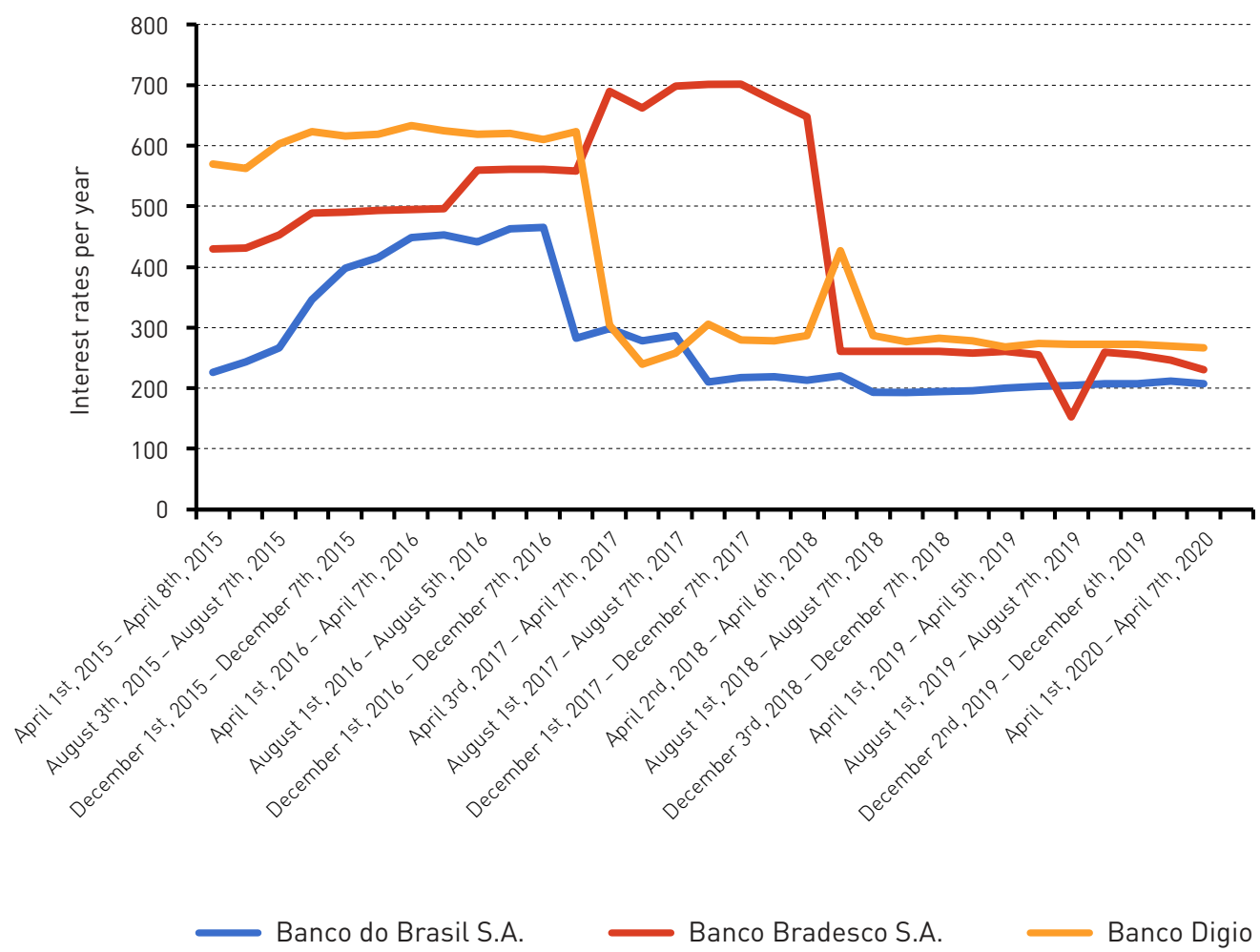
...

²⁹ This type of credit includes “operations to finance the remaining debit balance after partial payment of credit card invoices. It includes cash withdrawals with the use of the card in the credit function”. Available at: https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/docs_estatisticasmonetariascredito/glossariocredito.pdf. Accessed on: May 6th, 2020.

10/03/2016 – 10/07/2016	15,49	462,90	17,04	560,61	17,89	620,51
12/01/2016 – 12/07/2016	15,53	465,31	17,04	560,80	17,75	610,08
02/01/2017 – 02/07/2017	11,82	282,13	17,00	557,91	17,93	623,26
04/03/2017 – 04/07/2017	12,22	299,07	18,78	688,94	12,33	303,73
06/01/2017 – 06/07/2017	11,73	278,55	18,44	662,23	10,73	239,70
08/01/2017 – 08/07/2017	11,94	287,24	18,90	698,23	11,23	258,61
10/02/2017 – 10/06/2017	9,90	210,33	18,93	700,65	12,39	306,36
12/01/2017 – 12/07/2017	10,10	217,14	18,94	701,46	11,77	279,91
02/02/2018 – 02/08/2018	10,15	218,98	18,60	674,19	11,73	278,45
04/02/2018 – 04/06/2018	9,98	213,02	18,25	647,69	11,93	286,58
06/01/2018 – 06/07/2018	10,20	220,73	11,28	260,42	14,87	427,62
08/01/2018 – 08/07/2018	9,38	193,40	11,29	261,10	11,94	287,09
10/01/2018 – 10/05/2018	9,39	193,42	11,31	261,61	11,69	277,03
12/03/2018 – 12/07/2018	9,41	194,20	11,29	261,07	11,82	282,06
02/01/2019 – 02/07/2019	9,48	196,40	11,23	258,61	11,74	278,76
04/01/2019 – 04/05/2019	9,61	200,76	11,30	261,47	11,48	268,40
06/03/2019 – 06/07/2019	9,70	203,74	11,14	255,08	11,61	273,47
08/01/2019 – 08/07/2019	9,72	204,33	8,04	152,80	11,58	272,50
10/01/2019 – 10/07/2019	9,80	207,06	11,25	259,55	11,57	272,17
12/02/2019 – 12/06/2019	9,82	207,83	11,14	255,09	11,58	272,22
03/02/2020 – 02/07/2020	9,95	212,12	10,90	245,93	11,50	269,30
04/01/2020 – 04/07/2020	9,82	207,80	10,48	230,53	11,42	266,05

Source: Authors' own elaboration.

GRAPHIC 1 – CREDIT CARD REVOLVING CREDIT – TOTAL



Source: Authors’ own elaboration.

In the non-payroll type (Table 2 and Graphic 2),³⁰ Banco Digio presents higher interest rates than Banco do Brasil and Bradesco throughout the period. The difference starts as quite substantial and decreases over the five years. Banco do Brasil features the lowest rates, whereas Bradesco occupies an intermediate position.

30 This type of credit includes “personal credit transactions without payroll deduction”. Available at: https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/docs_estatisticasmonetariascredito/glossariocredito.pdf. Accessed on: May 6th, 2020.

TABLE 2 — NON-PAYROLL LOANS

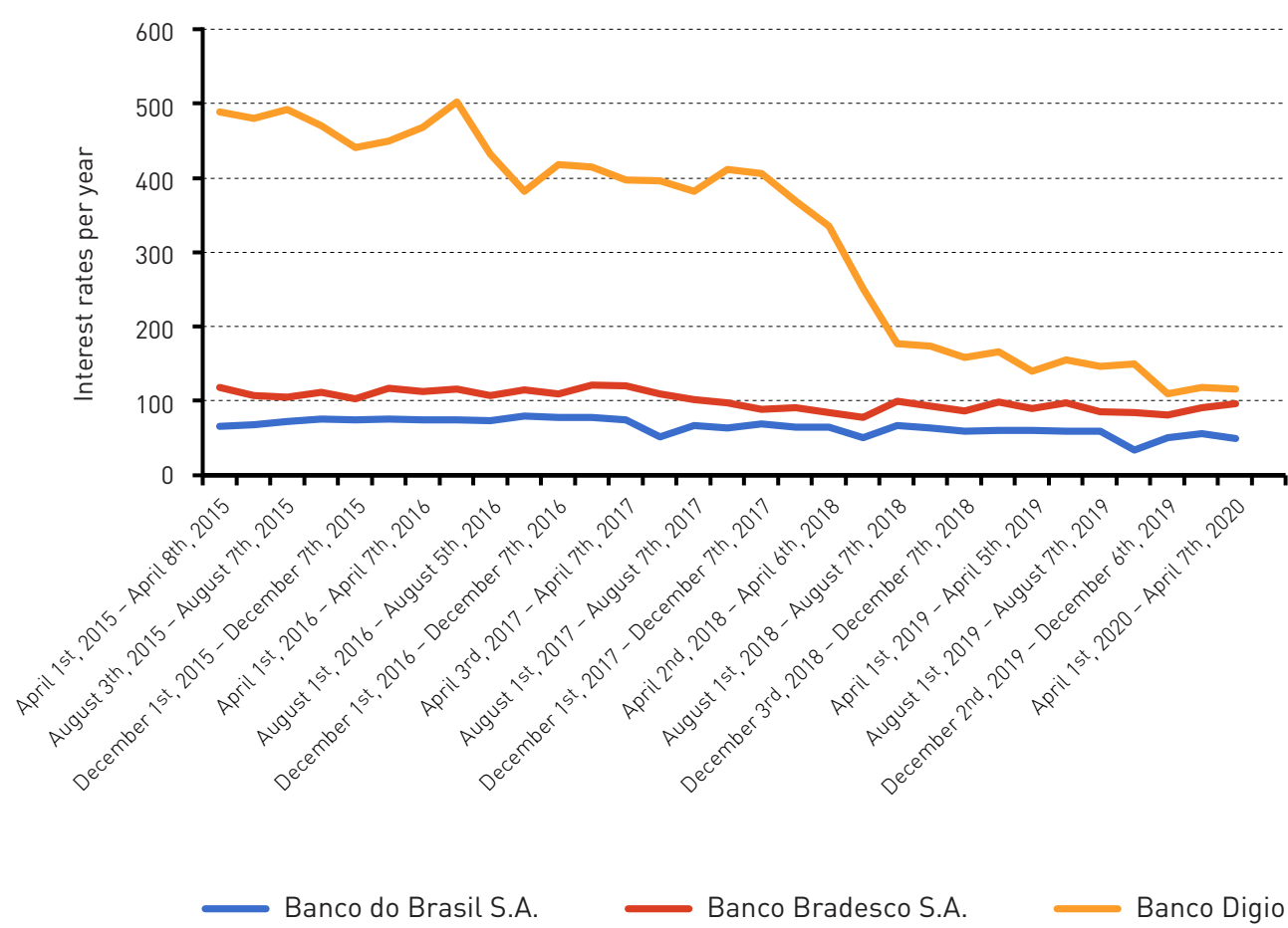
PERIOD (MM/DD/YYYY)	INTEREST RATES PER FINANCIAL INSTITUTION					
	BANCO DO BRASIL S.A.		BANCO BRADESCO S.A.		BANCO DIGIO	
	% PER MONTH	% PER YEAR	% PER MONTH	% PER YEAR	% PER MONTH	% PER YEAR
04/01/2015 – 04/08/2015	4,28	65,34	6,71	118,00	15,91	487,87
06/01/2015 – 06/08/2015	4,41	67,86	6,28	107,67	15,77	479,64
08/03/2015 – 08/07/2015	4,65	72,43	6,18	105,25	15,96	491,26
10/01/2015 – 10/07/2015	4,78	75,10	6,42	111,06	15,60	469,73
12/01/2015 – 12/07/2015	4,73	74,20	6,08	103,00	15,09	440,17
02/01/2016 – 02/05/2016	4,80	75,60	6,68	117,35	15,26	449,67
04/01/2016 – 04/07/2016	4,76	74,75	6,51	113,09	15,57	467,94
06/01/2016 – 06/07/2016	4,73	74,10	6,63	116,05	16,13	501,82
08/01/2016 – 08/05/2016	4,70	73,58	6,25	107,08	14,94	431,60
10/03/2016 – 10/07/2016	5,00	79,65	6,59	115,07	14,00	381,86
12/01/2016 – 12/07/2016	4,92	77,86	6,35	109,27	14,68	417,23
02/01/2017 – 02/07/2017	4,93	78,15	6,84	121,26	14,62	414,07
04/03/2017 – 04/07/2017	4,74	74,28	6,79	119,88	14,30	397,03
06/01/2017 – 06/07/2017	3,55	52,03	6,37	109,89	14,26	395,29
08/01/2017 – 08/07/2017	4,36	66,83	6,02	101,77	14,00	381,71
10/02/2017 – 10/06/2017	4,19	63,68	5,85	97,91	14,57	411,48
12/01/2017 – 12/07/2017	4,47	69,00	5,44	88,89	14,45	405,27
02/01/2018 – 02/07/2018	4,25	64,84	5,55	91,10	13,75	369,05
04/02/2018 – 04/06/2018	4,26	64,98	5,20	83,79	13,03	334,97
06/01/2018 – 06/07/2018	3,47	50,66	4,92	77,85	11,02	250,74
08/01/2018 – 08/07/2018	4,35	66,61	5,91	99,23	8,84	176,47
10/01/2018 – 10/05/2018	4,18	63,39	5,65	93,42	8,76	173,77
12/03/2018 – 12/07/2018	3,98	59,68	5,35	86,80	8,25	158,87
02/01/2019 – 02/07/2019	3,99	59,96	5,87	98,19	8,51	166,50

(it continues)

04/01/2019 – 04/05/2019	4,03	60,73	5,47	89,43	7,56	139,76
06/03/2019 – 06/07/2019	3,94	58,93	5,83	97,34	8,13	155,38
08/01/2019 – 08/07/2019	3,93	58,75	5,29	85,53	7,81	146,68
10/01/2019 – 10/07/2019	2,47	33,96	5,22	84,09	7,92	149,48
12/02/2019 – 12/06/2019	3,48	50,71	5,09	81,44	6,36	109,59
03/02/2020 – 02/07/2020	3,79	56,22	5,55	91,15	6,72	118,33
04/01/2020 – 04/07/2020	3,41	49,46	5,79	96,49	6,61	115,49

Source: Authors’ own elaboration.

GRAPHIC 2 – NON-PAYROLL LOANS



Source: Authors’ own elaboration.

Finally, the payroll-loans – INSS modality (Table 3 and Graphic 3)³¹ do not present big differences, as the interest rates are regulated by the Federal Government. Even so, it is certain that, from October 2017 to April 2020, Banco Digio presented somewhat higher rates. Although the interest rates of the three institutions remain similar throughout the series, Banco Digio practices higher rates during most of the period in which it operates. From April 2015 to April 2016, Banco Digio did not present data for this modality of loans. The absence of data from Banco Digio in this period can be explained either by the non-operation in the modality throughout this period or by the absence of information provided by the institution to the Central Bank of Brazil.

TABLE 3 – PAYROLL-LOANS

PERIOD (MM/DD/YYYY)	INTEREST RATES PER FINANCIAL INSTITUTION					
	BANCO DO BRASIL S.A.		BANCO BRADESCO S.A.		BANCO DIGIO	
	% PER MONTH	% PER YEAR	% PER MONTH	% PER YEAR	% PER MONTH	% PER YEAR
04/01/2015 – 04/08/2015	2,13	28,76	2,17	29,38	X	X
06/01/2015 – 06/08/2015	2,13	28,78	2,02	27,08	X	X
08/03/2015 – 08/07/2015	2,13	28,78	2,13	28,70	X	X
10/01/2015 – 10/07/2015	2,13	28,77	2,13	28,70	X	X
12/01/2015 – 12/07/2015	2,23	30,30	2,35	32,17	X	X
02/01/2016 – 02/05/2016	2,34	31,96	2,36	32,25	X	X
04/01/2016 – 04/07/2016	2,34	31,93	2,35	32,14	X	X
06/01/2016 – 06/07/2016	2,34	31,93	2,12	28,68	2,25	30,58
08/01/2016 – 08/05/2016	2,33	31,90	2,25	30,66	2,25	30,57
10/03/2016 – 10/07/2016	2,33	31,90	2,26	30,80	2,25	30,65
12/01/2016 – 12/07/2016	2,33	31,91	2,33	31,88	2,24	30,50

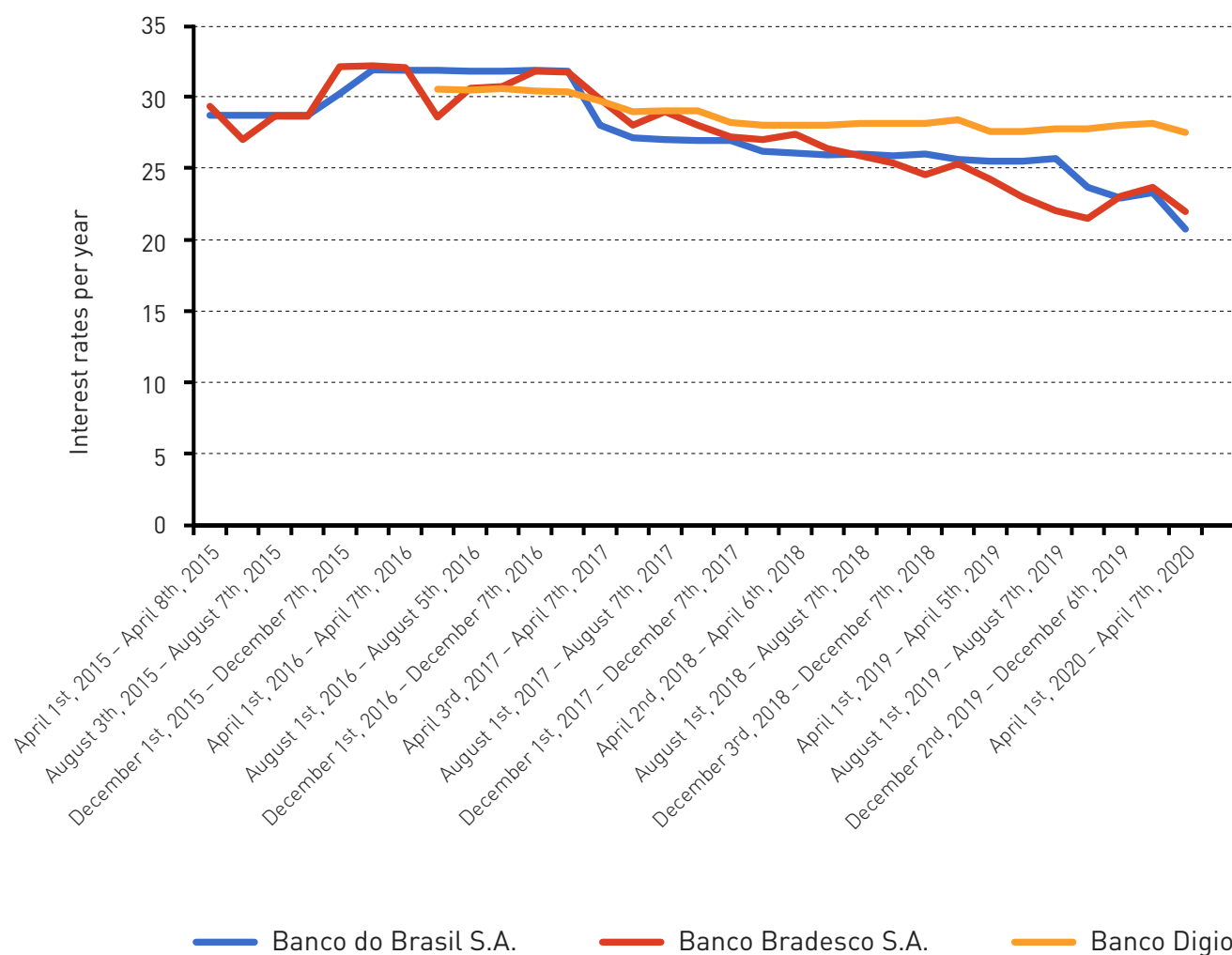
(it continues)

31 Payroll-loans refer to “personal loans with payroll deduction”. Specifically, consigned personal loans for INSS beneficiaries comprise “consigned personal loans for retirees and pensioners of the National Institute of Social Security (INSS)”. Available at: https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/docs_estatisticasmonetariascredito/glossariocredito.pdf. Accessed on: May 6th, 2020.

02/01/2017 – 02/07/2017	2,33	31,89	2,33	31,83	2,24	30,42
04/03/2017 – 04/07/2017	2,08	28,06	2,21	29,94	2,20	29,78
06/01/2017 – 06/07/2017	2,03	27,22	2,08	28,06	2,15	29,01
08/01/2017 – 08/07/2017	2,02	27,09	2,15	29,05	2,15	29,06
10/02/2017 – 10/06/2017	2,01	27,03	2,08	28,06	2,15	29,09
12/01/2017 – 12/07/2017	2,01	27,02	2,03	27,23	2,10	28,25
02/01/2018 – 02/07/2018	1,96	26,22	2,02	27,09	2,08	28,06
04/02/2018 – 04/06/2018	1,95	26,10	2,04	27,44	2,09	28,11
06/01/2018 – 06/07/2018	1,95	26,02	1,97	26,42	2,08	28,06
08/01/2018 – 08/07/2018	1,95	26,06	1,94	25,94	2,09	28,23
10/01/2018 – 10/05/2018	1,94	25,93	1,90	25,41	2,09	28,18
12/03/2018 – 12/07/2018	1,95	26,04	1,85	24,58	2,09	28,21
02/01/2019 – 02/07/2019	1,92	25,69	1,90	25,34	2,11	28,49
04/01/2019 – 04/05/2019	1,91	25,56	1,83	24,32	2,05	27,61
06/03/2019 – 06/07/2019	1,91	25,54	1,74	23,06	2,05	27,61
08/01/2019 – 08/07/2019	1,93	25,74	1,68	22,07	2,07	27,86
10/01/2019 – 10/07/2019	1,79	23,75	1,64	21,54	2,07	27,86
12/02/2019 – 12/06/2019	1,74	22,98	1,75	23,12	2,08	28,08
02/03/2020 – 02/07/2020	1,76	23,35	1,79	23,73	2,09	28,23
04/01/2020 – 04/07/2020	1,59	20,79	1,67	22,05	2,05	27,57

Source: Authors' own elaboration.

GRAPHIC 3 – PAYROLL LOANS – INSS



Source: Authors' own elaboration.

By analyzing the comparisons, we may conclude that Banco Digio, a digital platform controlled by two of the largest and most traditional banks (Banco do Brasil and Bradesco) has practiced higher interest rates in the three credit modalities, at least for most of the analyzed period.

CONCLUSION

The discourses that identify fintechs as competitors to traditional banks present a rather partial picture. A more adequate view of this scenario reveals several mechanisms of cooperation and reciprocal benefits that arise from the interaction between new and old lenders. In Brazil, these cooperation mechanisms may present themselves in several ways, mainly through the banking correspondent's contract, but also as stock control of fintechs by traditional banks.

Facing regulatory difficulties involving the compatibility of innovation and security in the banking sector, the Central Bank of Brazil intended to regulate credit fintechs by creating two new legal enterprises: the Direct Credit Company (SCD) and the Personal Loan

Company (SEP). These two new legal arrangements allegedly aim to “increase legal security in the segment, increase competition among financial institutions and expand opportunities for economic agents to access the credit market”.³²

However, we argue that the new regulatory categories of the Central Bank of Brazil face challenges becoming effective and suitable instruments for the objectives proposed by the Central Bank itself. We note that the number of credit fintechs that have taken the form of SCDs or SEPs is still small. Moreover, some fintechs maintain partnerships with banks – the status of bank correspondent – even after converting into SCDs or SEPs. If, on the one hand, this may be related to the need for more time to adapt, on the other hand, it may suggest that, for many fintechs, it is sufficiently advantageous to act as a bank correspondent in association with a traditional financial institution. This reality may also reveal that the incorporation of a SCD or SEP presupposes too high investment for the adaptation of smaller fintechs to the new categories. Without a doubt, the answers to these questions await a longer period of maturation and research effort.

Finally, through a comparison of interest rates based on data provided by the Central Bank of Brazil, summarized and organized by us, we demonstrate that fintechs can even practice higher interest rates than the traditional financial institutions with which they cooperate. The comparison involved interest rates practiced by Banco Digio, a digital platform, and the traditional banks that controlled it (Banco do Brasil and Bradesco) in three modalities: credit card revolving credit – total, non-payroll loans, and payroll loans – INSS, from April 2015 to April 2020. Although each type of credit presents a different progression of interest rates, in all of them, Banco Digio stands out for practicing the highest interest rates, at least in most of the historical series.

We also explain that the analysis developed here does not have – nor could have – a generalizing purpose. In fact, as the raw data published by the Central Bank of Brazil refer only to the institutions of article 4 and items of Resolution No. 4,571, of May 26th, 2017, as the immense majority of credit fintechs operate as banking correspondents, these comparisons are difficult to access. Since we present data for a single fintech, we cannot generalize our findings. Nevertheless, and perhaps for this very reason, our empirical analysis serves as a warning to approaching the fintech phenomenon more thoroughly and cautiously.

...

³² Public Consultation Notice 55/2017, August 30th, 2017.

REFERENCES

AGATHOKLEOUS, Anthousa. *From FinTech to RegTech: How Have European Countries Responded to the Development of Fintech Through Regulation?* 2019. Dissertation (Master of Laws) – University of Nottingham, Nottingham, 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de inclusão financeira – N. 3*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2015. Available at: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/RIF2015.pdf. Accessed on: July 7th, 2020.

BREYER, Stephen. *Regulation and Its Reform*. Cambridge: Massachusetts: London: Harvard University Press, 1982.

CHANG, Ha-Joon. The Economics and Politics of Regulation. *Cambridge Journal of Economics*, Cambridge, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997.

CHRISTENSEN, Clayton M. *et al.* Disruptive Innovation for Social Change. *Harvard Business Review*, Boston, v. 84, n. 12, p. 94-101, Dec. 2006.

CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael; MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? *Harvard Business Review*, Dec. 2015. Available at: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. Accessed on: July 7th, 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. Available at: <https://cnf.org.br/uniao-entre-bb-e-bradesco-o-banco-cbss-vira-digio/>. Accessed on: January 20th, 2020.

COTIAS, Adriana. Santander lança “Pi”, sua plataforma digital de investimentos. *Valor Econômico*, March 14th, 2019. Available at: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2019/03/14/santander-lanca-pi-sua-plataforma-digital-de-investimentos.ghtml>. Accessed on: January 20th, 2020.

DAROLLES, Sergei. The Rise of Fintechs and Their Regulation. *Financial Stability Review*, Banque de France, issue 20, p. 85-92, Apr. 2016.

DIGIO BANK. *Somos o Digio!* Available at: <https://www.digio.com.br/conheca-o-digio/>. Accessed on: January 20th, 2020.

DI MAGGIO, Marco; YAO, Vincent. *Fintech Borrowers: Lax-screening or Cream-skimming*. National Bureau of Economic Research (Working Paper 28021), 2020.

DOMBRET, Andreas. Beyond Technology – Adequate Regulation and Oversight in the Age of Fintechs. *Financial Stability Review*, Banque de France, issue 20, p. 77-83, 2016.

DRASCH, Benedict; SCHWEIZER, André; URBACH, Nils. Integrating the ‘Troublemakers’: A Taxonomy for Cooperation Between Banks and Fintechs. *Journal of Economics and Business*, Elsevier, v. 100(C), p. 1-27, 2018.

FERRAZ, Daniel Amin; OLIVEIRA, Andréa Luíza. Da franquia de crédito sob a perspectiva das *fintechs*: limites e possibilidades. *Revista da Procuradoria do Banco Central*, [s. l.], v. 13 n. 1, p. 60-74, 2019.

GARBOR, Daniela; BROOKS, Sally. The Digital Revolution in Financial Inclusion: International Development in the Fintech Era. *New Political Economy*, [s. l.], v. 22, n. 4, p. 423-436, 2017.

GAZZONI, Mariana. Banco CBSS lança cartão para concorrer com Nubank. *Exame*, September 13th, 2016. Available at: <https://exame.abril.com.br/negocios/cbss-lanca-cartao-para-concorrer-com-nubank/>. Accessed on: January 20th, 2020.

GOLDMAN SACHS. Future of Finance: Fintech’s Brazil Moment. *The Goldman Sachs Group: Future of Finance Series*, May 12th, 2017.

KAMINSKA, Izabella. When Financial Inclusion Stands for Financial Intrusion. *Financial Times*, July 31st, 2015. Available at: <https://ftalphaville.ft.com/2015/07/31/2135943/when-financial-inclusion-stands-for-financial-intrusion/>. Accessed on: July 7th, 2020.

LOESCH, Stefan. *Guide to Financial Regulation for Fintech Entrepreneurs*. 1st ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2018.

LYNN, Theo *et al.* *Disrupting Finance: FinTech and Strategy in the 21st Century*. London: Palgrave Macmillan, 2019.

MAS, Ignacio; SIEDEK, Hannah. Banking Through Networks of Retail Agents. *CGAP Focus Note*, n. 47, May 2008. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1655259>. Accessed on: Feb. 7th, 2023.

NERY JÚNIOR, Nelson. Correspondente bancário, natureza jurídica e função. In: NERY JÚNIOR, Nelson (org.). *Soluções práticas de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 3. p. 43-76.

PHILIPPON, Thomas. *The Fintech Opportunity*. National Bureau of Economic Research (Working Paper 22476), 2016.

SIQUEIRA, André H. *et al.* LIFT – Laboratório de Inovação Financeira e Tecnológica. *Revista do LIFT – Banco Central do Brasil*, Brasília, v. 1, n. 1, Mar. 2019.

VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. Regulação econômica de *fintechs* de crédito: perspectivas e desafios para a abordagem regulatória. *Revista da Procuradoria do Banco Central*, [s. l.], v. 13, n. 1, Jun. 2019, p. 44-59.

WORLD BANK. *World Development Report 2015: Mind, Society and Behavior*. Washington, DC: World Bank, 2015.

YADAV, Yesha; BRUMMER, Chris. Fintech and the Innovation Trilemma. *Georgetown Law Journal*, [s. l.], n. 235, 2019.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

VERONESE, Davi Ferreira; BERTRAN, Maria Paula. Fintechs and Traditional Banks: Regulation, Competition, and Cooperation in Brazil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2317, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202317>

Davi Ferreira Veronese

MASTERS STUDENT IN POLITICAL SCIENCE AT UNIVERSITY OF SÃO PAULO (USP). DEGREE IN LAW FROM UNIVERSITY OF SÃO PAULO (USP).

daviveronese@usp.br

Maria Paula Bertran

ASSOCIATE PROFESSOR AT UNIVERSITY OF SÃO PAULO (ECONOMIC LAW), RIBEIRÃO PRETO LAW SCHOOL. DISTINGUISHED BRAZILIAN FULBRIGHT CHAIR IN DEMOCRACY AND HUMAN DEVELOPMENT. FOUNDER OF THE ACREDITO THINK TANK – FOR SUSTAINABLE CREDIT, AT UNIVERSITY OF SÃO PAULO (USP).

bertran@usp.br

mpbertran@gmail.com

1 Universidade Federal do Paraná,
Curitiba, Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-3937-5224>

2 Universidade Federal do Paraná,
Curitiba, Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-5027-9394>



Padrões nos acórdãos do Tribunal Regional Federal da Quarta Região

PATTERNS IN THE JUDGMENTS OF THE FEDERAL REGIONAL COURT OF THE FOURTH REGION

Marcos Maia¹ e Cicero Aparecido Bezerra²

Resumo

A jurimetria, como são chamados os estudos estatísticos efetuados em bases de dados jurídicas, tem tido sua importância reconhecida visto a capacidade de contribuir com a transparência do sistema judiciário, fornecendo análises isentas de vieses e tornando explícitas as anormalidades e os padrões que permeiam as decisões jurídicas. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é identificar padrões associados às decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Trata-se de um estudo que empregou métodos quantitativos multivariados em acórdãos judiciais disponibilizados no ano de 2018 pelo TRF4. Os resultados encontrados mostram que votos favoráveis às demandas estão associados às apelações e às pessoas de direito privado; os votos que atenderam parcialmente às demandas formaram padrões que os associaram aos reexames necessários e aos juízes substitutos; já grande parte dos votos desfavoráveis foram encontrados em decisões unânimes, proferidos por desembargadores, em embargos demandados e em demandas movidas por pessoas de direito público.

Palavras-chave

Jurimetria; TRF4; decisões; padrões; estudos empíricos.

Abstract

Jurimetrics, as statistical studies carried out in legal databases are called, has been recognized for its ability to contribute to the transparency of the judicial system, providing unbiased analysis and making the abnormalities and standards that permeate legal decisions explicit. In this sense, the objective of this paper is to identify patterns associated with the decisions of the Federal Regional Court of the 4th Region (TRF4). This is a jurimetric study that used multivariate quantitative methods on judgments made available in 2018 by TRF4. The results show that votes in favor of the demands are associated with appeals and private law persons; the votes that partially met the demands, formed standards with the re-examinations and, the substitute judges; most of the unfavorable votes were found in unanimous decisions, handed down by appellate judges, in embargoes demanded, and demands brought by people of public law.

Keywords

Jurimetrics; TRF4; decisions; patterns; empirical studies.

INTRODUÇÃO

O ato de analisar estatisticamente os dados originados em processos jurídicos tem sido conhecido como jurimetria. Esse método advém de uma possibilidade de implementar políticas de transparência, fiscalização e eficiência no Poder Judiciário brasileiro, uma vez que busca “investigar e analisar fenômenos jurídicos por meio da observação empírica” (MENEZES e BARROS, 2017, p. 46). Porém, ainda que sua utilização seja de relevada importância, o uso aplicado às decisões judiciais está apenas em seu início (CASTRO, 2017), de tal maneira que essa disciplina nem sequer mostra consolidação nas grades de ensino das faculdades de Direito (NUNES e DUARTE, 2020).

Mesmo sendo um tema pouco explorado (MENEZES e BARROS, 2017), constata-se crescente interesse nas suas aplicações (ZABALA e SILVEIRA, 2014). A importância de estudos empíricos voltados ao Direito, baseados em análise de dados, dá-se pelo fato de serem livres de vieses ou agendas políticas (RAMELLO e VOIGT, 2020). Estudos dessa natureza carregam a promessa de aumentar a eficiência e a justiça do Direito, e explicitam fatores extrajudiciais e anomalias comportamentais que afetam as decisões (CHEN, 2019). Além disso, são pesquisas capazes de responder a questões acerca de “como explicar empiricamente a variação verificada nas decisões judiciais?” (GOMES NETO, 2020, p. 228) ou, efetivamente, “como decidem as cortes?” (MELLO, 2018, p. 690).

Nesse sentido, a busca por padrões em decisões judiciais é premente. Alguns autores sustentam que estudos dessa natureza podem descobrir elementos de “causalidade e investigar os múltiplos fatores que influenciam o comportamento dos agentes jurídicos” (NUNES, 2016, p. 116). Outros julgam necessárias pesquisas que busquem descobrir “fatores que influenci[e]m ou que exer[ça]m algum papel na tomada de decisões pelo magistrado [associados aos] padrões de comportamento legal” (ANDRADE, 2018, p. 687).

Dessa forma, considerando o crescente interesse na atuação do Poder Judiciário (VEÇOSO *et al.*, 2014), bem como a escassez de estudos que buscam padrões de votação e efeitos de composição dos colegiados sobre os resultados dos acórdãos, em específico na literatura brasileira (SANTOS, 2017, p. 478), este artigo busca identificar padrões associados às decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e tem como norteador o seguinte problema de pesquisa: é possível distinguir a decisão judicial a partir do tipo do juiz decisor, do apelante e do tipo processual? Trata-se de um estudo quantitativo, que emprega métodos multi e bivariados sobre dados coletados no diário eletrônico do TRF4, para acórdãos judiciais disponibilizados entre 1º de janeiro de 2018 e 31 de dezembro de 2018.

Assim, não somente o objetivo do presente artigo, mas também os próprios métodos empregados, alinham-se à vertente acadêmica na qual a busca por “padrões decisórios dos tribunais brasileiros t[e]m sido objeto de um escrutínio cada vez maior por parte de cientistas políticos, sociólogos e juristas, que adotam metodologias empíricas para compreendê-los” (HORTA e COSTA, 2020, p. 78).

1. REFERENCIAL TEÓRICO

Esta seção aborda conceitualmente os tópicos relacionados à decisão judicial e à jurimetria. A intenção é fazer com que o leitor se familiarize com esses elementos, no entanto, sem a pretensão de esgotá-los, mas sim de facilitar a compreensão a partir da contextualização deles.

1.1. DECISÃO JUDICIAL

A decisão judicial é de fundamental importância no estudo do Direito (JORGE NETO, 2019) e pode ser descrita basicamente por três vertentes: (i) analisa a decisão judicial a partir de uma abordagem interpretativa ou argumentativa; (ii) estuda a decisão como comportamento judicial; e (iii) vincula as decisões judiciais às ciências do conhecimento e às neurociências (HORTA, 2016).

Enquanto estudada exclusivamente em seu viés argumentativo, a decisão judicial é definida como “discurso ou pronunciamento de justificação de uma sentença ou acórdão [dado em função da] avaliação da qualidade, correção ou retórica discursiva” (HORTA, 2016, p. 152). Dessa forma, a validade de uma decisão judicial está atrelada a um ato individual da autoridade investida de poder (juiz), diante de um padrão de racionalidade argumentativa que seja persuasivo (RODRIGUEZ, 2013).

No aspecto comportamental, a decisão judicial pressupõe que os juízes não apenas seguem a lei, mas também que são motivados por suas preferências ideológicas, sendo o comportamento judicial o estudo teórico e empírico das escolhas feitas pelos magistrados (EPSTEIN, 2016). Esse aspecto tem sido recorrentemente estudado a partir: (i) do modelo legalista, em que o fator preponderante explicativo da decisão judicial é tão somente o “material jurídico ortodoxo” (MELLO, 2018, p. 692); (ii) do modelo atitudinal, no qual as decisões judiciais não decorrem puramente da aplicação de normas jurídicas abstratas, mas sim das preferências individuais de cada juiz, dos seus valores e das suas convicções ideológicas (GOMES NETO, 2020); e (iii) do modelo estratégico, no qual as decisões levam em consideração múltiplas influências, constrangidas por forças políticas, sociais, institucionais, por opiniões públicas e pelos demais poderes da República (OLIVEIRA, 2012a).

Quanto ao aspecto cognitivo, visto que a decisão pode ser conceitualizada como “a escolha de um curso de ação, influenciado por heurísticas, vieses e processos cognitivos implícitos ou inconscientes” (HORTA, 2016, p. 171), ela pode advir da carga cognitiva do decisor, de forma consciente ou inconsciente. Sob esse aspecto, é possível, portanto, lançar luz sobre a “responsabilidade das pessoas por suas condutas; o tema acerca dos meios de prova; e na questão da administração de justiça para as vítimas e os infratores, quando são proferidas as decisões judiciais” (PESSOA, 2019, p. 266). A importância do estudo da decisão cognitiva reside no fato de que “a rapidez imprecisa do modo instintivo de pensar deve ceder a ponderações racionais de base científica, sempre calcadas no aumento do bem-estar social” (WOLKART, 2018, p. 494).

A decisão judicial tem sido foco de estudos empíricos, categorizados por alguns autores como “importantes”, visto que, “se compete ao Judiciário interpretar as normas e decidir os conflitos de interesse, uma parte fundamental da compreensão do que o Direito é depende do adequado entendimento de como os juízes e as cortes decidem” (MELLO, 2018, p. 690). Nesse sentido, “inegável é a valia da jurimetria, metodologia ainda pouco explorada, para avaliação do real impacto social da norma ao ser aplicada ao caso concreto” (MENEZES e BARROS, 2017, p. 80).

1.2. JURIMETRIA

A associação da Estatística ao Direito é anterior à década de 1950, no entanto, sua difusão se deu por intermédio do advogado Lee Loewinger, que, em 1971, publicou o artigo “Jurimetrics: The Next Step Forward” (ANDRADE, 2018). Trata-se de uma técnica que busca “investigar e analisar fenômenos jurídicos por meio da observação empírica” (MENEZES e BARROS, 2017, p. 46), “baseado no uso do empirismo, combinado com análises estatísticas, aplicado ao estudo do Direito” (YEUNG, 2017, p. 249).

Sua aplicabilidade se dá em um contexto no qual

o advogado precisa saber como uma causa será julgada e como o juiz reagirá a diferentes tipos de argumentações [e por outro lado] o juiz precisa antever quais efeitos sociais sua sentença produzirá, de forma a decidir de acordo com as consequências que lhe pareçam mais adequadas. (NUNES, 2016, p. 156)

Quando associada às decisões judiciais, a jurimetria visa “executar um apurado processo de modelagem e fazer uso das informações processuais disponíveis [cujo] intuito é mensurar as incertezas a respeito do caso e fornecer o embasamento técnico para o juiz” (ZABALA e SILVEIRA, 2014, p. 79). De modo geral, “a jurimetria quebra o paradigma alienante [em] que se encontra a ciência jurídica na atualidade propondo um método para a compreensão da realidade social” (BARBOSA e MENEZES, 2016, p. 287).

Como vantagens da utilização da jurimetria tem-se a “implementação de políticas de transparência, de fiscalização, de eficiência, de redução de gastos, de colheita de dados em tempo real e, principalmente, de análise da realidade social” (MENEZES e BARROS, 2017, p. 45), o que permitiria a “avaliação da eficácia de políticas públicas, decisões judiciais e leis vigentes ao analisar os correspondentes impactos na sociedade” (MENEZES e BARROS, 2017, p. 55), principalmente em decorrência de ser um método imparcial, baseado na pesquisa quantitativa empírica, a qual é isenta de juízos de valor. Apesar disso, alguns autores notam que, embora “pesquisas empíricas em Direito no Brasil sejam realizadas desde a década de 1970 [...] ainda se discutem os motivos da sua relativa incipiência” (HORTA, ALMEIDA e CHILVARQUER, 2014, p. 162).

Como desvantagens, já que normalmente os dados são qualitativos (decisão favorável ou desfavorável), faz-se necessária uma eventual categorização, de modo que se possa manipulá-los

e interpretá-los estatisticamente, o que nem sempre se dá de maneira trivial (YEUNG, 2017). Ademais, as dificuldades advindas do conservadorismo, do engessamento do Poder Judiciário e dos vieses das decisões proferidas pelos magistrados não podem ser descartadas, dadas as interferências políticas (MENEZES e BARROS, 2017).

De qualquer maneira, a jurimetria pode vir a ser uma ferramenta de grande utilidade para juízes e advogados (RANGEL, 2014).

2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Esta pesquisa classifica-se como: (i) aplicada quanto à sua natureza, haja vista que tem por objetivo gerar conhecimentos por intermédio de aplicação prática em decisões do TRF4, publicadas no ano de 2018; (ii) explicativa quanto aos seus objetivos, pois visa identificar padrões associados às decisões; e, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, como (iii) pesquisa de campo, pois tem por finalidade conseguir dados em publicações do referido tribunal, a fim de comprovar a existência ou não de padrões nas decisões (PRODANOV e FREITAS, 2013).

O objeto de análise foram os acórdãos publicados no ano de 2018, com decisões proferidas por 52 desembargadores do TRF4, tribunal responsável por julgar recursos de causas decididas por juízes federais de primeira instância que envolvam a União Federal, autarquias e empresas públicas, além de decisões proferidas por juízes de direito em causas relacionadas a matéria previdenciária e execuções fiscais (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, [201-]), sendo suas competências estabelecidas em quatro seções, mostradas no Quadro 1.

QUADRO 1 – COMPETÊNCIAS DAS SEÇÕES DO TRF4

SEÇÃO	COMPETÊNCIA	TURMAS
1ª	TRABALHISTA, ADUANEIRA E TRIBUTÁRIA	1ª E 2ª
2ª	ADMINISTRATIVA, CIVIL, COMERCIAL, RESIDUAL (TODAS AS MATÉRIAS QUE NÃO SÃO AFETAS ÀS 1ª, 3ª E 4ª SEÇÕES)	3ª E 4ª
3ª	PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL	5ª E 6ª
4ª	PENAL	7ª E 8ª

Fonte: Adaptado de Tribunal Federal Regional da 4ª Região ([201-]).

A base de dados analisada foi estruturada a partir de técnicas de *web scraping* (POLIDORO *et al.*, 2015; SELLARS, 2018) e seguiu o protocolo de coleta de dados mostrado no Quadro 2.

QUADRO 2 – **PROTOCOLO DE COLETA DE DADOS**

ETAPA	OBJETIVO	FONTE DE DADOS	SUPORTE TECNOLÓGICO
1	OBTER ACÓRDÃOS	HTTPS://WWW.TRF4.JUS.BR/TRF4/DIARIO/CONSULTA_DIARIO.PHP, COM AS OPÇÕES: (1) TIPO DE PUBLICAÇÃO, JUDICIAL; (2) DATA DE DISPONIBILIZAÇÃO, DE 01.01.2018 A 31.12.2018; (3) ÓRGÃO, TRF4; (4) TIPO, ACÓRDÃO.	PACOTE R RVEST (WICKHAM, 2019A)
2	RECORTAR NÚMEROS-CHAVE DOS ACÓRDÃOS	HTTPS://WWW.TRF4.JUS.BR/TRF4/DIARIO/CONSULTA_DIARIO.PHP	PACOTE R HTTR (WICKHAM, 2019B)
3	LOCALIZAR ACÓRDÃOS INDIVIDUALIZADOS	HTTPS://WWW.TRF4.JUS.BR/TRF4/DIARIO/CONSULTA_DIARIO.PHP	PACOTE R URLTOOLS (KEYES ET AL., 2019)
4	BUSCAR ACÓRDÃOS INDIVIDUALIZADOS	HTTPS://WWW.TRF4.JUS.BR/TRF4/DIARIO/VISUALIZA_DOCUMENTO_JUD.PHP?ORGAO=1&CODIGO_DOCUMENTO=1&ID_MATERIA=#####&RELOAD=FALSE, EM QUE “ID_MATERIA=#####” REFERE-SE AO NÚMERO INDIVIDUALIZADO DE CADA ACÓRDÃO.	PACOTE R STRINGR (WICKHAM, 2019C)
5	OBTER DADOS DE JUÍZES RELATORES	HTTPS://WWW.TRF4.JUS.BR/TRF4/CONTROLADOR.PHP?ACAO=PAGINA_VISUALIZAR&ID_PAGINA=837 HTTPS://WWW.TRF4.JUS.BR/MEMORIA/CONTROLADOR.PHP?ACAO=LINHA_TEMPO_VISUALIZAR&ANO=2019	
6	CONCATENAR BASES DOS ACÓRDÃOS COM OS DADOS DOS JUÍZES RELATORES	BASE DE ACÓRDÃOS INDIVIDUALIZADOS E DADOS DOS JUÍZES RELATORES (ETAPAS 4 E 5).	PACOTE R SQLDF (GROTHENDIECK, 2017)

Fonte: Elaboração própria.

A base final empregada na análise, portanto, foi composta das variáveis mostradas no Quadro 3.

QUADRO 3 – VARIÁVEIS ANALISADAS

TIPO	VARIÁVEL	NATUREZA	O QUE SE PRETENDE
DEMOGRÁFICAS	DIA	NUMÉRICA, INTERVALAR, CONTENDO O DIA DO MÊS DE ORIGEM DO PROCESSO.	ANALISAR O DIA COM MAIOR E MENOR FREQUÊNCIA NA PUBLICAÇÃO DE ACÓRDÃOS.
	MÊS	CATEGÓRICA, FECHADA, CONTENDO O MÊS DE ORIGEM DO PROCESSO.	ANALISAR O MÊS COM MAIOR FREQUÊNCIA NA PUBLICAÇÃO DE ACÓRDÃOS.
	ANO	NUMÉRICA, ABERTA, COM O ANO DE ORIGEM DO PROCESSO.	CONSTATAR QUAL FOI O ANO DE ORIGEM COM MAIOR NÚMERO DE PROCESSOS E CALCULAR O TEMPO MÉDIO PARA A DECISÃO.
	ORIGEM DO PROCESSO	CATEGÓRICA, ABERTA, COM AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO RELATIVAS À ORIGEM DAS DEMANDAS.	IDENTIFICAR QUAL O PRINCIPAL ESTADO DE ORIGEM DAS DEMANDAS ENCAMINHADAS AO TRF4.
	JUIZ RELATOR	CATEGÓRICA, CODIFICADA COM NÚMEROS ALEATÓRIOS ENTRE 1 E 52, GERADOS COMPUTACIONALMENTE, ASSOCIADOS AOS JUÍZES.	VERIFICAR A PRODUTIVIDADE POR MAGISTRADO.
EXPLICATIVAS	FUNÇÃO	CATEGÓRICA, FECHADA, COM AS OPÇÕES “DESEMBARGADOR” E “JUIZ SUBSTITUTO”.	VERIFICAR SE OS VOTOS SE DISTINGUEM PELA CATEGORIA DE DECISORES.
	APELANTE	CATEGÓRICA, FECHADA, REPRESENTANDO O TIPO DE PESSOA, “FÍSICA”, “JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO”, “JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO”.	VERIFICAR SE O TIPO DOS DEMANDANTES APRESENTA RELAÇÃO COM O VOTO FINAL.
	TIPO PROCESSUAL	CATEGÓRICA, FECHADA, IDENTIFICANDO OS TIPOS PROCESSUAIS DAS AÇÕES “AÇÃO RESCISÓRIA”, “AGRAVO”, “APELAÇÃO”, “EMBARGOS”, “OUTRAS PEÇAS”, “REEXAME NECESSÁRIO”.	VERIFICAR SE O TIPO PROCESSUAL APRESENTA RELAÇÃO COM O VOTO FINAL.
	DECISÕES	CATEGÓRICA, FECHADA, COM AS OPÇÕES “UNÂNIMES” E “MAIORIA”.	VERIFICAR SE A UNANIMIDADE, OU O VOTO POR MAIORIA, ENCONTRA ASSOCIAÇÃO COM O VOTO FINAL.
RESPOSTA	VOTO FINAL	CATEGÓRICA, COM AS OPÇÕES “TOTALMENTE DESFAVORÁVEL”, “PARCIALMENTE FAVORÁVEL” E “TOTALMENTE FAVORÁVEL” À DEMANDA.	VERIFICAR OS PADRÕES EXISTENTES ASSOCIADOS AOS TIPOS DE VOTOS FINAIS.

Fonte: Elaboração própria.

De maneira geral, a finalidade das variáveis demográficas utilizadas é fornecer uma contextualização da base de dados estudada. Já o objetivo geral das variáveis explicativas é encontrar associações destas com a variável resposta, configurando, portanto, padrões no voto final. É importante que se destaque que a codificação da variável “Juiz relator” foi empregada com o intuito de preservar as referidas identidades.

As variáveis, por sua vez, foram submetidas ao protocolo de análise mostrado no Quadro 4.

QUADRO 4 – PROTOCOLO DE ANÁLISE

ETAPA	PROCEDIMENTOS		OBJETIVO
1	ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS: MÉDIAS, DESVIOS PADRÃO, MÍNIMOS, MÁXIMOS, FREQUÊNCIAS		DESCREVER O CONJUNTO DOS DADOS (FIELD, MILES E FIELD, 2012).
2	ANÁLISE DE CORRESPONDÊNCIA MÚLTIPLA	ALFAS DE CRONBACH, AUTOVALORES E INÉRCIAS DAS DIMENSÕES	DETERMINAR O NÚMERO ADEQUADO DE DIMENSÕES PARA REPRESENTAÇÃO DO FENÔMENO ESTUDADO (KASSAMBARA, 2017; NENADIC E GREENACRE, 2007).
3		MASSAS E INÉRCIAS DAS CATEGORIAS	IDENTIFICAR OS AGRUPAMENTOS QUE MAIS EXERCEM INFLUÊNCIA SOBRE OS DEMAIS (GREENACRE, 2017; HUSSON, LÊ E PAGÈS, 2017).
4		GRÁFICO DE QUANTIFICAÇÃO DAS CATEGORIAS	VISUALIZAR A DISTRIBUIÇÃO DAS CATEGORIAS EM UM PLANO COM O NÚMERO DE DIMENSÕES ESCOLHIDAS (NENADIC E GREENACRE, 2007; SOETAERT, 2017).
5	TESTE G		VERIFICAR INDEPENDÊNCIA ENTRE GRUPOS DE VARIÁVEIS NOMINAIS (SOKAL E ROHLF, 1995).
6	RISCO RELATIVO (ODDS RATIO)		AVALIAR AS CHANCES DE DEPENDÊNCIA ENTRE GRUPOS DE VARIÁVEIS NOMINAIS (SZUMILAS, 2010; FIELD, MILES E FIELD, 2012).

Fonte: Elaboração própria.

Basicamente, a busca por padrões que envolvam o voto final, comparando cada uma das categorias das variáveis explicativas a cada tipo de voto final, demandaria 120 tabelas de contingência e, conseqüentemente, 120 testes de independência entre as categorias comparadas (testes G). Para tornar o processo de busca por padrões mais eficiente, optou-se por identificar as categorias que se agrupam em torno dos votos finais, empregando a Análise de Correspondência Múltipla (ACM), e, a partir daí, testar a independência

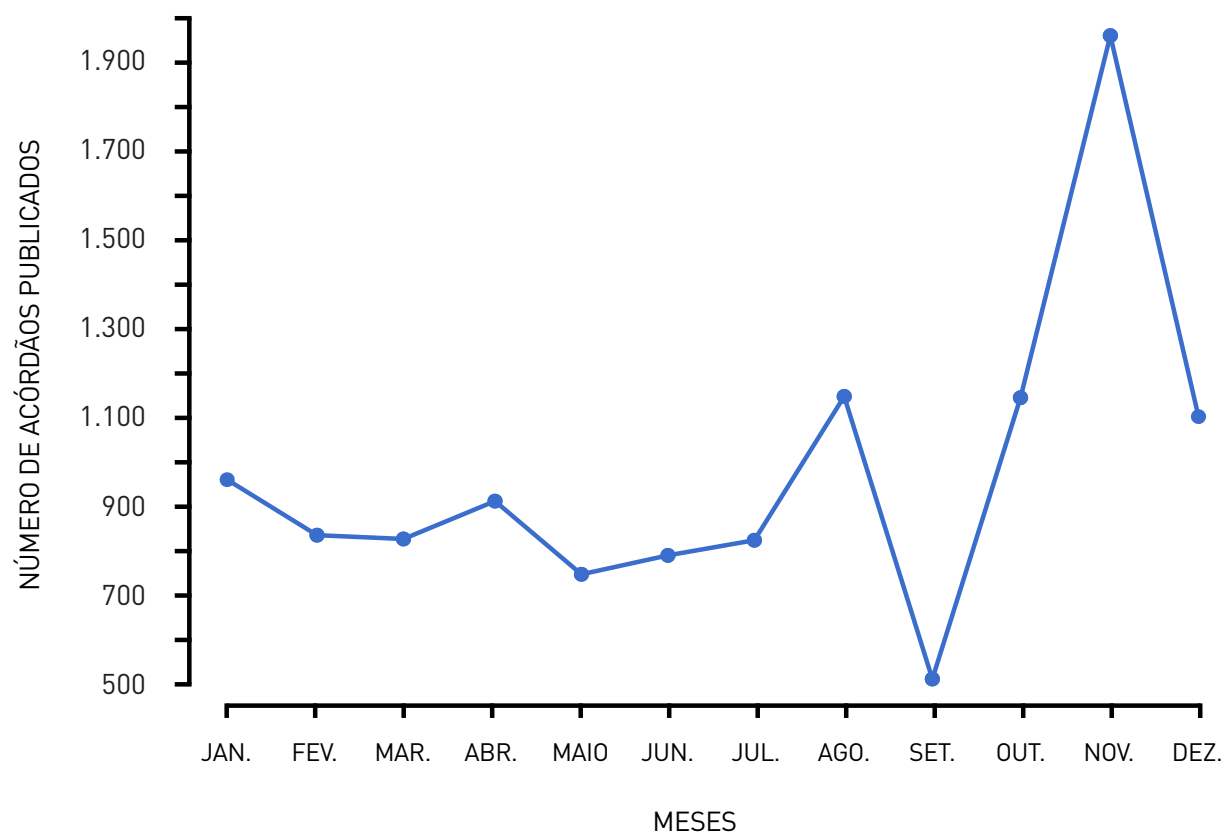
das categorias e as respectivas chances de aquele padrão ocorrer em relação aos demais (risco relativo).

Os dados foram organizados e tabulados no *software* Microsoft Office Excel® 2013, e as análises foram realizadas no *software* R, versão 4.0.2 e. Quando necessário, empregou-se um intervalo de confiança de 95% e nível esperado de significância de 0,05.

3. ANÁLISE E DISCUSSÃO DE RESULTADOS

Coletaram-se ao todo 11.770 acórdãos publicados no ano de 2018, com decisões proferidas por 52 desembargadores. Ainda que o TRF4 seja composto de 27 desembargadores, houve situações (licença, afastamento, ausência por mais de trinta dias) em que foram necessárias substituições, tendo sido os processos analisados por outros juízes federais convocados. A distribuição mensal de acórdãos se deu conforme o Gráfico 1.

GRÁFICO 1 – DISTRIBUIÇÃO MENSAL DE ACÓRDÃOS

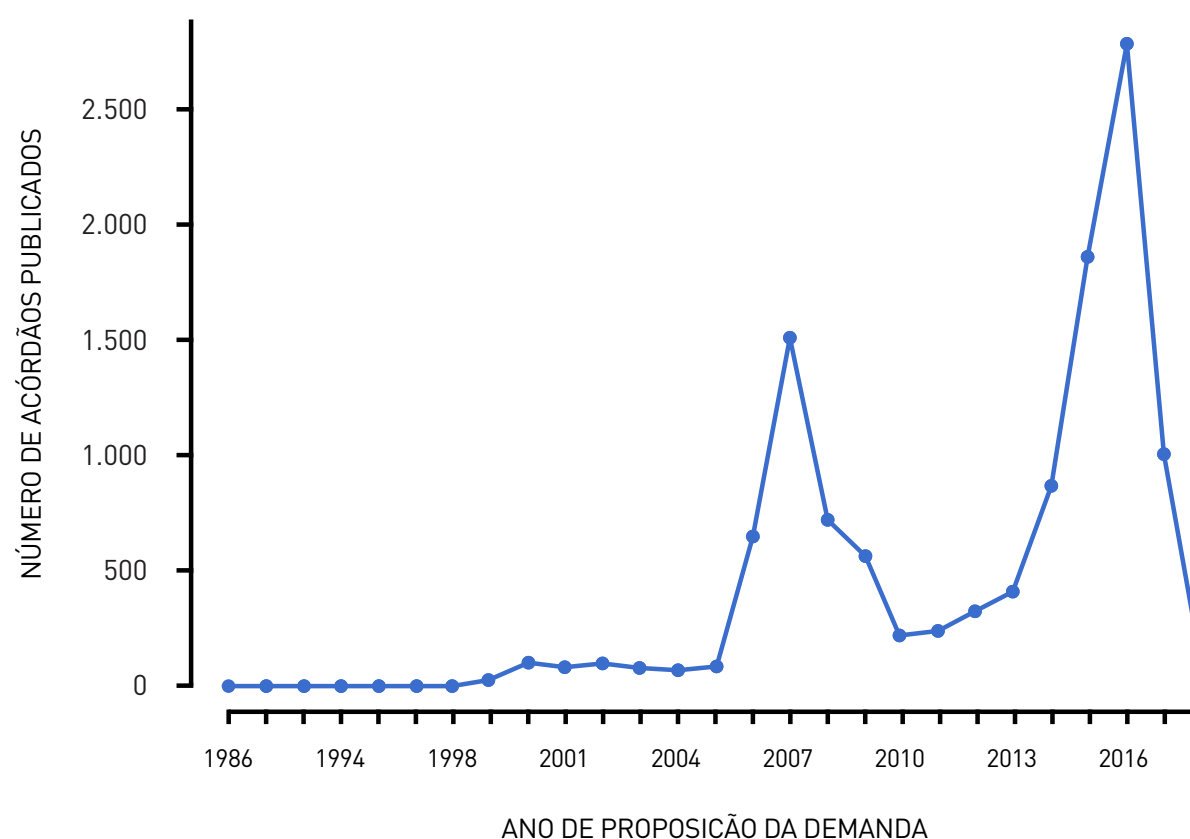


Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Analisando os trimestres, constatou-se que o último apresentou maior número de publicações, 35,75% do total anual. O segundo trimestre, por sua vez, mostrou o menor número, que corresponde a 20,82% do total. O mês de novembro exibiu o maior número de publicações; o mês de setembro, o menor. Ainda que não esteja representado no Gráfico 1, os primeiros dez

dias foram responsáveis por 43,47% do total mensal de publicações, e os dias do mês com maior e com menor número de publicações foram os dias 25 e 24, respectivamente. O Gráfico 2 apresenta o ano de origem dos processos relatados em 2018.

GRÁFICO 2 – **ANO DE ORIGEM DOS PROCESSOS**



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Verificou-se que a maioria dos processos foi iniciada no ano de 2016 (2.778 processos). Em relação ao tempo médio transcorrido até a publicação da decisão, constatou-se, em média, uma demora de aproximadamente seis anos (média de 5,82 e desvio padrão igual a 4,43; uma decisão foi publicada em menos de um ano, e a que levou mais tempo foi publicada em 32 anos).

Quanto às respectivas origens, os acórdãos publicados em 2018 apresentaram frequências conforme mostrado na Tabela 1.

TABELA 1 — ORIGEM DOS PROCESSOS

ESTADO DE ORIGEM DO PROCESSO	FREQUÊNCIA	
	ABSOLUTA	RELATIVA
RIO GRANDE DO SUL	6.959	59,12%
SANTA CATARINA	2.929	24,89%
PARANÁ	1.879	15,96%
DISTRITO FEDERAL	2	0,02%
RORAIMA	1	0,01%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Dos três estados dos quais o TRF4 é turma recursal, observou-se que o Rio Grande do Sul é o que possui maior frequência no que se refere à origem dos processos. Chamam a atenção dois processos do Distrito Federal e um de Roraima. Em relação a este, tratou-se de uma ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal, em 9 de agosto de 2012, perante o Juízo da 2ª Vara Federal de Roraima. Quanto aos acórdãos de origem do Distrito Federal, trata-se de revisões criminais proferidas pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Uruguaiana e mantidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos.

Quanto ao polo passivo das decisões judiciais, duas instituições foram responsáveis por mais de 43% das demandas judiciais constatadas no período, conforme apresentado na Tabela 2.

TABELA 2 — INSTITUIÇÕES RECORRENTES

INSTITUIÇÃO	FREQUÊNCIA	
	ABSOLUTA	RELATIVA
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS)	3.789	32,19%
UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)	1.289	10,95%
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL	66	0,56%
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ	65	0,55%
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL	37	0,31%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Na Tabela 2, destaca-se a grande procura por questões de previdência pelo INSS, questões tributárias pela União Federal, questões de demandas oriundas do direito penal pelo Ministério Público Federal e questões de direito administrativo das Universidades Federais do Paraná e do Rio Grande do Sul.

Por sua vez, das 160 diferentes peças processuais localizadas na base de dados, as peças jurídicas mais encontradas são mostradas na Tabela 3.

TABELA 3 – **PEÇAS JURÍDICAS**

PEÇAS JURÍDICAS	FREQUÊNCIA	
	ABSOLUTA	RELATIVA
APELAÇÃO CÍVEL	5.122	43,52%
APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO	2.651	22,52%
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL	1.176	9,99%
AGRAVO DE INSTRUMENTO	629	5,34%
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO	549	4,66%
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO	398	3,38%
AÇÃO RESCISÓRIA	205	1,74%
OUTRAS PEÇAS PROCESSUAIS	1.040	8,84%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Verifica-se, assim, que sete peças processuais são responsáveis por 91,16% da demanda no TRF4 em 2018, e dessa porcentagem 18,03% são apenas de embargos de declaração.

Em relação à relatoria dos processos, verifica-se que, em média, ocorreram 226,35 acórdãos por magistrado durante o ano, com um desvio padrão igual a 272,77, que varia de 1 a 1.209 decisões por relator. Assim, chega-se à conclusão de que, em média, houve em torno de 19 decisões por mês e por magistrado. Especificamente, os desembargadores foram responsáveis por 52,76% das decisões proferidas, enquanto os juízes substitutos, por 47,24%.

No que se refere às decisões, como os votos são proferidos em turmas de, no mínimo, três desembargadores, verificou-se também qual a proporção de decisões quanto à unanimidade ou à maioria – apresentada na Tabela 4.

TABELA 4 – TIPO DE VOTO

TIPO DE DECISÃO	ORIGEM	NÚMERO DE PROCESSOS	PERCENTUAL
MAIORIA	PARANÁ	41	17,98%
	RIO GRANDE DO SUL	109	47,81%
	SANTA CATARINA	78	34,21%
UNÂNIME	PARANÁ	1.838	15,93%
	RIO GRANDE DO SUL	6.858	59,43%
	SANTA CATARINA	2.851	24,71%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Contabilizou-se, portanto, 228 decisões por maioria (corresponde a 1,94%) e 11.539 por unanimidade (98,04%). Supõe-se que a unanimidade esteja relacionada a um hipotético acompanhamento do voto do relator. Nesse sentido, buscou-se identificar como é efetivamente o voto do relator, no intuito de identificar se há um padrão em conceder determinados benefícios a quem demanda, conforme mostrado na Tabela 5.

TABELA 5 – VOTO DOS RELATORES

VOTO FINAL	NÚMERO DE ACÓRDÃOS	PERCENTUAL
TOTALMENTE DESFAVORÁVEL	4.823	40,98%
PARCIALMENTE FAVORÁVEL	3.951	33,57%
TOTALMENTE FAVORÁVEL	2.996	25,45%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Percebe-se, portanto, que a chance de uma decisão ser, em algum grau, favorável é igual a 59,02%. Analisando essa variável quanto à decisão final do processo, em relação ao voto específico de cada desembargador/juiz federal, nota-se que dos 52 magistrados com acórdãos em 2018, existiram 10 com perfil de negar provimento ao que lhes é solicitado.

Seguindo o protocolo de análise, há que se verificar como as características de tipo de peça processual (ação rescisória, agravo, apelação, embargos, outras peças, reexame necessário), categorias de decisores (desembargadores ou juízes substitutos), apelante (pessoa física, jurídica de direito privado e de direito público), decisão (unânime ou maioria) e voto (favorável, parcialmente favorável e desfavorável à demanda) se agrupam, formando padrões. Para isso, empregou-se a ACM, cuja primeira etapa consiste no estabelecimento do número de dimensões plausíveis para representar os agrupamentos formados pelas características dos dados. A Tabela 6 mostra os autovalores e as porcentagens das variâncias explicadas em cada uma das 11 possíveis dimensões, dadas em função da diferença entre as quantidades de categorias ativas e de variáveis.

TABELA 6 – AUTOVALORES E VARIÂNCIA

DIMENSÃO	AUTOVALORES	VARIÂNCIA	
		EXPLICADA (%)	ACUMULADA (%)
1	0,363489	16,52	16,52
2	0,278528	12,66	29,18
3	0,244991	11,14	40,32
4	0,224702	10,21	50,53
5	0,209427	9,52	60,05
6	0,200732	9,12	69,18
7	0,171898	7,81	76,99
8	0,150991	6,86	83,85
9	0,130347	5,92	89,78
10	0,126973	5,77	95,55
11	0,097922	4,45	100,00

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Ao avaliar os autovalores, nota-se que aqueles encontrados nas três primeiras dimensões são responsáveis por explicar 40,32% da variância encontrada nas 11 possíveis dimensões. Ao avaliar os alfas de Cronbach de cada uma dessas três primeiras dimensões, têm-se, respectivamente,

0,79, 0,80 e 0,75, indicando que, no mínimo, existe elevada representatividade das variáveis em um espaço de três dimensões.

A próxima etapa da ACM consiste em verificar quais categorias exercem maior poder de aproximação (massa) e de distanciamento (inércia) entre si, conforme mostrado na Tabela 7.

TABELA 7 – FREQUÊNCIAS, MASSAS E INÉRCIAS

VARIÁVEL	CATEGORIAS	FREQUÊNCIAS	MASSAS	INÉRCIAS
TIPO	AÇÃO RESCISÓRIA	205	0,00348	0,04290
	AGRAVO	629	0,01069	0,03995
	APELAÇÃO	5.122	0,08703	0,03015
	EMBARGOS	2.123	0,03607	0,03940
	OUTRAS PEÇAS	1.040	0,01767	0,03806
	REEXAME NECESSÁRIO	2.651	0,04505	0,03329
DECISOR	DESEMBARGADOR	6.210	0,10552	0,02092
	JUIZ SUBSTITUTO	5.560	0,09448	0,02336
APELANTE	FÍSICA	4.398	0,07473	0,02861
	PRIVADO	1.968	0,03344	0,03947
	PÚBLICO	5.404	0,09183	0,02917
DECISÃO	MAIORIA	229	0,00389	0,04250
	UNÂNIME	11.541	0,19611	0,00084
VOTO	DESAVORÁVEL	4.823	0,08195	0,02875
	FAVORÁVEL	2.996	0,05091	0,03419
	PARCIALMENTE FAVORÁVEL	3.951	0,06714	0,02786

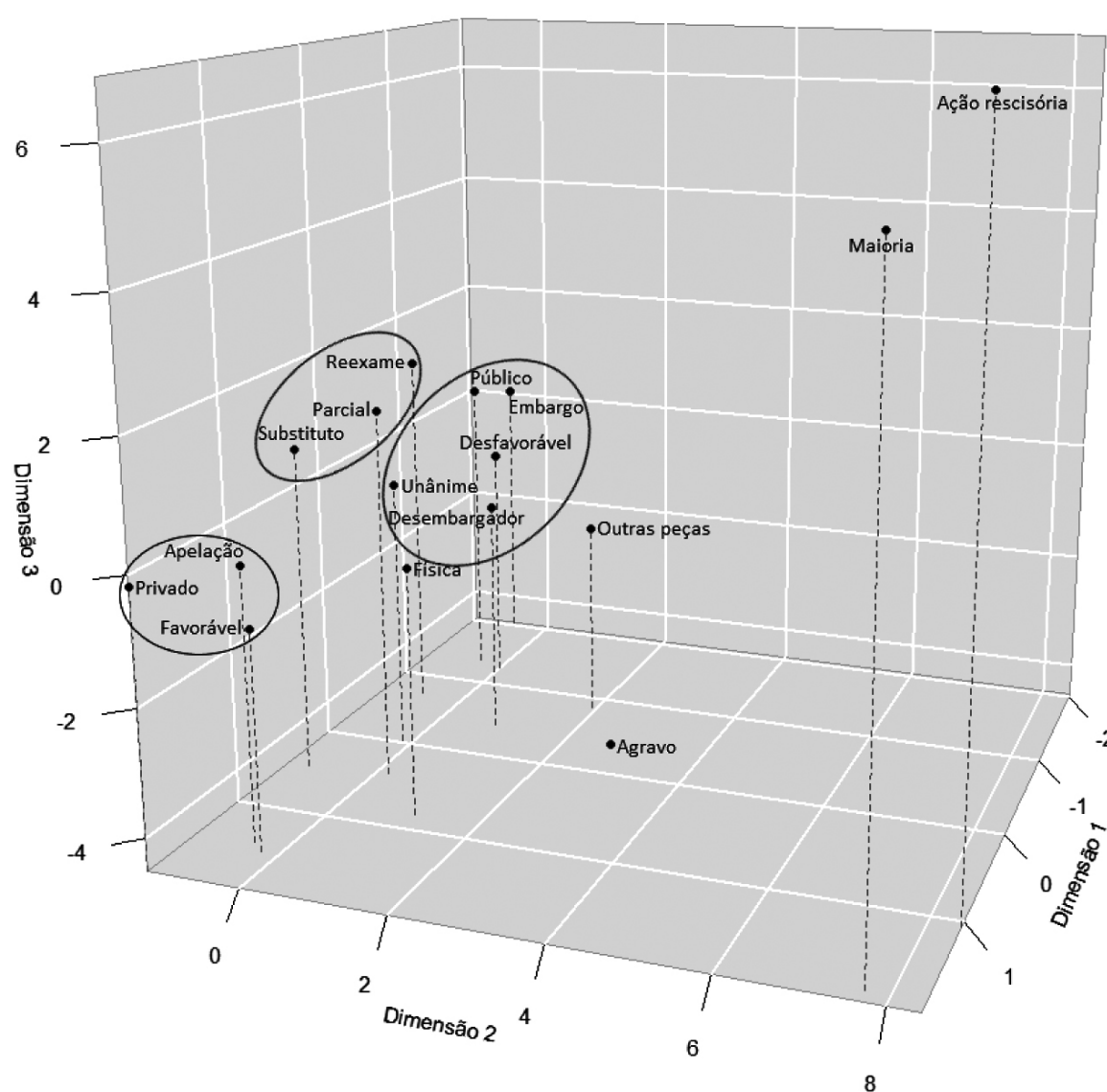
Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

A análise das massas mostra que, quanto ao tipo de peça processual, as apelações são a categoria que exerce a maior influência sobre as demais; da mesma forma, os desembargadores, quanto ao tipo de decisor; as pessoas jurídicas públicas, nas categorias de apelante; as

decisões unânimes e os votos desfavoráveis, nas categorias de decisão e voto, respectivamente. Já as inércias indicam a capacidade de explicação da variância total, de tal maneira que as ações rescisórias são as mais explicativas entre as categorias de tipo de peça processual; o mesmo vale para a categoria de juiz substituto, para o tipo de decisor; pessoa jurídica privada, para o tipo de apelante; decisão por maioria e votos favoráveis.

Considerando as massas como pesos e as inércias como distâncias, é possível estabelecer pares de coordenadas em cada plano formado pelas combinações das três dimensões (1x2, 1x3 e 2x3), de tal forma que o resultado dessa operação fornece os agrupamentos mostrados na Figura 1.

FIGURA 1 — COORDENADAS DAS CATEGORIAS



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Em relação aos votos, a Figura 1 mostra três agrupamentos distintos entre si: (i) votos favoráveis, para apelações de pessoas de direito privado; (ii) votos parcialmente favoráveis às

demandas, de reexames necessários e proferidas por juízes substitutos; e (iii) votos desfavoráveis, por unanimidade, de desembargadores, para embargos de pessoas de direito público.

O protocolo estabelecido de análise exige que se avaliem as chances de um voto ser favorável, parcialmente favorável ou desfavorável às demandas, em relação às categorias que formaram os respectivos agrupamentos. Assim, é possível distribuir os votos favoráveis nas categorias apelação e pessoas jurídicas de direito privado, conforme mostrado na Tabela 8.

TABELA 8 – VOTOS FAVORÁVEIS

CATEGORIAS	FAVORÁVEL	OUTROS
APELAÇÃO	1.905	3.217
OUTROS	1.091	5.557
PRIVADO	782	1.186
OUTROS	2.242	7.588

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

As proporções encontradas nas apelações mostram que estas apresentaram 3,02 vezes mais chances de ter votos favoráveis do que os demais tipos ($G(1) = 657,25$, $p\text{-valor} < 0,000$); e pessoas de direito privado tiveram chances de votos favoráveis 2,26 vezes maiores ($G(1) = 235,68$, $p\text{-valor} < 0,000$).

A Tabela 9, por sua vez, mostra a distribuição dos votos parciais em relação aos reexames necessários e aos votos de juízes substitutos.

TABELA 9 – VOTOS PARCIALMENTE FAVORÁVEIS

CATEGORIAS	PARCIAL	OUTROS
REEXAMES	955	1.696
OUTRAS PEÇAS	2.996	6.123
DESEMBARGADORES	2.001	4.209
JUÍZES SUBSTITUTOS	1.950	3.610

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

A distribuição dos votos parciais nos reexames necessários mostra que as chances de os votos serem parcialmente favoráveis são 1,15 vez maiores do que as outras peças ($G(1) = 9,179$, $p\text{-valor} < 0,002$). Já as chances de os juízes substitutos votarem de forma parcialmente favorável são 1,13 vez maiores do que entre os desembargadores ($G(1) = 10,677$, $p\text{-valor} < 0,001$).

Finalmente, a Tabela 10 apresenta a distribuição dos agrupamentos associados aos votos desfavoráveis às demandas.

TABELA 10 – VOTOS DESFAVORÁVEIS

CATEGORIAS	DESFAVORÁVEL	OUTROS
PÚBLICA	2.962	2.442
OUTROS	1.861	4.505
DESEMBARGADORES	2.752	3.458
JUÍZES SUBSTITUTOS	2.071	3.489
EMBARGOS	1.469	654
OUTROS	3.354	6.293
MAIORIA	60	169
UNÂNIME	4.763	6.778

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2021).

Quanto à categoria de pessoa jurídica pública, esta teve 2,93 vezes mais chances de obter votos desfavoráveis do que as demais ($G(1) = 796,82$, $p\text{-valor} < 0,000$). Já os desembargadores apresentaram 1,34 vez mais chance de votos desfavoráveis do que os juízes substitutos ($G(1) = 60,702$, $p\text{-valor} < 0,000$). Os embargos mostraram chances 4,21 vezes maiores de votos desfavoráveis do que os demais ($G(1) = 845,42$, $p\text{-valor} < 0,000$). Por fim, as decisões unânimes apresentaram 1,97 vez mais chance de estar associadas aos desfavoráveis do que as decisões por maioria ($G(1) = 22,26$, $p\text{-valor} < 0,000$).

É necessário que os resultados encontrados estabeleçam diálogo com outras pesquisas. O primeiro fato a destacar é a unanimidade dos votos: na análise de 1.277 ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro entre 1999 e 2006, 76% das decisões foram unânimes (OLIVEIRA, 2012b). Nesse sentido, “a unanimidade tem relação com o resultado final da decisão, e não com a argumentação utilizada para alcançá-la” (VALADARES, 2017, p. 22); além disso, em cinco Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), a unanimidade (entre outros fatores) é atribuída à garantia da ordem pública (levando os juízes a pouco divergirem) e ao fato de os juízes votarem na confiança do relator (SOUSA, 2016); especificamente quanto aos embargos (tal como o resultado desta pesquisa), “praticamente 90% dos julgamentos dos órgãos colegiados se dá à unanimidade” (CANAN, 2004, p. 153).

Já em 1.687 decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi constatado que “as estimativas das probabilidades condicionais indicam que o tipo de recorrente ou recorrido tem impactos sobre o resultado da decisão” (YEUNG e AZEVEDO, 2015, p. 17), confirmando os resultados encontrados neste artigo, em que pessoas jurídicas públicas têm 2,93 vezes mais chances de ter votos desfavoráveis, ao passo que as pessoas jurídicas de direito privado tiveram 2,26 vezes mais chances de votos favoráveis. Ainda indo ao encontro dos achados da presente pesquisa, “o Estado foi o grande ‘cliente’ do Supremo” (OLIVEIRA, 2012a, p. 104), o que corrobora, portanto, o fato de que pessoas jurídicas de direito público apresentaram maior frequência relativa em comparação às pessoas físicas de direito privado.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ [2019, p. 96]), “quanto maior a instância, maior o índice de recorribilidade”. Exemplo disso é a Justiça Federal, pois nos “TRFs está a maior recorribilidade interna de 2º grau, com percentual de 37%” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 96), confirmado neste artigo em decorrência do elevado número de recursos identificados no ano de 2018. Em levantamento feito pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), com apoio do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), foi verificado em 157.379 acórdãos das câmaras de direito criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no ano de 2014, “que é relevante a quantidade de apelações contra o Ministério Público que são parcialmente e totalmente provid[a]s em segunda instância” (NUNES e TRECENZI, 2015, p. 13), indo ao encontro dos resultados obtidos na presente pesquisa, os quais mostram que as apelações apresentaram 3,02 vezes mais chances de ter votos favoráveis do que os demais tipos.

Quanto às distinções de votos, entre ministros do Supremo, a trajetória profissional mostra-se determinante “para explicar seu comportamento de voto” (OLIVEIRA, 2012a, p. 95), o que guarda semelhança com a situação exposta neste artigo, na qual se encontram diferenças estatisticamente significativas nos votos de desembargadores e de juízes substitutos. Tal achado parece encontrar amparo no modelo atitudinal de comportamento judicial, no qual há “valores, crenças e/ou atitudes políticas dos juízes que explicam a variação nos resultados das decisões judiciais” (GOMES NETO, 2020, p. 237), pois é notável a diferença no tipo de voto entre aqueles levados à condição de desembargadores por indicação política e aqueles que estão em papel de substitutos – a rigor, politicamente não indicados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar este artigo, julga-se importante sintetizar os principais resultados encontrados. Identificou-se como principais características que, em sua maioria, os processos são decididos por unanimidade dos votos, bem como alguns magistrados tendem a ser contrários às demandas postuladas. A carga de trabalho se reflete no número médio de 226,35 acórdãos por magistrado no ano de 2018. Verificou-se que, em média, os processos demoram em torno de seis anos entre a sua abertura e a publicação do acórdão e que o estado do Rio Grande do Sul é o que mais remete processos para a segunda instância. Além disso, cinco órgãos da administração pública são responsáveis por mais de 40% das demandas analisadas, e dois são universidades federais. Nesse cenário, tornou-se explícito que existem concretas chances de votos favoráveis às demandas para apelações de pessoas de direito privado; os votos que atenderam parcialmente às demandas foram encontrados, em sua maioria, nos reexames necessários, tendo sido proferidos por juízes substitutos; já os votos desfavoráveis geralmente estiveram associados às decisões unânimes, por desembargadores, em embargos demandados por pessoas de direito público.

As limitações presentes no artigo levantam sugestões a serem levadas em consideração no desenvolvimento de trabalhos futuros. Primeiro, o recorte temporal de 2018 deve ser ampliado para verificar se os padrões encontrados se sustentam ao longo dos anos. A pesquisa em questão não levou em consideração os ramos específicos do Direito concernentes às demandas, o que sugere pesquisas que, ao serem desenvolvidas, busquem especificidades dos próprios acórdãos. Vários outros estudos abordam a questão dos valores ideológicos justapostos aos estímulos factuais apresentados nos casos (ARIDA, BACHA e LARA-RESENDE, 2005; YEUNG e AZEVEDO, 2015). Nesse sentido, sugere-se a associação do desembargador ao partido político de quem o indicou, em busca de padrões relacionados a essa questão. Vislumbram-se também pesquisas calcadas em características pessoais dos decisores, tais como instituições de ensino associadas à graduação, mestrado e doutorado, tempo de magistratura e atividades antecedentes. Além disso, seria interessante a replicação deste estudo em outros Tribunais Regionais Federais (TRFs), bem como em

outras instâncias decisórias, com o objetivo de comprovar os padrões encontrados ou, até mesmo, detectar outros.

Seja como for, o presente artigo busca contribuir com o incipiente número de pesquisas nacionais nessa área (ZABALA e SILVEIRA, 2014; MENEZES e BARROS, 2017), visto que as discussões acadêmicas quanto aos padrões de decisões judiciais já se encontram suficientemente estabelecidas fora do Brasil (FARHANG e WAWRO, 2004; KING e GREENING, 2007; EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2013). Nesse sentido, ainda que exista espaço para melhoria, o acesso aos dados por meio das tecnologias de informação, bem como os procedimentos informatizados de análise, pode contribuir com o avanço do Brasil nesse segmento, não somente de interesse acadêmico, mas também, e principalmente, de importância em um contexto no qual estudos dessa natureza são capazes de se inserirem como uma real abordagem com potencial de, no mínimo, apontar para direções na busca da otimização do tempo razoável para a solução das disputas judiciais (COUTO e OLIVEIRA, 2016).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio. A utilização do sistema R-studio e da jurimetria como ferramentas complementares à pesquisa jurídica. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 680-692, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29221>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (eds.). *Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 265-293.

BARBOSA, Cássio Modenesi; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Jurimetria e gerenciamento cartorial. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 280-295, jan./jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Regimento Interno do Tribunal Regional Federal Quarta Região*: instituído pela Resolução n. 23/19, publicada em 04 de abril de 2019. Porto Alegre: TRF4, 2019. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apb17_ritrf4-ar19-para_imprimir.pdf. Acesso em: 27 jul. 2021.

CANAN, Ricardo. A síndrome da unanimidade e os embargos infringentes. *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 7, n. 2, p. 153-161, jul./dez. 2004.

CASTRO, Alexandre Samy. O método quantitativo na pesquisa em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 39-82. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CHEN, Daniel L. Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law. *Artificial Intelligence and Law*, Heidelberg, v. 27, n. 1, p. 15-42, mar. 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-018-9237-x>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira de. Gestão da justiça e do conhecimento: a contribuição da jurimetria para a administração da justiça. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 43, p. 771-801, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1869>. Acesso em: 27 jul. 2021.

EPSTEIN, Lee. Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 57, n. 6, p. 2017-2073, jun. 2016. Disponível em: <https://wmlawreview.org/some-thoughts-study-judicial-behavior>. Acesso em: 8 jul. 2021.

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

FARHANG, Sean; WAWRO, Gregory. Institutional Dynamics on the US Court of Appeals: Minority Representation under Panel Decision Making. *Journal of Law, Economics & Organization*, Oxford, v. 20, n. 2, p. 299-330, out. 2004. Disponível em: <https://academic.oup.com/jleo/article-abstract/20/2/299/833090>. Acesso em: 27 jul. 2021.

FIELD, Andy; MILES, Jeremy; FIELD, Zoe. *Discovering Statistics Using R*. Londres: Sage Publications, 2012.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Como decidem os juízes? Comparando modelos formais explicativos do comportamento judicial. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 228-255, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/372>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GREENACRE, Michael. *Correspondence Analysis in Practice*. 3. ed. Boca Raton: CRC Press, 2017.

GROTHENDIECK, Gabor. *Manipulate R Data Frames Using SQL*. R package version 0.4-11, 2017.

HORTA, Ricardo Lins e. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. *Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 2, p. 151-193, maio/ago. 2016. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1058. Acesso em: 28 jul. 2021.

HORTA, Ricardo Lins e; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 162-183, jul. 2014. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/40>. Acesso em: 29 jul. 2021.

HORTA, Ricardo Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Desafios da agenda de pesquisa empírica em psicologia da tomada de decisão judicial no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 76-110, out. 2020. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/415/285>. Acesso em: 29 jul. 2021.

HUSSON, François; LÊ, Sébastien; PAGÈS, Jérôme. *Exploratory Multivariate Analysis by Example Using R*. Boca Raton: CRC Press, 2017.

JORGE NETO, Nagibe Melo. *Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

KASSAMBARA, Alboukadel. *Practical Guide to Principal Component Methods in R*. [S. l.]: STHDA, 2017.

KEYES, Os et al. *Vectorised Tools for URL Handling and Parsing*. R package version 1.7.3, 2019.

KING, Kimi Lynn; GREENING, Megan. Gender Justice or Just Gender? The Role of Gender in Sexual Assault Decisions at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Social Science Quarterly*, New Jersey, v. 88, n. 5, p. 1049-1071, dec. 2007. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1540-6237.2007.00491.x>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 689-718, ago. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5481>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao; BARROS, Gisele Porto. Breve análise sobre a jurimetria, os desafios para a sua implementação e as vantagens correspondentes. *Duc In Altum*, Recife, v. 9, n. 19, p. 45-83, set./dez. 2017. Disponível em: <https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/667>. Acesso em: 27 jul. 2021.

NENADIC, Oleg; GREENACRE, Michael. Correspondence Analysis in R, with Two and Three Dimensional Graphics: The ca Package. *Journal of Statistical Software*, Innsbruck, v. 20, n. 3, p. 1-13, maio 2007. Disponível em: <https://www.jstatsoft.org/article/view/v020i03>. Acesso em: 27 jul. 2021.

NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. Jurimetria e tecnologia: diálogos essenciais com o direito processual. *Legal One*, São Paulo, v. 299, n. 1, p. 407-450, jan. 2020. Disponível em: <https://www.academia.edu/41451630>. Acesso em: 27 jul. 2021.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Marcelo Guedes; TRECENTI, Julio. *Reformas de decisão nas Câmaras de Direito Criminal em São Paulo*. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria/Instituto dos Advogados de São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 27, n. 80, p. 89-115, out. 2012a. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/JWytfvnzyb9ZkxGh965PZgR>. Acesso em: 27 jul. 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012b. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/34426/21350>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PESSOA, Daniel Alves. *Algumas contribuições da neurociência cognitiva para explicar a decisão judicial*. 2019. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/37398>. Acesso em: 28 jul. 2021.

POLIDORO, Federico *et al.* Web Scraping Techniques to Collect Data on Consumer Electronics and Airfares for Italian HICP Compilation. *Statistical Journal of the International Association for Official Statistics*, Amsterdam, v. 31, n. 2, p. 165-176, 2015. Disponível em: <https://content.iospress.com/articles/statistical-journal-of-the-iaos/sji901>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em:

<https://www.feevale.br/institucional/editora-feevale/metodologia-do-trabalho-cientifico---2-edicao>. Acesso em: 27 jul. 2021.

RAMELLO, Giovanni; VOIGT, Stefan. Let the Data Tell their own Story: A Tribute to Ted Eisenberg. *European Journal of Law and Economics*, Heidelberg, v. 49, n. 1, p. 1-6, fev. 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10657-020-09641-x>. Acesso em: 27 jul. 2021.

RANGEL, Rafael Calmon. A jurimetria aplicada ao direito das famílias. *Revista Síntese: Direito de Família*, São Paulo, v. 15, n. 86, p. 99-111, out./nov. 2014. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001020272>. Acesso em: 27 jul. 2021.

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

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 475-524, jul. 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/100>. Acesso em: 27 jul. 2021.

SELLARS, Andrew. Twenty Years of Web Scraping and the Computer Fraud and Abuse Act. *Journal of Science & Technology Law*, Boston, v. 24, n. 2, p. 372-416, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3221625. Acesso em: 27 jul. 2021.

SOETAERT, Karline. *plot3D*: Plotting multi-dimensional data. R package version 1.1.1, 2017.

SOKAL, Robert; ROHLF, F. James. *Biometry: The Principles and Practice of Statistics in Biological Research*. 3. ed. Nova York: W. H. Freeman and Company, 1995.

SOUSA, Jailsom Leandro. *Colegialidade e unanimidade nos Tribunais Regionais Eleitorais*. 2016. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016.

SZUMILAS, Magdalena. Explaining Odds Ratios. *Journal of the Canadian Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, Ottawa, v. 19, n. 3, p. 227-229, ago. 2010. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2938757>. Acesso em: 27 jul. 2021.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Competência e organização do TRF da 4ª Região. *Sobre o TRF4*, [201-]. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1&seq=1%7C327. Acesso em: 9 set. 2019.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. *A deliberação nos tribunais: a formação da decisão judicial por órgãos colegiados*. 2017. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

VEÇOSO, Fábيا Fernandes Carvalho *et al.* A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 105-139, jan. 2014. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/10>. Acesso em: 27 jul. 2021.

WICKHAM, Hadley. *Easily Harvest (Scrape) Web Pages*. R package version 0.3.4, 2019a.

WICKHAM, Hadley. *Tools for Working with URLs and HTTP*. R package version 1.4.1, 2019b.

WICKHAM, Hadley. *Simple, Consistent Wrappers for Common String Operations*. R package version 1.4.0, 2019c.

WOLKART, Erik Navarro. A neurociência da moralidade na tomada de decisões jurídicas complexas e no desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 493-522, ago. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5349>. Acesso em: 28 jul. 2021.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 249-274. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim. Nem Robin Hood, nem King John: testando o viés anticredor e antidevedor dos magistrados brasileiros. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3666>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao Direito. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 1, p. 87-103, jan./abr. 2014. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/732. Acesso em: 27 jul. 2021.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MAIA, Marcos; BEZERRA, Cicero
Aparecido. Padrões nos acórdãos do
Tribunal Regional Federal da Quarta
Região. *Revista Direito GV*, São Paulo,
v. 19, e2318, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202318>

Marcos Maia

DOUTOR EM GESTÃO DA INFORMAÇÃO NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). MESTRE EM ENGENHARIA DA PRODUÇÃO PELA UFPR. BACHAREL EM DIREITO PELA FACULDADE INTERNACIONAL DE CURITIBA. BACHAREL EM ESTATÍSTICA PELA UFPR. ESTATÍSTICO DO INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ (IFPR).

maia.marcosmaia@gmail.com

Cicero Aparecido Bezerra

PÓS-DOUTOR EM ADMINISTRAÇÃO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ (PUCPR). DOUTOR EM ENGENHARIA DA PRODUÇÃO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). MESTRE EM ENGENHARIA DA PRODUÇÃO PELA UFSC. ANALISTA DE SISTEMAS PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS). PROFESSOR ASSOCIADO AO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR).

cicero.bezerra@ufpr.br

1 Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil

<https://orcid.org/0000-0001-9308-9929>

2 Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil

<https://orcid.org/0000-0003-3165-2434>



“Quem não se comunica se trumbica”: comportamento decisório e estratégias de autopromoção do Supremo Tribunal Federal¹

LACK OF COMMUNICATION CAN BE TROUBLE: BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT DECISION-MAKING BEHAVIOR AND SELF-PROMOTION STRATEGIES

Rebecca Magalhães¹ e Ernani Carvalho²

Resumo

O pós-1988 trouxe maior protagonismo do Judiciário no jogo político, fato que pode derivar tanto de arranjos institucionais quanto de estratégias de seus agentes. Focando na segunda abordagem, discute-se se há uma estratégia de comunicação do Supremo Tribunal Federal (STF) com o público. De acordo com a literatura, embora o Judiciário se diferencie de outros atores políticos por não necessitar do eleitorado, assemelha-se quanto à necessidade de proporcionar transparência às suas decisões, de modo a alcançar legitimidade institucional. No caso brasileiro, há constantemente uma exteriorização de mensagens direcionadas a símbolos de justiça, objetividade e imparcialidade, e houve, desde meados dos anos 2000, um recrudescimento da visibilidade daquela instituição, destacando-se a transmissão televisada de suas sessões plenárias e uma detalhada página institucional que contém notícias e inteiro teor de julgados. Considerando que, em perspectiva comparada, a corte constitucional tornou-se extremamente exposta, questiona-se: há seletividade institucional em relação às decisões promovidas? Para responder a essa pergunta, foram observados comunicados de imprensa do STF e decisões judiciais, em um recorte temporal de 2000 a 2016. A pesquisa utilizou métodos mistos: técnica de mineração de dados textuais e estatística. Os resultados encontrados sugerem que há uma intenção, constante ao longo da série temporal, de enfatizar a imagem de tribunal ativista.

Palavras-chave

Comportamento judicial; Judiciário e política; Supremo Tribunal Federal; comunicação; legitimidade institucional.

Abstract

The post-1988 period in Brazil has brought as a consequence a greater role for the Judiciary in the political game, a fact that can be derived either from institutional arrangements or from strategies undertaken by its agents. Focusing on the second approach, it is discussed whether there is a communication strategy between the Brazilian Supreme Federal Court (STF) and the public. According to the literature, in spite of the fact that the Judiciary differs from other political actors because it does not need the electorate, it is similar in terms of the need to provide transparency in their decisions, in order to achieve institutional legitimacy.

1 Essa frase ficou conhecida mundialmente por meio de um dos maiores comunicadores da televisão brasileira, José Abelardo Barbosa de Medeiros, o Chacrinha.

In the Brazilian case, there is constantly an externalization of messages directed at symbols of justice, objectivity and impartiality and, since mid-2000's, there has been an increase in the transparency of that institution, with emphasis on the televised transmission of its plenary sessions and a detailed institutional page containing news and entire content of rulings. Considering that, in a comparative perspective, the constitutional court has become extremely exposed, one wonders: is there an institutional selectivity in relation to their decisions? In order to answer this question, press releases from the STF and judicial decisions were observed, in a time frame from 2000 to 2016. The research used mixed methods: textual data mining technique and statistics. The results found suggest that there is an intention, constant throughout the time series studied, to emphasize the image of an activist court.

Keywords

Judicial behavior; Judiciary and politics; Brazilian Supreme Federal Court; communication; institutional legitimacy.

“[S]upremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista.”

Ministro Roberto Barroso

INTRODUÇÃO

Baum (2006) inicia seu livro, *Judges and their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*, descrevendo diversos exemplos de juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) expondo suas opiniões em grandes jornais. Observa que, apesar de os discursos serem muito diferentes, possuem em comum a clara intenção de se comunicar com distintos públicos. Fenômeno semelhante pode ser observado nas diversas cortes em países democráticos. No Brasil, a frequência dessas opiniões vem suscitando debates e abrindo novos canais de comunicação com a sociedade.

Para atores políticos convencionais, é fundamental ter uma boa relação com o público, sendo as eleições o principal estímulo para se buscar uma estratégia de comunicação (DOWNS, 1957; POWELL JR., 2000; VANBERG, 2005; STATON, 2010). Contudo, quais estímulos tornariam interessante a estratégia de comunicação dos juízes de tribunais superiores, uma vez que eles não dependem diretamente do eleitorado? Parece uma questão de grande relevância, dado o protagonismo que o Judiciário vem galgando contemporaneamente.

A discussão também se relaciona à teoria do apoio institucional delineada por Easton (1975), segundo a qual é possível concluir que pessoas mais atentas aos tribunais seriam mais

susceptíveis de aceitar a mitologia da neutralidade judicial e a objetividade na tomada de decisões (CALDEIRA e GIBSON, 1995; GIBSON, CALDEIRA e BAIRD, 1998), de forma a manter e popularizar uma crença profunda na legitimidade do tribunal como instituição.

Essa visão estaria associada à percepção de que os juízes são diferentes, que eles confiam na lei e não em valores na tomada de decisão, que são “objetivos”² e técnicos, o que contribuiria fortemente para a legitimidade dos tribunais perante a sociedade, e, portanto, daria maior segurança ao monitoramento e ao cumprimento de decisões judiciais.

Diferentemente dos políticos elegíveis, os membros do STF são nomeados de forma cooperativa entre Executivo e Legislativo (indicados pelo presidente da República, confirmados pela maioria absoluta do Senado Federal). Eles possuem mandatos permanentes; uma vez que ocupam a função, as chances de destituição são quase nulas.

Não obstante, é consenso na literatura que, em várias dimensões relevantes, ainda que existam especificidades contextuais, membros de tribunais constitucionais não são imunes à política. No caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, Posner (2005) menciona que os conflitos não raros com o Congresso acabam rendendo casos épicos, e isso também pode ser relatado no Brasil, especialmente nas últimas décadas. Dessa forma, durante sua exposição à observação do público, pode ser esperado um comportamento paralelo ao de políticos comuns.

Ao lado desse fortalecimento impulsionado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), cresceu a visibilidade das suas decisões, e no mesmo período surgiram novas configurações, como a criação da TV Justiça, a instituição de audiências públicas, a transmissão ao vivo das sessões em televisão aberta e o aumento da frequência de entrevistas e outras matérias na imprensa.

O STF costuma ser sempre citado como o único a ter as sessões plenárias televisionadas. No entanto, o México e o Reino Unido também são exemplos raros de transmissão das plenárias.

Na literatura há diversos trabalhos que buscam uma explicação a partir de uma perspectiva estratégica. Alguns com foco na Suprema Corte dos Estados Unidos (FEREJOHN e WEINGAST, 1992), outros em política comparada (EPSTEIN, KNIGHT e SHVETSOVA, 2001; HELMKE, 2002), na Corte Constitucional Federal na Alemanha (VANBERG, 2005) e, por fim, na Suprema Corte mexicana (STATON, 2010).

...

2 Baum (2006) apresenta uma metáfora irônica do “juiz como Mr. Spock”, comparando-o ao personagem fictício (e não humano) cujas atitudes eram desprovidas de egoísmo e emoções, na busca pelo bem comum: “Thus there is an element of Mr. Spock in the judges of the pure legal and attitudinal models, judges who act without emotion or self-interest in order to advance the general good. As the leading expert on Mr. Spock explained, ‘In the Vulcan culture, one simply does what is right’ (Nimoy 1977, 104)” (BAUM, 2006, p. 18).

Outros sugerem que tribunais constitucionais são responsivos com preferências do Legislativo e do Executivo, com a opinião pública (MISHLER e SHEEHAN, 1993; MCGUIRE e STIMSON, 2004; CARRUBBA e ZORN, 2008) e, finalmente, que os juízes consideram preferências tanto do público quanto do governo (EPSTEIN, KNIGHT e SHVETSOVA, 2001; RAMSEYER e RASMUSEN, 2003; HELMKE, 2002; VANBERG, 2005).

Ainda, no campo disciplinar de instituições judiciais (*judicial politics*), permanece em aberto a intrigante relação entre instituições judiciais e a opinião pública. Embora para a Ciência Política haja teorias que explicam essa associação pela busca por legitimidade, estima ou sobrevivência institucional, quanto aos tribunais constitucionais, estudos empíricos que se debruçam sobre modelos estratégicos de comportamento judicial ainda são escassos, sobretudo no Brasil.

Quando se trata da relação entre Supremo e imprensa, ou seja, de certa forma, da comunicação da instituição com o público, uma das poucas exceções é o estudo de Arguelhes, Oliveira, e Ribeiro (2012). Entretanto, trata-se de uma perspectiva diversa, qual seja, a construção da imagem ativista no discurso da mídia durante o período de transição democrática, fenômeno observado por meio de análise de conteúdo de jornais, que são o próprio objeto do estudo.

Dando continuidade a esses esforços, o presente artigo analisa o comportamento do STF ao longo do tempo a partir de suas decisões de controle de constitucionalidade abstrato, colocando como variável as escolhas institucionais de promover determinadas decisões a serem comunicadas ao público e à imprensa. Em outras palavras, existe uma estratégia de comunicação institucional?

1. TEORIA DO APOIO PÚBLICO E PODER JUDICIAL

Sem dúvidas, os atores políticos precisam de apoio público para se manterem no poder. O Judiciário – vital para o funcionamento das democracias contemporâneas e em perene interação com as demais instituições representativas, por suas blindagens institucionais e formas de recrutamento e destituição – não possui uma dependência umbilical do público, tendo em conta que não há uma relação com o eleitorado. No entanto, se é inegável que existe uma interação crescente com a sociedade civil, é possível identificar estratégias de comunicação? Se sim, quais os incentivos para que elas existam?

Uma pista encontrada na Ciência Política advém do desejável mecanismo de fortalecimento de decisões judiciais. Esse mecanismo, que será tratado detalhadamente adiante, identifica as condições ideais em que os tribunais podem ser insulados e capazes de, se necessário, restringir o governo – aqui operacionalizado como atores políticos, cuja função seja legitimada pela via representativa. Vanberg (2005), um dos autores que utilizam a teoria de que o maior incentivo seria o mecanismo de fortalecimento, resume as duas condições em que a estrutura pode funcionar: (1) tribunais devem dispor de apoio público suficiente; (2) informações sobre decisões judiciais devem ser transparentes.

A primeira condição é endógena às interações entre Judiciário-governo. Como resultado, os juízes dispõem apenas parcialmente do controle sobre os limites de seu poder, ou seja, apenas sobre a transparência.³

A comunicação com o público, nesse sentido, seria necessária para construir a legitimidade, sendo esperado que atores judiciais fossem mais fortalecidos em um contexto em que o público é informado e capaz de compreender suas decisões.

Por outro ponto de vista, apontado como um certo efeito colateral, quando o público apoia um Judiciário mais ativista, este pode se constituir em uma ameaça, pois pode passar a ter condições de influenciar resultados políticos efetivamente (CARRUBBA, 2009; STEPHENSON, 2004).

Cabe uma consideração no tocante ao termo “ativista” da forma como é trabalhado neste artigo. O registro mais remoto do termo “ativismo judicial”, que pode ser conceituado como “juízes não eleitos disputando a última palavra com legisladores”, é atribuído a uma matéria de 1947 da revista *Fortune*, escrita pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. (ARGUELHES, OLIVEIRA e RIBEIRO, 2012).⁴

Ativismo, como expansão do espaço institucional dos atores judiciais, pode ser expresso de diferentes formas – interpretações criativas das regras constitucionais (sobretudo princípios), da interação entre as leis; ampliação, por própria iniciativa, de suas ferramentas processuais e do alcance das suas decisões; ou intervenção na formulação ou na execução de políticas públicas (no tocante a direitos sociais, como saúde, trabalho ou previdência).

A antítese histórica do ativismo judicial, autorrestrrição – também encontrada como autocontenção ou deferência –, da mesma forma não escapa de problemas relacionados ao esgarçamento conceitual. Seus matizes giram entre deferência ou prudência, como estratégia de autopreservação institucional. Por essa via, as instituições judiciais retraíam seu espaço de atuação diante de outras.

Entre as ferramentas que impulsionam a autocontenção, encontram-se o controle de agenda dos casos, a limitação ao acesso de litigantes à jurisdição constitucional ou a criação de barreiras procedimentais (requisitos mínimos de admissibilidade dos processos). Entretanto, também há

...

3 Nesse estudo, o conceito pode ser compreendido como um esforço para conferir publicação ou visibilidade ao trabalho conduzido pela instituição. O termo “transparência” relaciona-se à teoria do apoio público, conforme delineado ao longo deste artigo. Trabalha-se a hipótese de que a iniciativa de divulgar é uma escolha da instituição, considerando a possível finalidade de se construir legitimidade.

4 Nesse texto, que foi amplamente citado, traçou-se um perfil dos ministros da Suprema Corte e eles foram classificados em grupos, a saber, “ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias”, “ativistas com ênfase nos direitos de liberdade”, “defensores da autocontenção” e “representantes do equilíbrio de forças”. Longe de se restringir a uma discussão daquele modelo constitucional, os debates ganharam força na proporção em que se observou a expansão global da judicialização da política.

ferramentas interpretativas, no sentido de fomentar mais aderência aos textos (*status quo*), vinculação a precedentes e menos ampliação de teorização dos direitos constitucionais.

Tanto o ativismo quanto a autocontenção operam como “preferências de segunda ordem”: elas orientam a forma pela qual o juiz, diante de uma *policy* cuja constitucionalidade está em discussão, levará em conta suas preferências de primeira ordem acerca daquela *policy*” (ARGUELHES, 2015, p. 233).

Por fim, entre todas as ferramentas mencionadas que direcionam à expansão ou à restrição do poder judicial, existe uma linha divisória que separa aquelas que são endógenas (de iniciativa das próprias instituições judiciais) das que são exógenas, como desenho institucional, democratização, demandas sociais e comportamento estratégico dos atores políticos. Embora possam ser separadas analiticamente, podem se influenciar reciprocamente:

A dotação inicial de competências de que cada instituição dispõe, de acordo com o texto constitucional, é, ao mesmo tempo *regra do jogo* e *parte do que está em jogo* nas interações entre esses poderes. No dia a dia da política e da implementação da constituição, os diversos poderes (em especial, mas não exclusivamente o Judiciário) podem interpretar a Constituição vigente de modo a expandir e retrair essas competências ou até mesmo a inventar competências inteiramente novas. (ARGUELHES, 2015, p. 216, grifos do autor)

Quando o objeto de estudo se debruça sobre o comportamento judicial observável nos resultados das decisões da instituição, esses conceitos são operacionalizados a partir de como a contestação a uma política/legislação questionada constitucionalmente é respondida.

Assim, sendo relevadas as limitações de tal generalização, é possível considerar ativista um tribunal que responda positivamente às ações de controle de constitucionalidade, e pode-se considerar autocontido aquele que se utiliza de ferramentas procedimentais para não responder ou responder negativamente às demandas dessa natureza.

Diante desse quadro teórico, o público pode servir aos atores judiciais como suporte para uma atuação mais livre, na hipótese de necessários confrontos com os incumbentes. Em outras palavras, de acordo com a teoria do mecanismo de fortalecimento, esse público pode simbolizar um alto custo político, na medida em que será capaz de punir eleitoralmente responsáveis em dada hipótese de conflito entre Judiciário-governo (CARRUBBA, 2009; VANBERG, 2005; STATON, 2010; STEPHENSON, 2004).

Portanto, nessa linha de argumentação, a capacidade que os tribunais possuem de se comunicar com a sociedade ou, melhor dizendo, de institucionalizar um processo de transparência de suas decisões, por vezes seletivo, é fundamental para a manutenção de sua reputação com rebatimento positivo na legitimidade de sua atuação.

2. TRANSPARÊNCIA E REPUTAÇÃO INSTITUCIONAL

Transparência pode ser um conceito muito amplo ou trivial. Inserido nas teorias de apoio público, seria uma variável que permitiria capturar a probabilidade de que os indivíduos se tornem conscientes de uma “tentativa de descumprimento ou evasão de uma decisão judicial” ou mera possibilidade de um público tomar conhecimento do caso. Nesta seção, discute-se que influências são particularmente centrais.

No que tange à transparência, a literatura aponta as seguintes variáveis:

- a) visibilidade alcançada pela cobertura da imprensa;
- b) seleção institucional para divulgação;
- c) temática do caso (amplitude de interesses da sociedade ou de instituições políticas envolvidas);
- d) complexidade do caso.

Na definição utilizada para este artigo, como “transparência” entende-se visibilidade ou exposição. No caso brasileiro, há poucos estudos empíricos sobre o comportamento do STF focados nas interações com o público ou com a imprensa (como intermediária nessa relação) para que se tenham exemplos de como operacionalizar esse conceito como variável. Porém, ressalvadas algumas idiosincrasias locais, utilizou-se como principal referência o estudo publicado por Staton (2010) para o caso do tribunal constitucional mexicano, o qual compartilha diversas configurações com STF,⁵ em que pese o número de processos que recebe em média anualmente seja contrastante.

A princípio, no Brasil todas as decisões judiciais são transparentes e acessíveis ao público externo (a menos que estejam sob segredo de justiça) e é por essa razão que talvez o termo “transparência” cause certa confusão quando transportado para o estudo de instituições judiciais, já que a transparência seria completa.

No entanto, de 1990 a 2016 foram distribuídos ao todo 1.558.019 processos no STF, o que daria uma média 59.923 por ano,⁶ dez vezes maior do que a média da Alemanha e do

...

⁵ O tribunal constitucional mexicano possui competência para exercer controle de constitucionalidade centralizado, concreto, abstrato e ações constitucionais individuais – mandado de segurança, amparo, *habeas corpus*, etc. O caráter que se sublinha acerca da participação desses tribunais constitucionais no processo político é a possibilidade de decidir sobre litígios, na ausência de uma disputa concreta, o que permite que uma política possa ser contestada assim que for aprovada pelo Legislativo ou Executivo, antes mesmo de surtir efeitos. Guarda semelhanças, ainda, no tocante ao número de membros, à forma de indicação e ao período em que passou por extensas reformas constitucionais (início dos anos 2000), conferindo mais protagonismo, bem como mais transparência.

⁶ Fonte: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/recebidos_baixados/recebidos_baixados.html. Acesso em: 20 mar. 2023.

México, por exemplo.⁷ Diante da extensa agenda de trabalho do STF, com números inimagináveis para a maioria das cortes constitucionais no mundo, como então atrair a atenção do público?

Uma pequena parcela da população exerce influência sobre a opinião pública – editoriais de jornais, jornalistas, escritores, políticos, especialistas e grupos de interesse. Muitos estudos imputam a esses grupos específicos consideráveis efeitos no desenvolvimento do conhecimento e da opinião do público sobre temas particulares por meio dos filtros e de outras ferramentas que direcionam o discurso dessas elites.

Alguns grupos específicos, como a oposição em dado governo, possuem inegavelmente maior interesse na transparência, uma vez que isso significa maior conhecimento sobre os temas debatidos na esfera judicial, qual o posicionamento final do tribunal de cúpula e possíveis manobras para burlar a decisão.

A capacidade das oposições de aumentar a transparência é condicionada pelo seu ambiente institucional e pelas características da questão em jogo. Processos legislativos que são abertos ao público, que permitem que grupos de oposição iniciem audiências públicas, ou moldem a agenda de audiências de comissões ou discussões de plenário, aumentem a capacidade das audiências do comitê de oposição ou o debate no plenário, aumentam a capacidade da oposição de chamar atenção à evasão legislativa. (VANBERG, 2005, p. 46)⁸

Alguns desses grupos podem ser identificados de maneira intuitiva, observando qual a parte autora das ações judiciais, e um exemplo mais claro são os partidos de oposição identificados

...

7 Ainda sobre o México, as ações sob competência de seu tribunal constitucional, SCJN, resumem-se a Ação de Inconstitucionalidade, Amparo e Controvérsia Constitucional. Quanto ao controle de constitucionalidade abstrato, de forma semelhante à da Alemanha, os requisitos para que um processo dessa natureza seja apresentado são: 1/3 da Câmara dos Deputados ou do Senado (contra leis internacionais); 1/3 das Assembleias Locais (contra leis estatais); procurador-geral da República, contra qualquer lei; e líderes de partidos contra leis eleitorais federais. De 1995 até 2016, de acordo com os dados da página oficial, foram iniciados 41.700 processos, considerando controle de constitucionalidade e recursos de instâncias inferiores, o que significa, em média, 2 mil processos recebidos por ano. Calculada pelos autores, com base nos dados disponíveis em: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Portal de estadística judicial: <https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

8 No original: “However, the ability of the oppositions to increase transparency is conditioned by its institutional environment and by the characteristics of the issue at stake. Legislative processes that are open to the public, that allow opposition groups to initiate public hearings, or to shape the agenda of committee hearings or floor debate, enhance the ability of the opposition committee hearings or floor debate, enhance the ability of the opposition to call attention to legislative evasion”.

por Taylor (2008), como os que fazem mais uso das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), uma vez que as utilizam como forma de continuar batalhas judiciais perdidas ou ameaçadas no Legislativo.⁹

A transparência também depende de outros fatores além do ambiente institucional ou das ações de atores externos interessados em mobilizar a coletividade. Características do próprio caso em questão podem ser determinantes, tornando mais difícil monitorar até mesmo o significado da decisão. A linguagem técnica usualmente empregada pelos magistrados nos acórdãos e nos votos já dificulta consideravelmente o entendimento de um público mais amplo, mas, quando o tema é mais complexo, essa compreensão e, conseqüentemente, a transparência ficam bastante limitadas.

O aumento da complexidade pode ser, inclusive, uma ferramenta utilizada intencionalmente para diminuir a transparência. Vários métodos podem ser usados, como a formulação precisa de um posicionamento em um voto, por exemplo. Quanto mais precisa, com fundamentos claros em princípios constitucionais e implicações diretas para determinada política, mais fácil monitorar seu resultado.

Neste artigo, foram consideradas questões temáticas complexas que atingem diversas áreas políticas ao mesmo tempo e exigem respostas técnicas mais complexas. A classificação foi intencionalmente atribuída pelos autores ancorando-se na hipótese levantada pela literatura (VANBERG, 2005; STATON, 2010), a qual orienta no sentido de que temas mais complexos tornam mais difícil estabelecer de forma convincente se uma decisão foi evadida por parte do público.

Instituições judiciais também podem ter a iniciativa de aumentar a probabilidade de exposição de determinadas decisões. Considerando tais hipóteses, Staton (2010) investigou o uso estratégico da assessoria de imprensa do tribunal para aumentar o conhecimento público sobre decisões que podem ser contestadas por maiorias legislativas.

3. SELETIVIDADE DE DIVULGAÇÃO DAS DECISÕES: PUBLICAÇÃO INTENCIONAL *EX POST*¹⁰

Este artigo tenta capturar de que forma a comunicação entre o STF e o público ocorre. Naturalmente, estimar quando há maior visibilidade de uma decisão por iniciativa institucional

...

9 “Os legitimados ativos do art. 103 da CF foram, sem dúvida, responsáveis pelo esvaziamento do controle difuso. A preferência pelo modelo concentrado faz-se presente sob dois pontos de vista: 1) Ponto de vista político: a ausência de custo político para quem propõe, a possibilidade de veto de uma proposta do Executivo ou da maioria legislativa, o caráter de maior visibilidade de uma ação direta de inconstitucionalidade e seu efeito midiático provocado pela abrangência *erga omnes* do julgamento” (CARVALHO, 2010, p. 196).

10 O conceito de seletividade como instrumento de estratégia política na esfera judicial foi empregado originalmente ao caso brasileiro por Carvalho (2005, 2009 e 2016).

seria uma missão hercúlea, considerando as dificuldades em pressupor determinadas conclusões sobre associações entre resultado dos julgados e cobertura da notícia por parte da imprensa, como sugere o desenho proposto por Staton (2010).

É compreensível, no entanto, que algumas evidências possam ser encontradas na página institucional do STF, que possui algumas peculiaridades. Há uma seção que se encarrega de compilar algumas das decisões e divulgá-las como “notícias”, utilizando para tanto uma linguagem jornalística ou simplesmente menos técnica, o que seria o equivalente da instituição ao *press release*. Há, ainda, a seleção de alguns julgados que se tornam “informativos”,¹¹ os quais não apenas têm maior destaque, mas também influenciam e formam posicionamento em toda a classe jurídica.

Ressalta-se que o cargo de assessoria de imprensa é comissionado, sendo o responsável indicado periodicamente pelo presidente do tribunal em exercício. E sua função é repassar ao público externo o conteúdo dos julgados, a pauta do que vai ser decidido prevista para determinado período (mês ou semana). É bastante perceptível o esforço em verter a linguagem técnica jurídica em termos mais acessíveis e de fácil compreensão para o público leigo. Relembrando a aludida descrição da teoria do apoio institucional (EASTON, 1975), segundo a qual mais conhecimento sobre determinada instituição é uma condição necessária para se obter mais validação.

Sobre a metodologia e os dados, foram utilizados como unidade de análise (*proxy* para comportamento judicial) os resultados das ADIs julgadas, uma vez que são o principal instrumento processual de controle de constitucionalidade.

O resultado “procedente” é considerado contramajoritário pela literatura, ou seja, significa que a instituição utilizou o seu poder de veto, pois permite anular uma política (legislação) e é a forma mais largamente empregada para estimar seu comportamento como ator político – também foram encontrados os termos “autocontido” *versus* “ativista”.

Foram consideradas improcedentes não apenas as ADIs não admitidas no mérito, mas também aquelas que “aguardam julgamento” e as que tiveram “perda do objeto”, porque, na prática, resultam no insucesso para que o impetrante, ator político que iniciou o processo, obtenha o veto desejado, mantido, portanto, o *status quo* da legislação questionada.

Assim, a primeira seleção foi realizada entre 2000 e 2016. No período foram julgadas 2.705 ADIs. Desse universo, foram selecionados aleatoriamente 358 casos, com nível de confiança 95%.¹²

...

11 Agradecemos os comentários dos membros do Grupo de Trabalho Política, Direito e Judiciário, durante o XI Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP) em Curitiba, Paraná, 2018.

12 As ações selecionadas aleatoriamente foram: 12; 49; 62; 71; 94; 147; 161; 168; 196; 208; 214; 220; 239; 250; 255; 273; 279; 296; 312; 325; 329; 340; 341; 397; 414; 424; 450; 451; 459; 463; 494; 504; 506; 510; 602; 644; 668; 711; 770; 771; 775; 783; 857; 863; 872; 886; 898; 906; 944; 945; 1072; 1074; 1163; 1165;

Com a amostra de 358 ADIs, as variáveis de interesse foram codificadas no banco de dados, que, além de conter o resultado das decisões, disponibiliza uma lista de palavras-chave correspondentes ao assunto tratado no processo de controle de constitucionalidade, intencionalmente atribuídas pelos autores. Há informações sobre o impetrante da ADI, a legislação impugnada, a data de julgamento definitivo e a ocorrência de matéria na página institucional.

Optou-se por selecionar de forma aleatória as decisões de ADIs dentro do universo, observados os seguintes pontos: (1) o resultado da ADI – procedente ou não – variável *dummy*; (2) se o objeto da ADI versava sobre o âmbito federal ou estadual e localizado; (3) se a ação se trata de tema complexo ou não – sendo complexos os temas relacionados a direito orçamentário, tributário, financeiro, previdenciário e processual; não complexos os que versam sobre direito civil, penal, eleitoral e direitos fundamentais.¹³

Posteriormente, na página de notícias, para estimar a divulgação institucional *ex post* dos julgados, foram analisadas individualmente todas as matérias referentes a cada ADI pesquisada por busca de palavras por meio de seu número de identificação. Foram consideradas as seguintes observações: (1) se a decisão foi objeto de alguma notícia específica veiculada na página institucional, o que viria a ser codificado como uma variável *dummy* (excluídas matérias que

...

1200; 1218; 1221; 1272; 1273; 1280; 1281; 1361; 1376; 1398; 1435; 1484; 1493; 1502; 1517; 1551; 1583; 1595; 1620; 1627; 1633; 1659; 1667; 1671; 1699; 1717; 1720; 1722; 1726; 1731; 1767; 1779; 1814; 1833; 1851; 1864; 1868; 1878; 1892; 1895; 1920; 1923; 1931; 1952; 1856; 1972; 1994; 2018; 2021; 2049; 2062; 2102; 2134; 2193; 2219; 2229; 2232; 2238; 2251; 2273; 2288; 2294; 2315; 2316; 2348; 2358; 2366; 2376; 2380; 2385; 2398; 2411; 2412; 2413; 2416; 2430; 2433; 2443; 2454; 2455; 2463; 2480; 2484; 2490; 2497; 2512; 2514; 2541; 2556; 2547; 2588; 2597; 2610; 2621; 2622; 2624; 2629; 2672; 2684; 2703; 2709; 2710; 2717; 2626; 2732; 2735; 2741; 2758; 2777; 2778; 2793; 2797; 2813; 2829; 2842; 2843; 2863; 2875; 2885; 2904; 2906; 2925; 2928; 2953; 2966; 2992; 3027; 3030; 3046; 3047; 3067; 3073; 3075; 3087; 3089; 3101; 3105; 3112; 3128; 3130; 3139; 3145; 3149; 3167; 3168; 3192; 3193; 3200; 3203; 3246; 3249; 3251; 3267; 3271; 3293; 3330; 3346; 3347; 3369; 3374; 3376; 3379; 3390; 3410; 3439; 3440; 3453; 3454; 3472; 3484; 3510; 3527; 3548; 3566; 3583; 3599; 3603; 3606; 3609; 3647; 3650; 3654; 3672; 3681; 3686; 3690; 3706; 3726; 3741; 3745; 3750; 3756; 3773; 3809; 3812; 3817; 3827; 3831; 3858; 3867; 3869; 3876; 3896; 3906; 3932; 3937; 3992; 4005; 4025; 4043; 4049; 4050; 4061; 4077; 4087; 4095; 4096; 4103; 4126; 4127; 4145; 4152; 4167; 4172; 4176; 4189; 4200; 4209; 4231; 4239; 4255; 4266; 4274; 4277; 4284; 4315; 4345; 4352; 4357; 4358; 4376; 4389; 4424; 4433; 4437; 4439; 4451; 4534; 4552; 4569; 4602; 4607; 4627; 4642; 4650; 4655; 4679; 4680; 4696; 4698; 4713; 4714; 4717; 4722; 4739; 4777; 4793; 4811; 4815; 4883; 4887; 4901; 4917; 4951; 4964; 4978; 4986; 4989; 4991; 5000; 5015; 5230; 5240; 5035; 5053; 5058; 5089; 5096; 5118; 5178; 5221; 5240; 5418; 5446; 5494; 5500; 5513; 5521; 5530; 5539; 5548; 5579; 5590; 5618.

¹³ A complexidade dos temas e a generalidade das políticas contestadas (se de âmbito federal ou estadual) serão consideradas variáveis de controle, em uma tentativa de capturar o grau de conhecimento/visibilidade das decisões de forma endógena. Ademais, a complexidade é um fator que influencia a transparência em torno de uma decisão. Quanto menos complexa for uma área política, mais fácil será para os cidadãos determinarem

apresentam a pauta da semana ou do dia ou que tratam de diversos processos em bloco);¹⁴ (2) havendo publicação, se foi em momento anterior ou posterior à decisão definitiva.

Quanto às notícias, a página institucional publica matérias sobre decisões ou que ainda estão sob deliberação, definidas pela própria instituição como espécie de jornal que veicula resumos das circunstâncias fáticas e processuais e dos fundamentos proferidos oralmente nas sessões de julgamento. O tribunal vem publicando, desde 1995, boletins a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, de modo que contêm resumos não oficiais de decisões proferidas pelo tribunal.

De acordo com a coordenadoria de imprensa do STF,¹⁵ os principais veículos de comunicação do país possuem jornalistas especializados (setoristas) na cobertura diária do STF. Esses jornalistas comparecem diariamente para colher informações para subsidiar suas matérias. Havia, no ano em que foi realizada a entrevista com a coordenadoria de imprensa, em torno de 40 jornalistas de veículos nacionais e internacionais credenciados para realizar a cobertura jornalística.

Embora todos¹⁶ os processos que tramitam no STF possam ser acessados a partir da página do STF (<https://portal.stf.jus.br>), no campo “acompanhamento processual”, bastando informar o número de identificação ou o nome dos litigantes, e que todas as sessões plenárias do STF sejam transmitidas na íntegra pela TV Justiça e fiquem disponíveis na *internet*, ainda assim, a página de notícias representa um viés de seleção do que a instituição quer ou não divulgar ao público externo.

Voltando à questão da sobrevivência institucional fundamentada na busca por apoio específico, a princípio, poderia se argumentar que não haveria por que a instituição se preocupar com a probabilidade de a cobertura *ex post* ser baixa. Ao contrário, ela já detém sua própria cobertura a partir da divulgação, independentemente dos resultados. No entanto,

...

se uma decisão foi respeitada, uma vez que suas implicações seriam mais diretas. Por exemplo, o cumprimento de uma decisão que reconhece a união homoafetiva é mais fácil de monitorar do que o cumprimento de uma decisão que toca nas inter-relações entre várias disposições do direito previdenciário. No grupo de decisões em que os cidadãos podem determinar mais prontamente se a decisão do tribunal constitucional foi fielmente implementada, os legisladores devem estar mais conscientes do potencial de uma reação pública caso não estejam em conformidade com a decisão do tribunal.

14 As referidas notícias “em bloco” apenas citavam os números dos processos, sem qualquer informação adicional, por essa razão foram desconsideradas durante a coleta de dados.

15 Entrevista por *e-mail* com Joyce Maria Magalhães Russi, coordenadora de imprensa do STF, em 21.10.2016.

16 Exceto quando em segredo de justiça, ou seja, quando há risco de expor informações privadas das partes e quando o processo contém documentos sigilosos.

há possibilidade (e poderia haver interesse) em amplificar ou minar a divulgação de determinadas decisões.

Nem todas as decisões de controle de constitucionalidade são televisionadas, por nem sequer passarem por sessões plenárias, e essa foi uma das mudanças ocorridas no período posterior a 2000 com a aparente motivação de desafogar sua pauta — sendo possível, por exemplo, decisões monocráticas em sede cautelar. Todos os processos, no entanto, disponibilizam acesso ao inteiro teor para o público externo (exceto quando há determinação de segredo de justiça). Porém, é inegável que a compreensão por parte de públicos que não estejam familiarizados com a linguagem técnica/jurídica acaba ficando inviável.

Diversas são as teorias que sustentam motivações para a construção de uma imagem institucional, a presente análise ainda não alcança a discussão sobre qual imagem exatamente se quer apresentar. A partir dos dados e da teoria levantada, a questão da pesquisa observa, dentro das discussões comportamentais pertinentes a estudos de instituições políticas, se é possível identificar uma escolha intencional de divulgar determinadas decisões.

Há inúmeros argumentos no sentido de que o próprio objeto de disputa política seria se firmar como um tribunal forte, independente e contramajoritário. Esse é o papel que se apresenta não apenas ao público, mas às demais instituições — enquanto peça essencial do jogo democrático.

Para a Ciência Política, é de especial interesse observar um padrão que indique escolhas racionais (de interesse institucional) por parte dessa instituição ao expor algumas decisões em detrimento de outras, por mais que se argumentasse que seria trivial publicar apenas decisões que signifiquem “mudança no *status quo*”, porque, em primeiro lugar, dentro da amostra há decisões de maior e de menor abrangência que refutam o argumento de publicação por “utilidade pública”.

E, em segundo lugar, porque decisões dessa natureza (controle de constitucionalidade) simbolizam, até certo ponto, uma mudança na aplicabilidade de determinada política, independentemente do resultado contramajoritário ou autocontido.

3.1. ANÁLISE EXPLORATÓRIA DOS DADOS

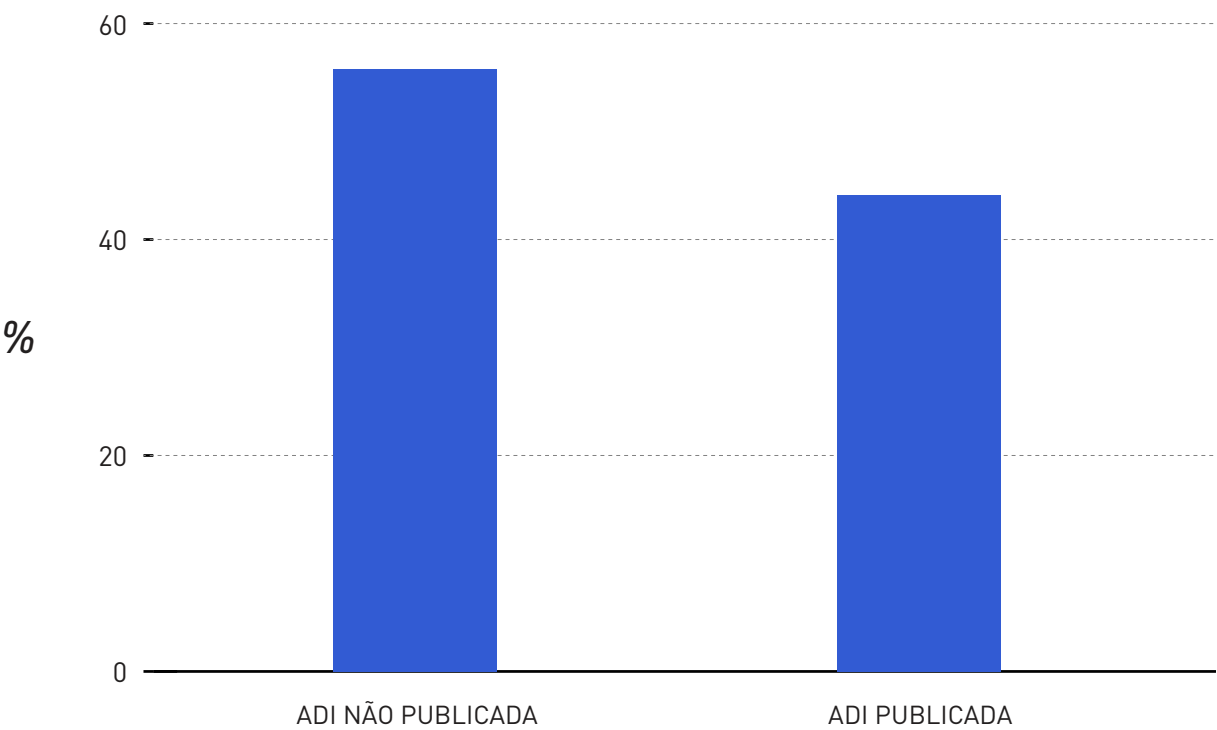
Aqui vamos proceder à análise da estatística descritiva para a visualização e a exploração dos dados. Como já foi mencionado, a variável dependente “Publicação” corresponde à existência de ao menos uma matéria na página de notícias institucional comunicando a decisão ao público externo, consideradas apenas as publicações posteriores à decisão.

“Adin Procedente”, variável independente, diz respeito ao resultado da decisão da ADI, que pode ser procedente ou improcedente. As demais variáveis são: “Federal”, que indica se o objeto da ADI é legislação de abrangência federal ou estadual; “Publicação Anterior”, a qual identifica se houve alguma ocorrência de matéria na página institucional antes da decisão final; “Direito Administrativo”, “Direito Processual”, “Direito Previdenciário” e “Direito

Tributário”, as quais, por fim, correspondem à complexidade do tema da ADI, uma vez que, segundo a literatura, determinadas temáticas teriam maior propensão a serem divulgadas para o público em geral, independentemente do resultado (VANBERG, 2005; STATON, 2010). Foram excluídos da análise quatro casos, respectivamente, as ADIs de números 296, 1484, 2621 e 2778.¹⁷

O Gráfico 1 apresenta a distribuição da variável dependente. Como pode ser observado, aproximadamente 44% dos resultados dos julgamentos das ADIs são objeto de matérias publicadas na página institucional de notícias do STF, representando 157 das 355 ADIs da amostra. Portanto, embora todos os processos possam ser acessados na movimentação processual, a regra é que eles não sejam publicados como notícias, o que sinaliza uma seletividade para publicar determinados casos.

GRÁFICO 1 – **DISTRIBUIÇÃO DA VARIÁVEL DEPENDENTE**



Fonte: Elaboração própria.

...

17 A ADI n. 296, cuja primeira movimentação se deu em 06.06.1990 e decisão final em 17.10.2000, na verdade, equivocadamente protocolada como ADI, é outra forma de controle concentrado – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Diverge do escopo deste artigo, que selecionou apenas ADIs, uma vez que consiste na declaração por parte do STF de que o Poder Público incorreu em inadimplemento de determinada obrigação fixada no texto da própria Constituição e autorizaria o STF a dirigir-lhe mera comunicação, cientificando-o de que se encontra em “mora constitucional”, ressalvado o caráter mandamental dessa mesma decisão, quando se tratar, excepcionalmente, de órgão administrativo, hipótese em que deve cumprir a determinação do tribunal, “em trinta dias” (CF, art. 103, § 2º). Pelo mesmo

Ainda que se argumente que a transparência é completa, no sentido de que todos os processos se encontram disponíveis para acesso por parte do público externo e de que as sessões plenárias são televisionadas, ao examinar os dados, uma questão permanece: por que o STF decide verter somente alguns casos para uma linguagem mais acessível?

O modelo teórico apresentado por Staton (2010) sugere que os tribunais constitucionais teriam maior interesse em estimular que as decisões de veto fossem mais divulgadas na imprensa, o que o autor justifica pelo argumento do potencial risco de descumprimento.

O modelo de promoção das decisões sugere que o tribunal o faça para se antecipar à falta de relatos de determinadas decisões e garantir ao público o monitoramento, considerando o não cumprimento um problema potencial passível de resolução por meio da transparência. Empiricamente, se o modelo de autopromoção estiver correto, deve-se estimar uma relação positiva entre as variáveis “ADI Procedente” e “Publicação”.

O Gráfico 2 mostra a distribuição da variável de interesse, a variável dicotômica que mede se a ADI foi aprovada ou não pelo STF. Observa-se que na amostra apenas 32% são julgadas procedentes, o que representa 114 observações do total de 355.

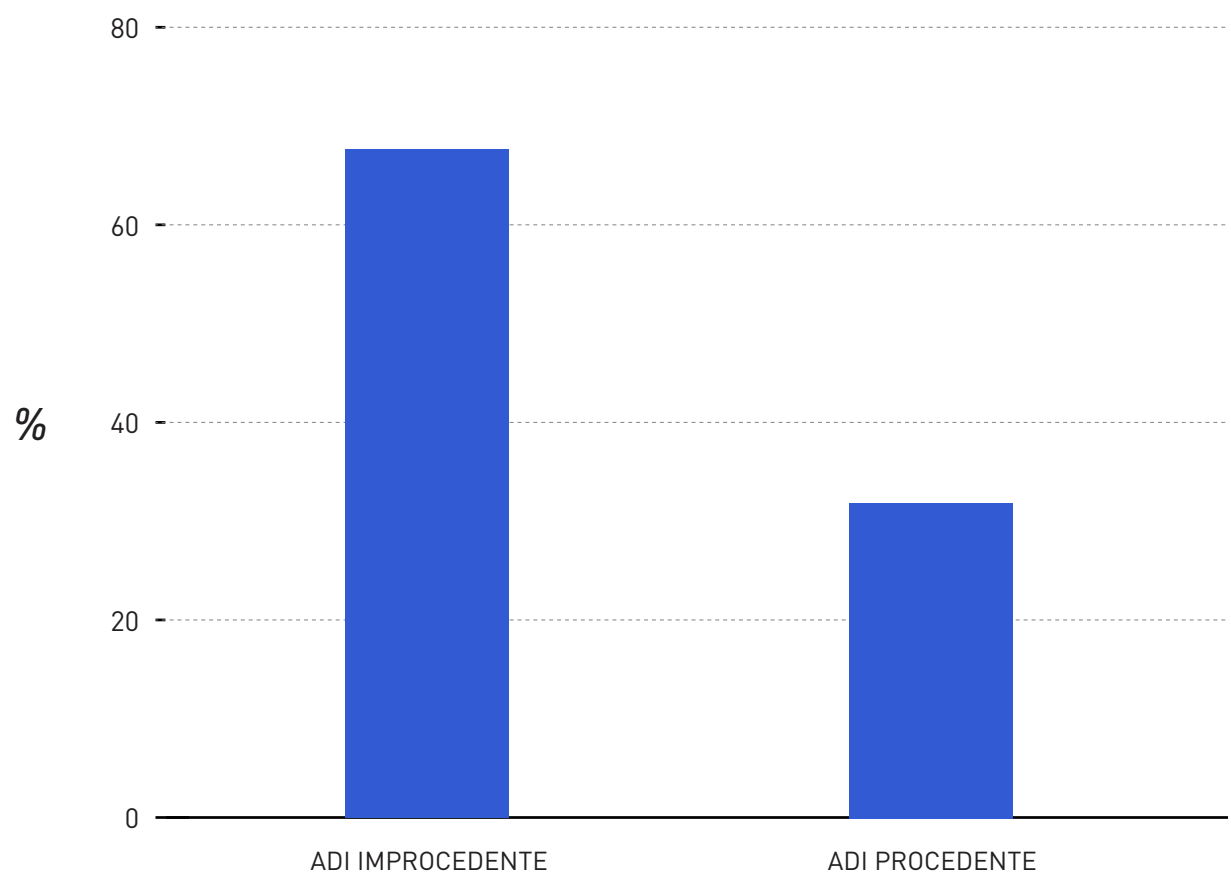
Tal proporção entre as que são procedentes e improcedentes (nesse último grupo, agregadas as “sem julgamento de mérito” e “improcedentes”) corrobora o que afirma a literatura no sentido de que a maioria das decisões do STF em ações de inconstitucionalidade impugnadoras de leis e atos normativos indefere os pedidos formulados. De acordo com Pogrebinski (2011), chegam a 86,68% as decisões que mantêm o *status quo*, confirmando, dessa forma, a constitucionalidade das normas questionadas, endossada, portanto, a vontade majoritária nelas expressa.

Ao observar o Gráfico 2, intuitivamente seria possível concluir que a baixa quantidade de processos publicados como notícias após a decisão final teria alguma relação com a baixa quantidade de ADIs aprovadas (julgadas procedentes), entretanto, não foi o resultado encontrado, conforme discutido adiante.

...

motivo, a ADI n. 1484 (distribuída em 25.07.1996 e julgada em 21.08.2001) e a ADI n. 2778 (distribuída em 13.12.2002 e julgada em 11.03.2003) foram convertidas em ADO durante o curso do processo. Os três casos mencionados também contiveram, na fundamentação da decisão final, a declaração de que houve “perda superveniente do objeto”, em decorrência de ulterior complementação normativa, o que é corriqueiro, especialmente quando há extenso lapso temporal entre o início e o fim do processo. Por sua vez, também foi excluída a ADI n. 2621 (distribuída em 05.03.2002 e julgada em 06.05.2003), considerando sua conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que, da mesma forma, escapa do objeto do estudo, uma vez que consiste em outra forma de controle de constitucionalidade, destinada a “evitar ou reparar lesão que resulte de ato do poder público” – incluindo anteriores à Constituição (Lei n. 9882/1999).

GRÁFICO 2 – **DISTRIBUIÇÃO DA VARIÁVEL DE INTERESSE**



Fonte: Elaboração própria.

O Gráfico 3 retrata a distribuição da variável *dummy* federal. Verifica-se que a minoria das ADIs versa sobre temas desse nível, representando 45% do total (161 de 355 ADIs).

A amostra reflete o que pauta o Supremo, de acordo com o relatório *Supremo em Números* (FALCÃO *et al.*, 2013), segundo o qual a agenda do STF é afetada por três tipos distintos de áreas temáticas: nacionais, locais e locais nacionalizadas:

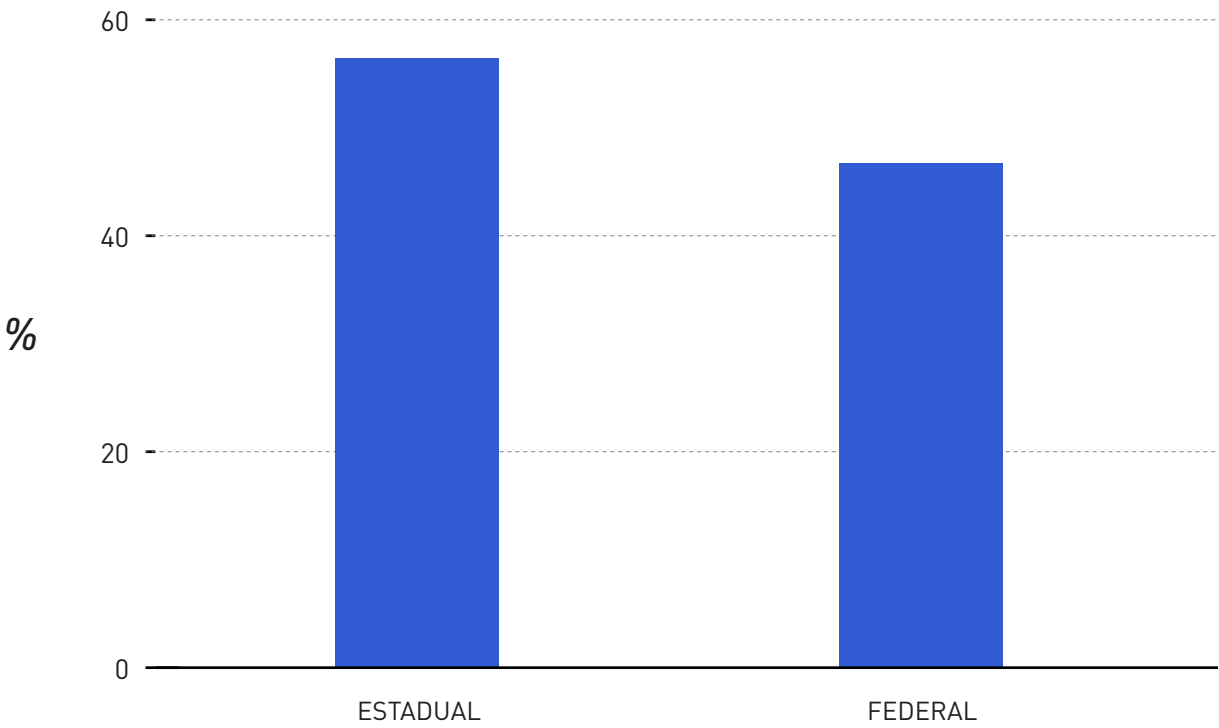
O tribunal, por um lado, na linha do que pode ser encarado como o “Tribunal da Federação”, é chamado a resolver questões de interesse nacional. Nessa categoria estão os temas – como “servidor público” – que aparecem entre os principais processos levados pela imensa maioria dos estados ao STF. Por outro lado, contudo, muitas vezes o Supremo precisa se manifestar sobre questões que parecem ser relevantes apenas do ponto de vista local. São assuntos pouco representativos para a federação como um todo, mas que impactam, ainda que em pequena escala, a pauta do STF exatamente porque parecem gozar de certa expressividade em poucos estados [...] e, finalmente, questões que podem ser chamadas de locais nacionalizadas. Trata-se de assuntos que impactam decisivamente a pauta do Supremo, apesar de não serem expressivas em toda a federação. São assuntos típicos de unidades federativas sobrerrepresentadas no

tribunal – e somente nelas o Direito Tributário, tema fundamental em São Paulo, é o caso mais representativo. (FALCÃO *et al.*, 2013, p. 45-46)

Seguindo mais uma vez a classificação utilizada por Vanberg (2005) para medir a abrangência do tema a ser julgado, foi estabelecida uma variável de controle binária, considerando quando a política é de âmbito federal ou estadual. De acordo com o modelo de promoção de controle de constitucionalidade proposto por Staton (2010), a visibilidade dos processos constitucionais seria endógena à natureza dos próprios conflitos.

No entanto, seria esperada maior probabilidade de um comunicado de imprensa ser emitido com base na abrangência da política. Esse resultado seria consistente com a própria escolha do tribunal em realizar os comunicados de imprensa. O STF estaria, portanto, mais propenso a divulgar os casos à medida que a importância do tema a ser julgado aumentasse. Nessa direção, foram encontradas mais ADIs com matérias de nível estadual, e, por sua vez, a maioria destas não teve seus resultados noticiados.

GRÁFICO 3 – **DISTRIBUIÇÃO DA VARIÁVEL “FEDERAL”**



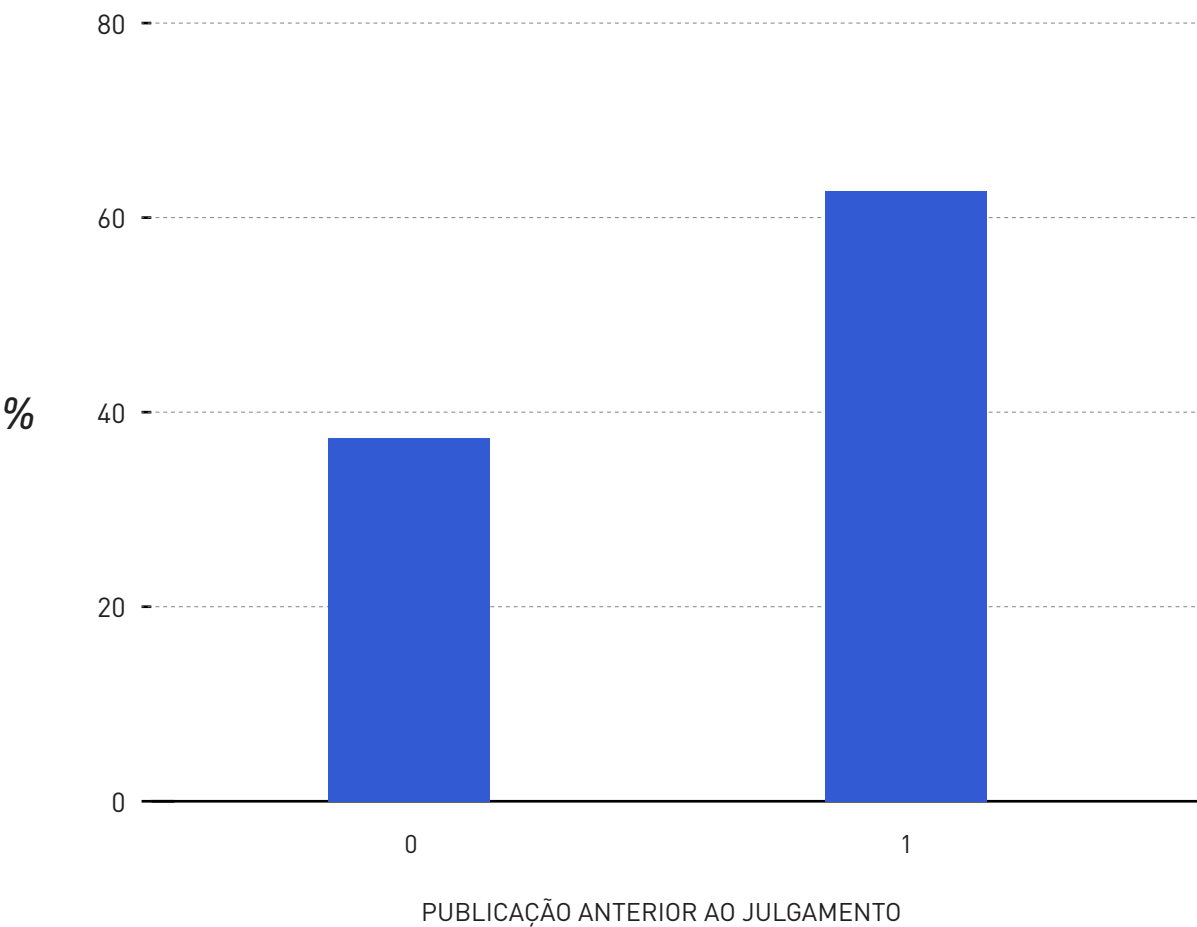
Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

O Gráfico 4 indica a distribuição da variável “Publicação Anterior”, que corresponde à existência de comunicados anteriores na página de notícias, ou seja, antes de uma decisão definitiva. Verifica-se que a maioria das ADIs teve alguma notícia a seu respeito publicada no *site* do STF anteriormente ao seu julgamento, representando 63% do total (223 de 355 ADIs).

Nesse ponto, encontra-se um paradoxo: embora a maior parte das ADIs tenha sido divulgada ao público externo (com foco na imprensa) em um momento anterior, essa fração cai consideravelmente no tocante à cobertura de seu resultado após a decisão final. Ou seja, a seletividade das decisões reportadas relaciona-se ao seu resultado, uma vez que publicações anteriores (que seriam independentes da decisão firmada) não determinam a comunicação posterior.

Ainda de acordo com a literatura, há evidências consistentes para analisar as escolhas do tribunal ao emitir comunicados de imprensa anunciando os resultados dos julgados. É mais provável que o tribunal o faça quando a ADI for procedente, especialmente se for difícil que o caso seja coberto, se não houver a iniciativa institucional nesse sentido.

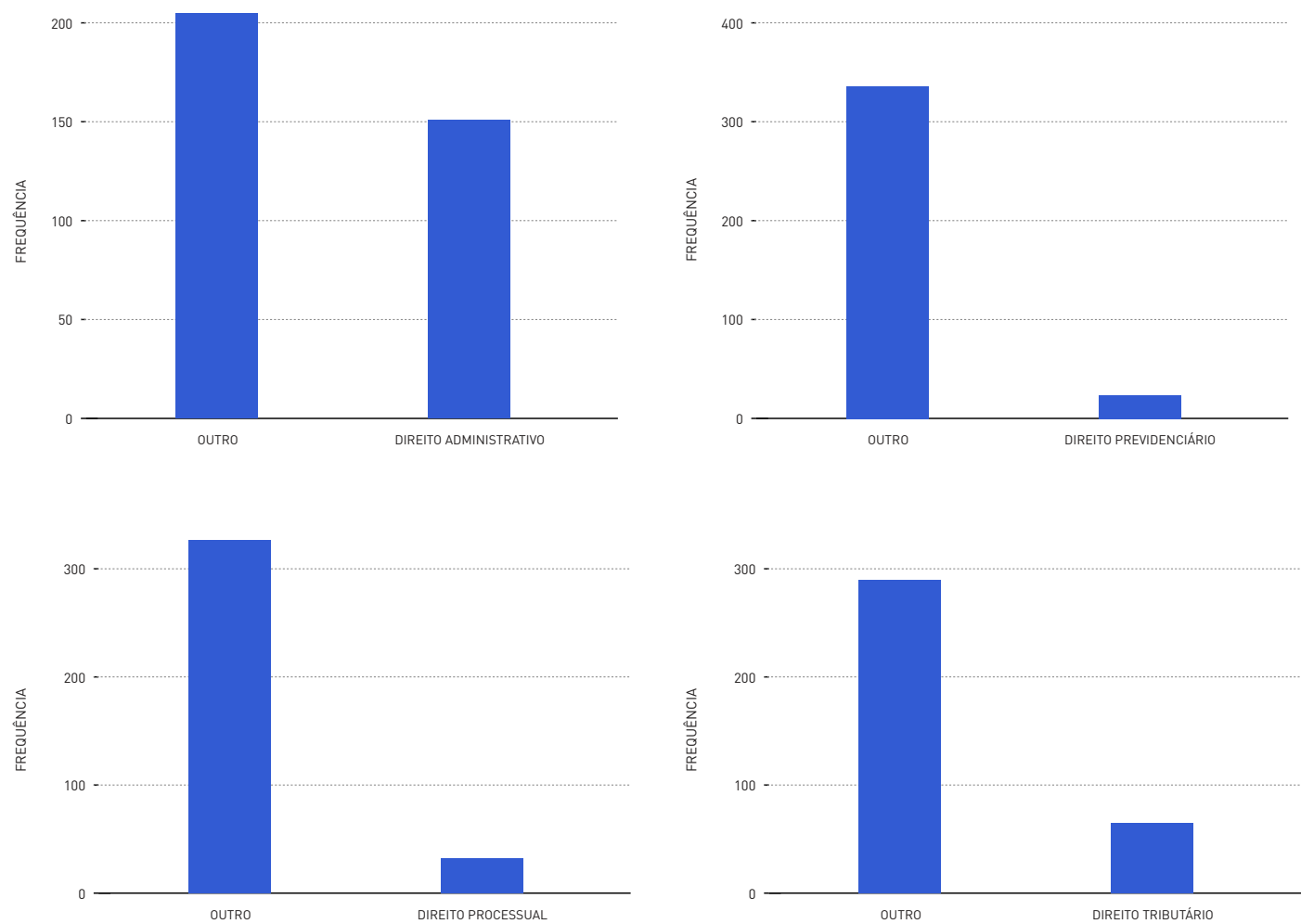
GRÁFICO 4 – DISTRIBUIÇÃO DA VARIÁVEL “PUBLICAÇÃO ANTERIOR”



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

O Gráfico 5 mostra a distribuição por frequência das variáveis *dummies* para as áreas temáticas de direito administrativo, processual, previdenciário e tributário, que foram incluídas no ajuste do modelo de regressão logística. O mecanismo causal que justifica um esperado impacto negativo dessas variáveis na probabilidade de publicação seria relacionado à complexidade do tema em questão.

GRÁFICO 5 — DISTRIBUIÇÕES DAS FREQUÊNCIAS DAS VARIÁVEIS *DUMMIES* SOBRE ÁREAS TEMÁTICAS DAS ADIS



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

De acordo com Falcão *et al.* (2013), os principais assuntos discutidos no Supremo são, nesta ordem: direito administrativo, direito tributário, direito do trabalho, processo civil, direito previdenciário, direito civil, processo penal, direito do consumidor e direito penal. Os autores acrescentam que há grande predominância de temas que envolvem o Estado: “Direito Administrativo e Direito Tributário em geral são disputas entre particulares e órgãos estatais. E mesmo Direito do Trabalho envolve, sobretudo, as disputas sobre o FGTS contra a Caixa Econômica Federal” (FALCÃO *et al.*, 2013, p. 48).

As áreas temáticas encontradas foram divididas em dois grupos: (1) administrativo, tributário, processual e previdenciário; (2) civil, eleitoral, penal, ambiental e trabalhista. O primeiro grupo, codificado como de maior complexidade e o segundo, de menor complexidade, para o qual seria esperada maior probabilidade de publicação.

A visibilidade dos casos, ou o que Vanberg (2005) denomina “transparência”, não depende apenas da conjuntura institucional e das ações de atores externos, mas também de características inerentes ao tema em questão. Assim, a complexidade relacionada à área temática

de determinada política contestada é um desses fatores, ao lado da abrangência (federal/estadual), delineada anteriormente. De acordo com a literatura, é mais difícil monitorar decisões que envolvem assuntos complexos:

É mais difícil estabelecer se uma decisão judicial foi fielmente implementada em áreas políticas tecnicamente mais complexas e exigentes. Por exemplo, uma reação legislativa a uma decisão declarando que a pena de morte é inconstitucional é transparente porque é bastante simples determinar (pelo menos em uma democracia liberal) se as execuções ainda acontecem. Em contraste, uma decisão técnica envolvendo várias provisões de código tributário é muito mais difícil de monitorar. O código tributário revisto atende às exigências do tribunal? Em geral, as áreas políticas que envolvem a regulação de resultados substantivos (em oposição a regras processuais) e casos que envolvem múltiplas áreas de política, em vez de um único assunto, tendem a ser mais complexas. (VANBERG, 2005, p. 47, tradução livre)¹⁸

Dessa forma, quanto maior a complexidade, menor tende a ser a visibilidade. Ao observar decisões judiciais, é mais comum que, ao contrário dos legisladores, os juízes tenham interesse em aumentar a transparência de suas decisões — mesmo porque estas sempre devem ser fundamentadas —, uma vez que tal característica dificultaria o risco de descumprimento. Há várias maneiras de incrementar a transparência, seja por meio da clareza dos fundamentos ao emitir os votos, seja pela formulação precisa do posicionamento, princípios que o amparam e suas implicações políticas.

Ao observar as decisões do STF após o período em que as sessões plenárias passaram a ser televisionadas, Lopes (2018) constatou que houve considerável aumento da extensão dos votos de cada ministro, o que indica impacto da transparência no comportamento judicial. Algumas questões permitem aos tribunais emitirem decisões altamente focalizadas, enquanto outras exigem decisões mais difusas, que são mais difíceis de indicar em linguagem precisa, porém, o fato é que houve um interesse institucional em aproveitar o espaço para expor de forma mais clara e fundamentada cada posicionamento individual.

...

18 No original: “It is more difficult to establish whether a judicial decision has been faithfully implemented in policy areas that are technically more complex and demanding. For examples, a legislative reaction to a decision declaring que death penalty unconstitutional is transparent because it is fairly straightforward to determine (at least in a liberal democracy) whether executions still take place. By contrast, a technical decision involving several tax code provisions is much harder to monitor. Does the tax code as revised satisfy court’s demands? in general, policy areas that involve regulation of substantive outcomes (as opposed to procedural rules) and cases that involve multiple policy areas rather than a single issue tend to be more complex”.

A outra forma de aumentar a transparência, pertinente para o presente problema de pesquisa, é a comunicação dessas decisões em outros espaços, como o que foi encontrado por Staton (2010) ao observar as estratégias de comunicação da Corte do México com a imprensa, aumentando a atenção sobre decisões que poderiam ser de interesse contrário às maiorias legislativas. Ainda há poucos estudos sobre o efeito do tema das decisões judiciais do STF e a associação à sua saliência/visibilidade, que seria uma perspectiva na direção inversa à proposta por Lopes (2018).

Sob a perspectiva da temática no processo decisório, alguns estudos diferenciam casos de acordo com a capacidade de o tribunal induzir a implementação de forma confiável (HALL, 2014).

Essa teoria diferencia o poder de implementação para casos “verticais” – aqueles em que as decisões podem ser diretamente implementadas pelos tribunais inferiores –, por exemplo, processo criminal, responsabilidade civil, administração judicial; e casos “laterais” – aqueles em que o tribunal se baseia em “casos não judiciais”, nos quais a implementação depende de um conjunto de outras instituições, como direito orçamentário e tributário.

Trazendo essa concepção ao STF, ressaltadas características contextuais que separam o sistema judicial norte-americano do brasileiro, seria possível esperar que a influência externa seria mais determinante na tomada de decisões do tribunal em algumas temáticas.

No entanto, se a divisão apresentada por Hall (2014) fizesse sentido para o caso em análise, seria intuitivo que as áreas temáticas consideradas “laterais” tivessem maior chance de publicação institucional, seguindo a lógica de se divulgar casos em que houvesse maior dificuldade institucional de se fazer cumprir. Observando os dados encontrados, a área que possuiu maior impacto positivo foi a do direito civil, rotulado como casos “verticais”, o que iria de encontro ao esperado.

Como pode ser observado na Tabela 1, as áreas temáticas das ADIs que podem ter impacto negativo nas publicações somam 266 do total de 355 ADIs (75%). A maioria delas versa sobre direito administrativo. É digno de nota, uma vez que essa área do Direito é, como salientado pelo relatório *Supremo em Números*, o principal assunto discutido em ADIs, especialmente no tocante à temática do servidor público, o que inclui questões sobre remuneração e outras condições de trabalho.

Entre as áreas do Direito que podem ter impacto positivo nas publicações, o direito civil distancia-se das demais com 49 casos. Foram incluídas nessa área temática questões tocantes ao direito do trabalho, considerando a baixa ocorrência de casos específicos sobre relações trabalhistas e por corresponder a direitos do indivíduo e interações entre particulares.

Na amostra encontrada, a maioria dos casos versa sobre questões voltadas para a discussão de liberdades individuais, como a questão do sigilo de documentos públicos (ADI n. 4047), espaços exclusivos para mulheres em sistemas ferroviários (ADI n. 4231), uso de cigarros em ambientes coletivos (ADI n. 4239), união homoafetiva (ADI n. 4277), autorização de pessoa biografada (ADI n. 4815).

Optou-se por incluir no modelo apenas as áreas temáticas com impacto negativo, que somam a maioria das ADIs, para evitar problemas de multicolinearidade.

TABELA 1 – ADIs POR ÁREA DO DIREITO

EFEITO ESPERADO NA V.D.	TEMA	FREQUÊNCIA	%
NEGATIVO	DIREITO ADMINISTRATIVO	150	42,3
	DIREITO TRIBUTÁRIO	65	18,3
	DIREITO PROCESSUAL	30	8,5
	DIREITO PREVIDENCIÁRIO	21	5,9
	DIREITO CIVIL	49	13,8
	DIREITO ELEITORAL	14	3,9
POSITIVO	DIREITO PENAL	13	3,7
	DIREITO AMBIENTAL	8	2,3
	DIREITO TRABALHISTA	5	1,4
TOTAL		355	100

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados do *site* do STF.

3.2. RESULTADOS DO AJUSTE DE MODELO DE REGRESSÃO LOGÍSTICA

A partir da natureza binária da variável dependente, adotamos o modelo de regressão logística para descrever a relação entre a variável que representa a publicação do resultado do julgamento da ADI na página de notícias do STF e as variáveis explicativas. O modelo proposto é definido da seguinte forma:

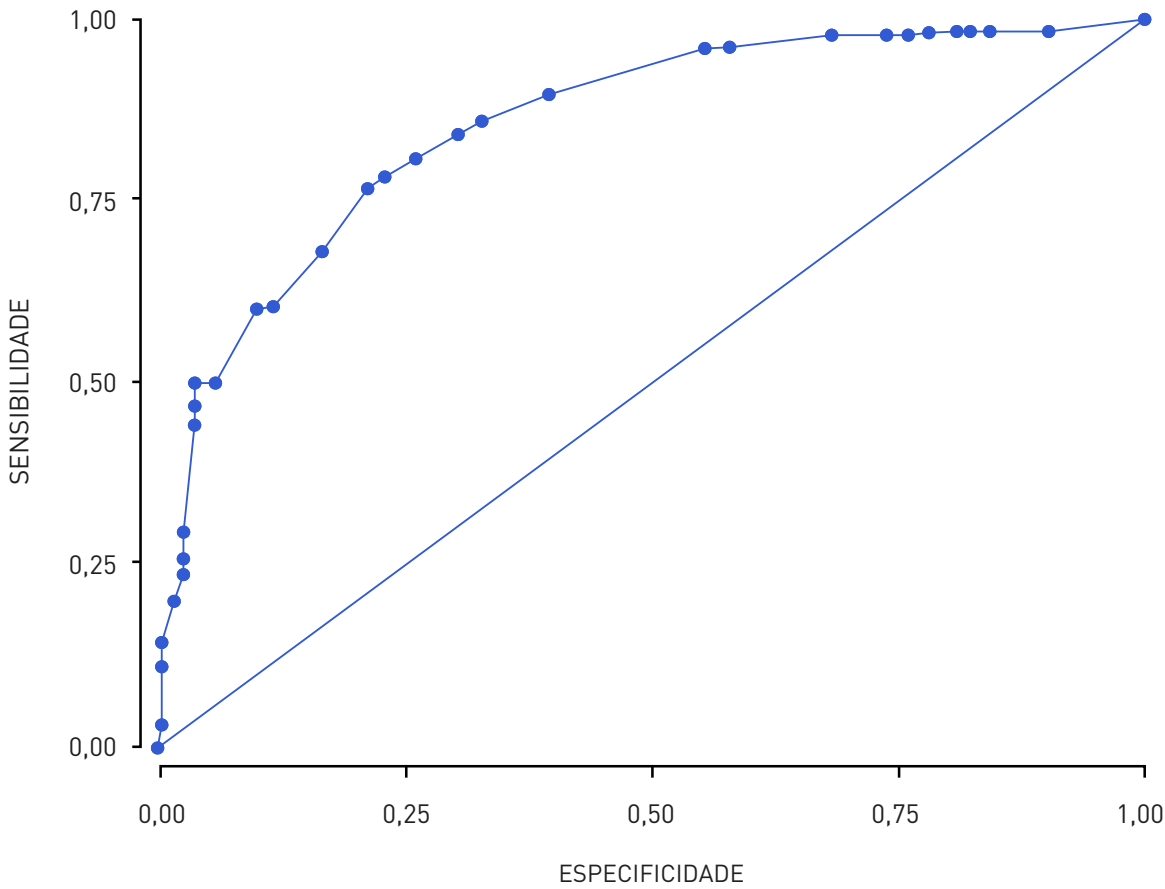
$$\gamma_i = \alpha + \beta_1 ADIN + \beta_2 FED + \beta_3 PANT + \beta_4 ADM + \beta_5 PRO + \beta_6 PREV + \beta_7 TRIB + \epsilon_i$$

Na equação, γ_i corresponde à variável dependente, que é categórica binária e representa a publicação ou não do resultado da ADI no *site* do STF; α é a constante do modelo; $\beta_1 ADIN$ representa a variável dicotômica que identifica se a ADI foi aprovada ou não; $\beta_2 FED$ é uma *dummy* que mede se a ADI é matéria de nível federal (valor 1) ou estadual (valor zero); $\beta_3 PANT$ é a variável binária que indica se já houve publicação no *site* do STF sobre a ADI antes do seu julgamento; $\beta_4 ADM$, $\beta_5 PRO$, $\beta_6 PREV$ e $\beta_7 TRIB$ representam, respectivamente,

dummies que indicam se a ADI foi de matéria de direito administrativo, processual, previdenciário ou tributário; ε_i é o termo de erro.

Conforme pode ser observado pela análise da curva ROC (*Receiver Operating Characteristic Curve*) no Gráfico 6, o modelo apresenta um elevado desempenho preditivo. Comparativamente à linha diagonal, que representa uma classificação binária aleatória, o modelo apresentou bastante melhora. Especificamente, a área sob a curva ROC representa um poder preditivo de aproximadamente 85%.

GRÁFICO 6 — **CURVA DE AJUSTE DO MODELO DE REGRESSÃO LOGÍSTICA**



ÁREA SOB A CURVA ROC = 0,8547

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

Como pode ser observado na tabela de contingência a seguir (Tabela 2), apenas as variáveis explicativas “Adin Procedente” e “Publicação Anterior” estão efetivamente correlacionadas à variável dependente, pois foram as únicas que apareceram com o teste de qui-quadrado significativo.

Cerca de 82% das “Adins Procedentes” e 57% daquelas que já tiveram notícias publicadas a seu respeito antes do julgamento têm os seus resultados finais publicados no *site* do STF.

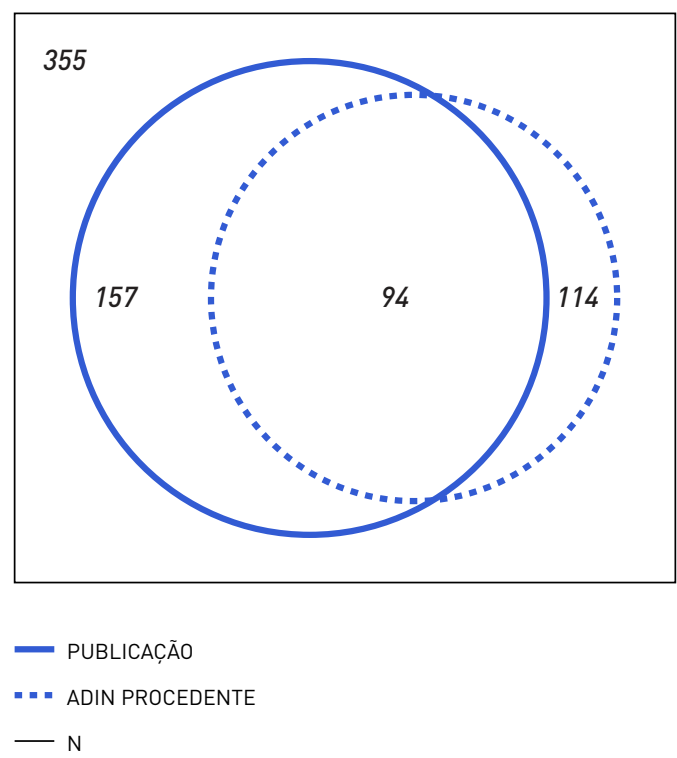
Tal relação pode ser mais bem compreendida nos diagramas de Venn presentes nos Gráficos 7 e 8.

TABELA 2 – **CONTINGÊNCIA DAS VARIÁVEIS EXPLICATIVAS E A VARIÁVEL DEPENDENTE (%)**

		PUBLICAÇÃO	
		0	1
ADIN PROCEDENTE*	0	74	26
	1	18	82
FEDERAL	0	53	47
	1	59	41
PUBLICAÇÃO ANTERIOR*	0	77	23
	1	43	57
DIREITO ADMINISTRATIVO	0	53	47
	1	59	41
DIREITO PROCESSUAL	0	56	44
	1	53	47
DIREITO PREVIDENCIÁRIO	0	55	45
	1	62	38
DIREITO TRIBUTÁRIO	0	56	44
	1	54	46

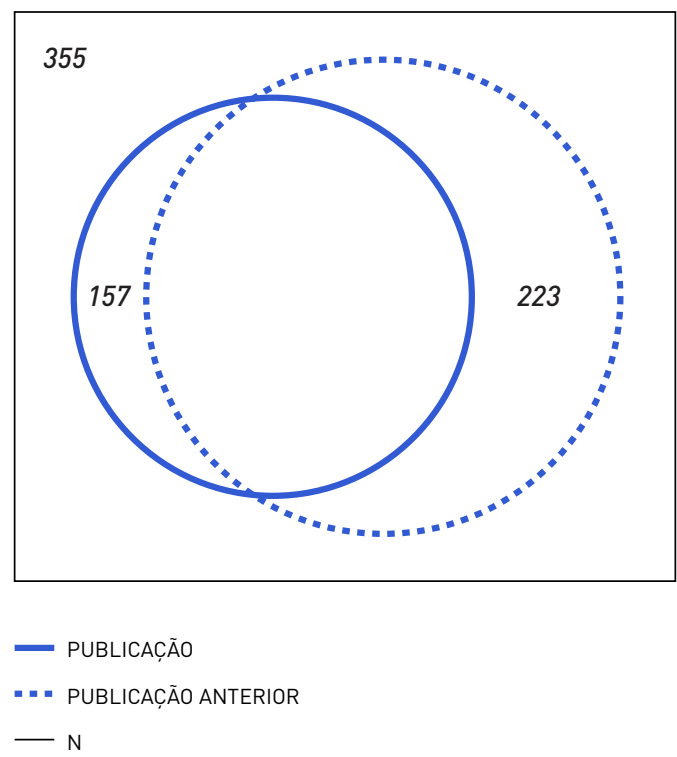
Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.
*A estatística qui-quadrado é significativa a 5%.

GRÁFICO 7 – **DIAGRAMA DE VENN DA VARIÁVEL “ADIN PROCEDENTE” E A VARIÁVEL DEPENDENTE**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

GRÁFICO 8 – **DIAGRAMA DE VENN DA VARIÁVEL “PUBLIÇÃO ANTERIOR” E A VARIÁVEL DEPENDENTE**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

Para analisar o ajuste geral do modelo, um dos principais testes utilizados é o de Hosmer e Lemeshow. De acordo com Garson (2011), esse teste é considerado mais robusto do que o teste de qui-quadrado comum. Um resultado não significativo ($p > 0,05$) sugere que o modelo estimado com as variáveis independentes é melhor do que o modelo nulo. Como pode ser observado na Tabela 3, o modelo estimado apresentou um qui-quadrado de 6,983, com um p-valor de 0,539, sugerindo um ajuste adequado.

Outra medida de ajuste comumente utilizada é o Omnibus teste dos coeficientes. Diferentemente do teste de Hosmer e Lemeshow, um resultado significativo ($p < 0,05$) sugere um ajuste adequado (GARSON, 2011). De acordo com os dados presentes na Tabela 3, o modelo apresentou um qui-quadrado de 155,667 estatisticamente significativa (p-valor $< 0,000$), ou seja, rejeita-se a hipótese nula de independência estatística entre as variáveis independentes e a variável dependente.

TABELA 3 – TESTES DE AJUSTE GERAL DO MODELO

TESTE	QUI-QUADRADO	SIG.
HOSMER E LEMESHOW	6,983	0,539
OMNIBUS TESTE DOS COEFICIENTES	155,667	0,000

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

Assinala-se, em primeiro lugar, que, quando todas as sete variáveis são incluídas na análise (modelo 2), a aprovação da ADI permanece com o coeficiente positivo e significativo do modelo 1, corroborando a hipótese principal que consiste em uma maior probabilidade de publicação do resultado da ADI na página de notícias quando esta for julgada procedente.

A Tabela 4 apresenta os resultados das regressões. Em parênteses estão expostos os coeficientes em razão das chances, porque a interpretação por meio do logaritmo não é intuitiva.¹⁹

Em segundo lugar, observa-se que a variável de interesse também tem um poder explicativo sobre a variável dependente bastante superior ao das outras variáveis incluídas na análise.

...

19 Um coeficiente positivo (+), quando transformado pelo logaritmo, produz um coeficiente Exp (β) maior do que 1. Um coeficiente negativo (-) produz um coeficiente Exp (β) menor do que 1. Um coeficiente de valor zero produz um coeficiente Exp (β) igual a 1, indicando que a variável independente não afeta a chance de ocorrência da variável dependente.

Tomando os valores entre parênteses, referentes à razão de chance, isso significa que, mantendo as demais variáveis constantes, quando a ADI é procedente, a chance de que o resultado do julgamento seja publicado é 24 vezes maior. Esse resultado pode ser interpretado mais intuitivamente no Gráfico 9, que demonstra o efeito marginal médio entre o resultado dos julgados e a seleção daqueles que serão reportados pela página institucional de notícias.

Parte da literatura sugere que maior clareza ao exteriorizar as decisões judiciais promove o cumprimento, o que implicaria a intenção de divulgar de forma mais explícita, descrita em uma linguagem mais simples e menos técnica, as decisões que anulam o *status quo*.

O apoio público, central para manutenção do poder judicial, teria como requisito óbvio o conhecimento dessas decisões, ou seja, maior visibilidade (o que é também denominado pela literatura como transparência). O apoio específico às decisões refere-se justamente à satisfação com determinados resultados de políticas por parte de uma instituição e, nesse contexto, a específicas decisões judiciais.

Embora existam alguns obstáculos em separar empiricamente o apoio específico (a determinadas políticas) do apoio difuso (à instituição como um todo), diversas pesquisas afirmam que ambos os apoios se espelham. Evidências consideráveis sugerem que avaliações substantivas de decisões judiciais específicas afetam o nível de apoio público a um tribunal, especialmente para líderes de opinião (CALDEIRA e GIBSON, 1992). E possivelmente a assessoria de imprensa do STF, como instituição responsável por selecionar quais decisões finais reportar como comunicados de imprensa, acredita que esse é o caso.

TABELA 4 — DETERMINANTES PARA A PUBLICAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO DA ADI NO SITE DO STF

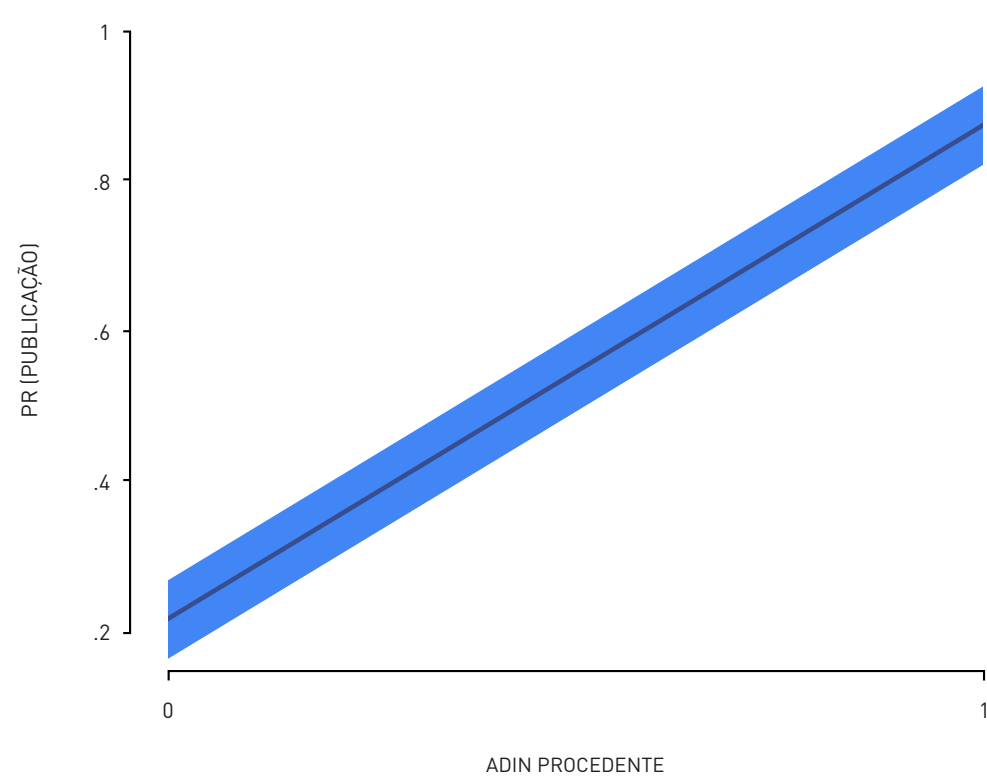
	(1)	(2)
ADIN PROCEDENTE	2,586*** (13,279)	3,189*** (24,263)
FEDERAL		0,195 (1,216)
PUBLICAÇÃO ANTERIOR		1,893*** (6,642)
DIREITO ADMINISTRATIVO		-0,731** (0,481)

(continua)

DIREITO PROCESSUAL		0,041	
		(1,042)	
DIREITO PREVIDENCIÁRIO		-0,457	
		(0,633)	
DIREITO TRIBUTÁRIO		-0,006	
		(0,994)	
CONSTANTE	-1,039***	-2,209***	
	(0,354)	(0,110)	
PSEUDO R² NAGELKERKE	0,342	0,475	
% PREDITO	75%	85%	
N	355	355	

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.
Coeficientes de regressão (β) reportados; Exp (β) (razão de chance) entre parênteses. Significância:
** $p < 0,05$ *** $p < 0,01$.

GRÁFICO 9 – EFEITO MARGINAL MÉDIO DA APROVAÇÃO DA ADI SOBRE A PROBABILIDADE DE PUBLICAÇÃO DO RESULTADO DO SEU JULGAMENTO NO *SITE* DO STF



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

No modelo 2, com todas as variáveis independentes, o teste de Nagelkerke apresentou um resultado de 0,475. Interpretando-o de acordo com a lógica do R^2 da regressão linear, significaria afirmar que as variáveis explicativas, em conjunto, explicam, aproximadamente, 48% da variação da publicação dos resultados dos julgamentos das ADIs, o que é uma quantidade relevante para uma pesquisa no campo das Ciências Sociais.

Na equação, buscou-se controlar três influências em potencial para a escolha dos casos que seriam noticiados como comunicados para a imprensa: (1) abrangência da legislação questionada, dividindo entre as de nível federal e local, pressupondo que no primeiro grupo haveria impacto positivo, à medida que a relevância da política aumenta; (2) existência de publicação *ex ante*, ou seja, se o caso havia sido publicado na página antes do resultado da decisão, o que indicaria que determinados processos são considerados mais relevantes do que outros, independentemente da procedência ou improcedência da ADI; (3) área temática de acordo com a complexidade, uma vez que determinados assuntos teriam maior chance de publicação *ex post* independentemente do resultado.

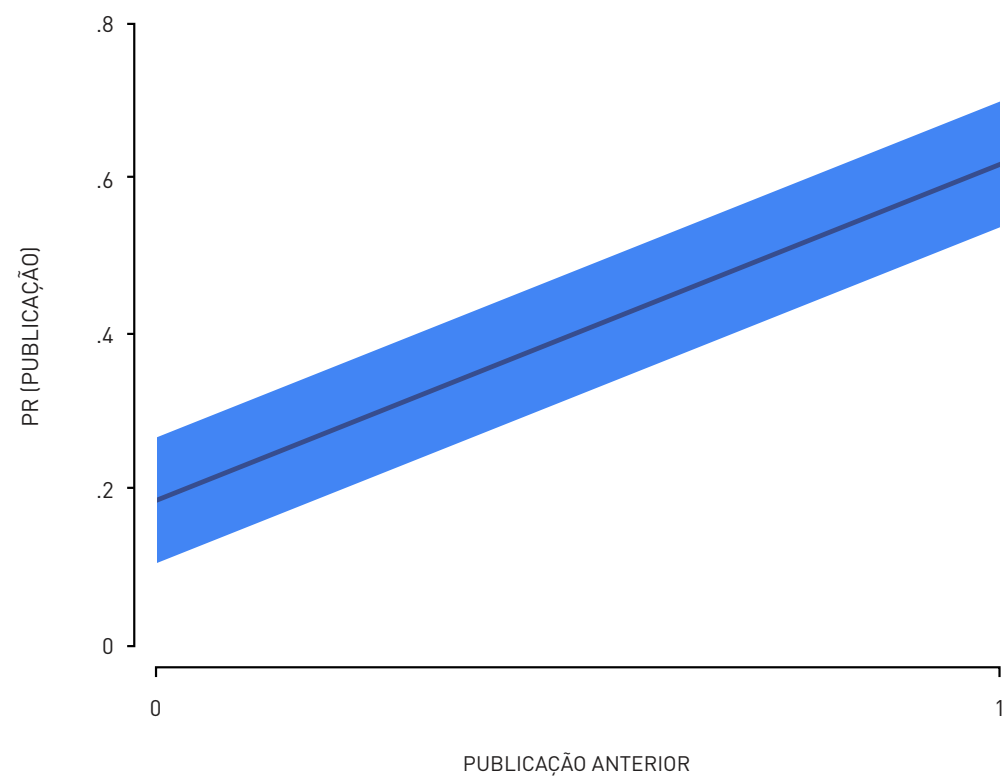
É preciso destacar que somente a *dummy* de procedência da ADI (modelo 1) é capaz de explicar 34% da variação da variável dependente, o que demonstra a centralidade da procedência das ADIs para entender as publicações dos resultados dos julgamentos das ADIs na página institucional do STF. Além disso, esse mesmo modelo possui um poder preditivo de 75%, portanto, apenas 10% menor em relação ao modelo com todas as variáveis explicativas.

Outra variável que se mostrou relevante foi a *dummy* que mede se já houve ou não publicação sobre a ADI antes do seu julgamento. Os resultados sugerem que, quando uma ADI já tiver sido citada no *site* do STF antes do julgamento, a chance de que o resultado do juízo seja publicado é seis vezes maior. Esse resultado pode ser interpretado mais intuitivamente no Gráfico 10, que apresenta as previsões marginais, em que a variável independente varia enquanto se fixam as demais em suas respectivas médias.

Capturar quais as temáticas reportadas com mais frequência mesmo antes dos resultados respectivos é uma tentativa de encontrar questões intrinsecamente consideradas “importantes” pela instituição. As questões com que o tribunal deveria se importar mais, por exemplo, quanto à classificação temática ou ao nível de abrangência – nível de governo a ser confrontado – e o valor que ela representa como construção de precedentes são da mesma forma relevantes.

É possível que a publicação não se relacione ao mecanismo de apoio público, de modo que o tribunal poderia ser propenso a divulgar ADIs que vetem políticas no sentido de que tais decisões refletem mudanças potenciais na legislação que merecem ser anunciadas.

GRÁFICO 10 – EFEITO MARGINAL MÉDIO DA PRESENÇA DE PUBLICAÇÃO SOBRE A ADI ANTERIOR AO SEU JULGAMENTO SOBRE A PROBABILIDADE DE PUBLICAÇÃO DO RESULTADO DO SEU JULGAMENTO NO *SITE* DO STF



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

A terceira e última variável que apresentou um coeficiente significativo foi a *dummy* que identifica se a ADI se trata de direito administrativo. Os resultados sugerem que, quando uma ADI pertence a essa área, a chance de que o resultado do juízo seja publicado é 52% menor.²⁰ Esse resultado pode ser interpretado mais intuitivamente no Gráfico 11, em que se verificam os efeitos marginais dessa variável, mantendo as demais constantes.

Observando o controle relacionado às características intrínsecas de cada processo, o direito administrativo pertenceria a uma temática considerada complexa por envolver várias legislações esparsas, o que teria menor impacto esperado em publicações. Ou, na classificação proposta por Hall (2014), casos “laterais”, por pressupor a atuação conjunta de outras instituições.

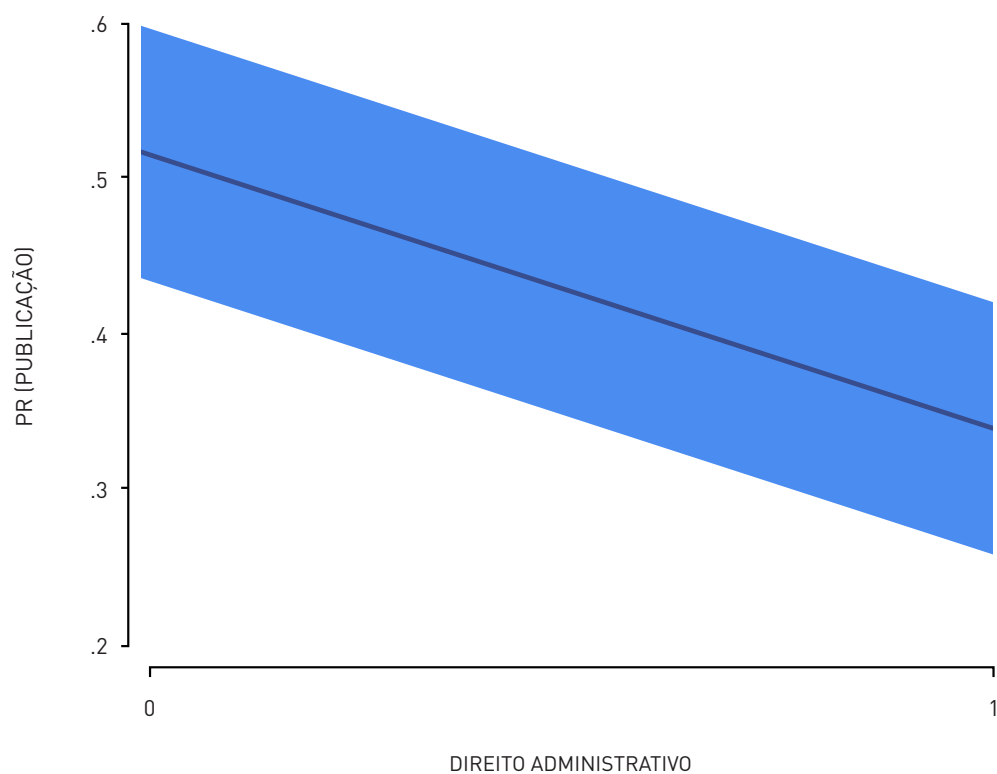
No entanto, mudanças que envolvam reajuste salarial dos próprios membros do Judiciário ou redução das atribuições do Conselho Nacional de Justiça seriam exemplos nos quais a redução da transparência poderia ser desejável, seja por motivos ligados à reputação institucional, seja pela menor necessidade de coordenação com demais esferas de poder e que poderiam ser

...

20 $\text{Exp}(\beta) - 1 * 100$

explicações plausíveis para que a variável apresente o coeficiente negativo, embora seja o tema mais recorrente em ADIs, como já mencionado.

GRÁFICO 11 – EFEITO MARGINAL MÉDIO DA ADI QUE VERSA SOBRE DIREITO ADMINISTRATIVO SOBRE A PROBABILIDADE DE PUBLICAÇÃO DO RESULTADO DO SEU JULGAMENTO NO *SITE* DO STF



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do *site* do STF.

Apesar de a literatura considerar que matérias de nível federal possam ter impacto positivo na publicação das ADIs, de acordo com os motivos já discutidos, neste modelo não foi possível descartar a hipótese nula de que a matéria de nível federal não tem nenhum tipo de influência na variação da variável independente.

CONCLUSÃO

No modelo testado, a transparência (visibilidade) é endógena, limitada às publicações institucionais (*press release*) e pode ser controlada pelos seus agentes, inspirada no modelo da divulgação estratégica (STATON, 2010).

Observando quais decisões são reportadas ao público – de que a probabilidade de divulgação intencional pela instituição será maior quando a decisão for contramajoritária (procedência total ou parcial da ADI) –, tomando os valores entre parênteses, referentes à razão de chance, verifica-se que, mantendo as demais variáveis constantes, quando a ADI é procedente, a

chance de que o resultado do julgamento seja publicado é 24 vezes maior. Conclui-se que o modelo apresenta fortes evidências de que existe uma relação positiva entre o resultado das decisões e a publicação *ex post* por iniciativa do próprio STF.

A relação encontrada pode sinalizar, a princípio, uma estratégia semelhante à identificada por Staton (2010) no tribunal constitucional mexicano. No caso do STF, a probabilidade de que uma ADI seja publicada pela instituição é maior quando o resultado tiver sido procedente, ou seja, contramajoritário, mesmo quando observadas outras variáveis de controle. Os resultados sugerem que, quando uma ADI já tiver sido citada no *site* do STF antes do seu julgamento, a chance de que o resultado do juízo seja publicado é seis vezes maior.

Seja pela teoria do fortalecimento público das decisões, seja pela construção da reputação institucional, há indícios de que há uma intenção, constante ao longo da série temporal estudada, de dar ênfase às ADIs que são total ou parcialmente procedentes.

Foram consideradas variáveis como a complexidade do tema²¹ e a abrangência (federal ou estadual), assim como a possível preferência anterior pela temática (publicação *ex ante*), mas nenhuma delas apresentou significância.

Conclui-se, a partir dos resultados encontrados, que, embora a maioria das ADIs seja julgada improcedente, ao observar os julgados selecionados para publicação na página institucional do STF e os respectivos resultados, encontrou-se uma relação positiva, com alta significância estatística, entre a publicação das matérias sobre as ADIs e o resultado procedente.

Ainda que consideradas demais variáveis de controle com forte poder explicativo, os achados indicam que há preferência do STF em demonstrar ao público os resultados contramajoritários. Tal achado pode ser explicado pela intenção de realçar a imagem de que predominam tais decisões na corte, em sentido contrário aos dados efetivos.

Ainda que se argumente que se trata de uma escolha atribuída à assessoria de imprensa do STF, o cargo comissionado é indicado por sua presidência, que se altera a cada dois anos. Uma vez que a amostra se refere a um largo intervalo (2000 a 2016), conclui-se que se trata de uma política institucional que não se modifica de acordo com o agente que ocupa a função de presidente.

Os resultados encontrados são uma evidência de que a teoria da divulgação estratégica (STATON, 2010) em certa medida se aplica ao STF, no sentido de que as notícias institucionais são o veículo de divulgação para a imprensa e para o público.

Também seria possível inferir que o resultado contramajoritário, ou seja, de “Adin Procedente”, é o desejável pela instituição, dado que o padrão comportamental é contínuo ao longo

...

21 A tipologia baseada em complexidade foi fundamentada nas áreas do Direito, conforme utilizada em Vanberg (2005). A categorização dos processos da amostra foi intencionalmente atribuída pelos autores no momento da construção do banco de dados, com base na interpretação da ementa do processo.

dos anos analisados que cortam diversas composições de ministros, bem como pelo menos oito gestões diferentes da sua assessoria de imprensa. Considerando tal possibilidade, para estudos futuros seria interessante considerar a variação ao longo do tempo.

Entretanto, retornando ao elo entre apoio difuso e específico, há implicações para o comportamento judicial sob a perspectiva do resultado das decisões. Se o apoio público é um recurso importante, a busca por manter esse apoio ao tribunal poderia influenciar deliberações judiciais, ao passo que os atores judiciais reconhecessem que suas decisões têm relação com apoio futuro.

Esse seria um estímulo, ao lado do desejo de manter apoio ou reputação institucional, à sensibilidade à opinião pública. O apoio de que desfrutam seria, portanto, um recurso valioso que poderia ser “gasto” rapidamente ao passo que muitas decisões impopulares convencessem cidadãos de que o tribunal exerce uma influência indesejável na política.

Os achados da pesquisa realizada motivam a continuar o debate sobre mecanismos causais por trás do fenômeno. Afinal, a partir da teoria do apoio institucional, conclui-se que públicos mais atentos aos tribunais podem apoiar seu fortalecimento como instituição política, mas não é possível afirmar com segurança que o STF espera que tal seja verdade e que isso motive seu comportamento institucional.

Adquirir apoio é um processo dinâmico – os dados sugerem que os tribunais constroem apoio específico e se tornam “salientes”, o que permite que seu ativismo político chegue ao conhecimento do grande público. Aparentemente, a satisfação evolui lentamente para legitimidade institucional e o grau de conexão entre apoio específico e difuso vai se acumulando com o tempo. Além disso, diferentes áreas de formulação de políticas agradam diferentes constituintes, então a legitimidade seria alcançável por meio do mecanismo que Gibson, Caldeira e Baird (1998) explicam como satisfação sucessiva de “coalizões de minorias”.²²

É possível, portanto, que o viés de seleção do que é publicado seja determinante na probabilidade de a instituição realçar algumas decisões. Tal conclusão parece consistente com a teoria discutida e com a amostra encontrada.

Por fim, esperamos ter coberto uma lacuna e ter contribuído minimamente para o avanço da agenda de estudos sobre comportamento judicial, em especial no Brasil, com ênfase na relação com o público como variável de interesse.

...

22 “Embora os tribunais possam ser instituições minoritárias, são capazes de agradar uma série de minorias, então podem gradualmente obter o apoio da maioria reunindo o que equivale a uma ‘coalizão de minorias’” (GIBSON, CALDEIRA e BAIRD, 1998, p. 355).

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem aos pareceristas anônimos da Revista Direito GV pelas atentas observações ao artigo.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego W. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro M. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, [s. l.], n. 40, p. 34-64, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, [s. l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union: Models of Institutional Support. *The American Political Science Review*, [s. l.], v. 89, n. 2, p. 356-376, jun. 1995.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, [s. l.], v. 36, n. 3, p. 635-664, ago. 1992.

CARRUBBA, Clifford J. A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 71, n. 1, p. 55-69, jan. 2009.

CARRUBBA, Clifford J.; ZORN, Christopher J. Executive Discretion, Judicial Decision Making, and Separation of Powers in the United States. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 72, n. 3, jul. 2008.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, [s. l.], v. 12, n. 23, p. 176-207, 2010.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, Lisboa, n. 191, p. 315-335, abr. 2009.

CARVALHO, Ernani. *Revisão abstrata da legislação e a judicialização da política no Brasil*. 2005. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO Ernani *et al.* Judicialización de la política y grupos de presión en Brasil: intereses, estrategias y resultados. *América Latina Hoy*, [s. l.], v. 72, p. 59-88, 2016. Disponível em: <https://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/9426>. Acesso em: 14 mar. 2023.

DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. Nova York: Harper and Row, 1957.

EASTON, David. A Re-Assessment of the Concept of Political Support. *British Journal of Political Science*, [s. l.], v. 5, n. 4, p. 435-457, 1975.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. *Law and Society Review*, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 117-164, 2001.

FALCÃO, Joaquim *et al.* *II Relatório do Supremo em Números: O Supremo e a Federação*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2013. 184 p.

FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A Positive Theory of Statutory Interpretation. *International Review of Law and Economics*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 263-279, 1992.

GARSON, G. David. *Statnotes: Topics in Multivariate Analysis*. 2011. Disponível em: <http://www.statisticalassociates.com>. Acesso em: 21 mar. 2023.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the Legitimacy of National High Courts. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 92, n. 2, p. 343-358, 1998.

HALL, Matthew E. K. The Semiconstrained Court: Public Opinion, the Separation of Powers, and the U.S. Supreme Court's Fear of Nonimplementation. *American Journal of Political Science Association*, [s. l.], v. 58, n. 2, p. 352-366, 2014.

HELMKE, Gretchen. The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 96, n. 2, p. 291-303, 2002.

LOPES, Felipe de M. Television and Judicial Behavior: Lessons from the Brazilian Supreme Court. *Exchange Organizational Behavior Teaching Journal*, [s. l.], v. 209, p. 41-71, 2018.

MCGUIRE, Kevin T.; STIMSON, James A. The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 66, n. 4, p. 1018-1035, 2004.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, v. 87, n. 1, p. 87-101, 1993.

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

POSNER, Richard A. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 32, 2005.

POWELL JR., G. Bingham. *Elections as Instruments of Democracy: Majoritarian and Proportional Visions*. New Haven: Yale University Press, 2000.

RAMSEYER, J. Mark; RASMUSEN, Eric B. *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

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

STATON, Jeffrey K. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. Nova York: Cambridge University Press, 2010.

STEPHENSON, Matthew C. Court of Public Opinion: Government Accountability and Judicial Independence. *The Journal of Law, Economics & Organization*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 379-399, 2004.

TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

VANBERG, George. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Nova York: Cambridge University Press, 2005.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MAGALHÃES, Rebecca; CARVALHO, Ernani. “Quem não se comunica se trumbica”: comportamento decisório e estratégias de autopromoção do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2319, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202319>

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE DADOS:

O conjunto de dados deste artigo está disponível no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.KFYE6I>.

Rebecca Magalhães

PROFESSORA SUBSTITUTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS – CIÊNCIA POLÍTICA NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA (UNIPAMPA). DOUTORA EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE). PESQUISADORA DO PRAETOR (UFPE).

rebeccabrasileiro@unipampa.edu.br

Ernani Carvalho

PROFESSOR ASSOCIADO DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE). COORDENADOR DO PRAETOR (UFPE). PESQUISADOR DO CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq).

ernani.carvalho@ufpe.br

Recebido: 11.10.2021

Aprovado: 27.01.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202320>

1 Federal University of Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brazil

<https://orcid.org/0000-0001-9308-9929>

2 Federal University of Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brazil

<https://orcid.org/0000-0003-3165-2434>



Lack of Communication Can Be Trouble: Brazilian Federal Supreme Court Decision-Making Behavior and Self-Promotion Strategies

“QUEM NÃO SE COMUNICA SE TRUMBICA”:¹ COMPORTAMENTO DECISÓRIO E ESTRATÉGIAS DE AUTOPROMOÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rebecca Magalhães¹ e Ernani Carvalho²

Abstract

The post-1988 period in Brazil has brought as a consequence a greater role for the Judiciary in the political game, a fact that can be derived either from institutional arrangements or from strategies undertaken by its agents. Focusing on the second approach, the article explores whether exists a communication strategy between the Brazilian Federal Supreme Court (STF) and the public. According to the literature, in spite of the fact that the Judiciary differs from other political actors because it does not rely on the electorate, it is similar in terms of the need to provide transparency in its decisions, in order to achieve institutional legitimacy. In the Brazilian case, there is a constant externalization of messages directed at symbols of justice, objectivity, and impartiality and, since mid-2000's, there has been an increase in the institution's transparency, with emphasis on the televised transmission of its plenary sessions and a detailed institutional web page containing news and complete content of rulings. Considering that, from a comparative perspective, the constitutional court has become extremely exposed, one wonders: is there institutional selectivity in relation to its decisions? In order to answer this question, press releases from the Federal Supreme Court and judicial decisions were examined, over a 16-year time frame, from 2000 to 2016. The research utilized mixed methods: textual data mining techniques and statistics. The findings suggest that there is an intention, consistent throughout the time period studied, to transmit an image of an activist court.

Keywords

Judicial behavior; Judiciary and politics; Brazilian Federal Supreme Court; communication; institutional legitimacy.

Resumo

O pós-1988 trouxe maior protagonismo do Judiciário no jogo político, fato que pode derivar tanto de arranjos institucionais quanto de estratégias de seus agentes. Focando na segunda abordagem, discute-se se há uma estratégia de comunicação do Supremo Tribunal Federal (STF) com o público. De acordo com a literatura, embora o Judiciário se diferencie de outros atores políticos por não necessitar do eleitorado, assemelha-se quanto à necessidade de proporcionar transparência às suas decisões, de modo a alcançar legitimidade institucional. No caso brasileiro,

1 This phrase became popular worldwide through one of the greatest communicators on Brazilian television, José Abelardo de Medeiros, also known as Chacrinha.

há constantemente uma exteriorização de mensagens direcionadas a símbolos de justiça, objetividade e imparcialidade, e houve, desde meados dos anos 2000, um recrudescimento da visibilidade daquela instituição, destacando-se a transmissão televisionada de suas sessões plenárias e uma detalhada página institucional contendo notícias e inteiro teor de julgados. Considerando que, em perspectiva comparada, a corte constitucional tornou-se extremamente exposta, questiona-se: há seletividade institucional em relação às decisões promovidas? Para responder a essa pergunta foram observados comunicados de imprensa do STF e decisões judiciais, em um recorte temporal de 2000 a 2016. A pesquisa utilizou métodos mistos: técnica de mineração de dados textuais e estatística. Os resultados encontrados sugerem que há uma intenção, constante ao longo da série temporal, de enfatizar a imagem de tribunal ativista.

Palavras-chave

Comportamento judicial; Judiciário e política; Supremo Tribunal Federal; comunicação; legitimidade institucional.

“[S]upreme courts occasionally play an enlightening role.”

Ministro Roberto Barroso

INTRODUCTION

Baum (2006) introduces his book, *Judges and their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*, by describing several examples of the Supreme Court of the United States of America (USA), exposing their opinions in major newspapers and noticing that, despite the existence of miscellaneous speeches, it is possible to observe a clear intention of communication with different audiences. A similar phenomenon can also be observed in the various courts of other democratic countries. In Brazil, the frequency of such opinions has been spurring debates and opening new channels of communication with society.

For ordinary political actors, it is mandatory to establish a positive relationship with the public, considering that elections are the main motivation for seeking a communication strategy (DOWNS, 1957; POWELL JR., 2000; VANBERG, 2005; STATON, 2010). However, what motivation would make the communication strategy of Superior Court judges interesting, as they do not directly depend on the electorate? It seems to be a matter of great relevance, given the enhanced level of protagonism currently experienced by the Judiciary.

The debate is also related to the theory of Institutional Support outlined by Easton (1975), according to which it is possible to conclude that people who are often more attentive to the courts would be more likely to accept the mythology of judicial neutrality and

objectivity in decision-making (CALDEIRA and GIBSON, 1995; GIBSON, CALDEIRA and BAIRD, 1998), in order to sustain and popularize a deeper belief in the legitimacy of the court as an institution.

Such a view would be associated with the perception that judges are, in fact, different. Thus, they trust the law rather than values of decision-making considered “objective”² and technical, which would strongly contribute to the legitimacy of the courts before society. Therefore, greater security for monitoring and complying with court decisions would be afforded.

Unlike elected politicians, Federal Supreme Court members are cooperatively nominated among the Executive and Legislative branches (appointed by the Federal President and confirmed by an absolute majority of the Federal Senate). They hold permanent mandates and, as they occupy unelected roles, the chances of dismissal are almost null.

Nonetheless, it is possible to observe a consensus in the literature that, although there are contextual specificities, members of constitutional courts are not exempt from politics. Posner (2005) mentions that conflicts between Congress and the US Supreme Court often yield remarkable cases, which can also be observed in Brazil, especially in recent decades. Therefore, parallel behavior to that of ordinary politicians can be expected of the Supreme Court during its exposure to public observation.

The visibility of the Court’s decisions was enhanced alongside the strengthened position it received from the Federal Constitution of 1988 (CF/88). Thus, new configurations emerged during the same period, such as the creation of public hearings, live transmission of sessions on open-air television, as well as an increase in the frequency of interviews and other articles in the press.

The Supreme Federal Court is constantly quoted as the only such court to have its plenary sessions aired on television, however, Mexico and the United Kingdom are also examples of this practice.

It is possible to find, in the literature, various works that seek an explanation from a strategic perspective. Some focus on the Supreme Court of the United States (FEREJOHN and WEINGAST, 1992), others on comparative politics (EPSTEIN, KNIGHT and SHVETSOVA, 2001; HELMKE, 2002), others on the Federal Constitutional Court in Germany (VAN-BERG, 2005), and yet others on the Supreme Court of Mexico (STATON, 2010).

...

2 Baum (2006) presents an ironic metaphor of the “judge as Mr. Spock”, comparing him to the fictional character (not human) whose attitudes were devoid of selfishness and emotions, in the search for the common good: “Thus there is an element of Mr. Spock in the judges of the pure legal and attitudinal models, judges who act without emotion or self-interest in order to advance the general good. As the leading expert on Mr. Spock explained, ‘In the Vulcan culture, one simply does what is right’ (Nimoy 1977, 104)” (BAUM, 2006, p. 18).

Some suggest that constitutional courts are responsive to Legislative and Executive preferences, to public opinion (MISHLER and SHEEHAN, 1993; MCGUIRE and STIMSON, 2004; CARRUBBA and ZORN, 2008) and, finally, that judges consider both public preferences and the government (EPSTEIN, KNIGHT and SHVETSOVA, 2001; RAMSEYER and RASMUSEN, 2003; HELMKE, 2002; VANBERG, 2005).

In the disciplinary field of judicial institutions (*judicial politics*), the intriguing relationship between judicial institutions and public opinion remains an open topic. Even though Political Science offers theories for explaining this association which focus on the search for legitimacy, esteem, or institutional survival on the part of constitutional courts, empirical studies that focus on strategic models of judicial behavior are still scarce, mainly in Brazil.

Considering the relationship between the Supreme Court and the press as well as the institution's communication practices with the public, the study proposed by Arguelhes, Oliveira, and Ribeiro (2012) is considered an exception. However, it consists of a different perspective, one related to the construction of an activist image that occurred in the media discourse during the period of democratic transition, a phenomenon observed through the analysis of newspaper content, which are, in fact, the object of the study.

Finally, this article analyzes the behavior of the Federal Supreme Court, throughout the time under analysis, based on its decision on abstract constitutionality control, by placing as a variable the constitutional choice of promoting certain decisions to be communicated to the public and the press. In other words, is there, in fact, an institutional communication strategy?

1. PUBLIC SUPPORT THEORY AND JUDICIAL POWER

Political actors undoubtedly need public support to remain in power. The Judiciary – crucial for the operation of contemporary democracies and in permanent interaction with other representative institutions, due to its institutional shields as well as means of recruitment and dismissal – does not have an umbilical reliance on the public, as there is no relationship with the electorate. However, if there is, in fact, an increasing interaction with civil society, is it possible to identify communication strategies? If so, what are the incentives for such strategies to exist?

Evidence found in Political Science derives from the aimed mechanism for strengthening judicial decisions. Such a mechanism, which will be discussed in detail later, identifies the ideal conditions in which courts can be sorted and able to restrict the government, if necessary – once they are operationalized as political actors, whose function is legitimized through the representative process. Vanberg (2005), one of the authors who considers the theory that the greatest incentive would be the strengthening mechanism, summarizes both conditions under which the structure may be effective: (1) courts must have sufficient public support; (2) information about judicial decisions must be transparent.

The first condition is endogenous to Judiciary-Government interactions. As a result, judges hold only partial control over the limits on their power, in other words, only over transparency.³

In this sense, communication with the public would be necessary to develop legitimacy. Judicial actors tend to be more empowered in a context in which the public is informed and aware of their decisions.

On the other hand, as a side effect, public support for a more activist Judiciary may constitute a threat, as it may enable it to effectively influence political outcomes (CARRUBBA, 2009; STEPHENSON, 2004).

It is worth considering the term “activist” as it is used in this article. The most remote record of the term “judicial activism”, which can be distinguished as “unelected judges on the dispute of the last word with legislators”, is attributed to a 1947 article published in Fortune Magazine, written by the historian Arthur Schlesinger Jr. (ARGUELHES, OLIVEIRA and RIBEIRO 2012).⁴

Activism, as an expansion of the institutional space of judicial actors, can be expressed in different ways – creative interpretation of constitutional rules (mainly in principle); interaction between laws; expansion of procedural tools and the scope of decisions based on the Judiciary’s own initiative, or intervention in the elaboration or execution of public policies (with regard to social rights, such as health, work or even social security).

The historical antithesis of judicial activism – self-restraint – also known as self-restraint or deference – also faces obstacles related to conceptual fraying. Its nuances travel between deference and prudence as a strategy of institutional self-preservation. Therefore, the judicial institutions would retract their area of action before others.

Control of the docket limiting litigant access to constitutional jurisdiction or creation of procedural barriers (minimum requirements for case admissibility) are found among the tools that drive self-restraint. However, there are also interpretative tools, in the sense of promoting greater adherence to the texts (*status quo*), binding to precedents and lesser expansion of theorization of constitutional rights.

...

3 In this study, the concept can be understood as an effort to grant publication or visibility to the work carried out by the institution. The term “transparency” relates to the theory of public support, as outlined throughout this article. The hypothesis is that the initiative to disclosure represents a choice made by the institution, considering the possible purpose of developing legitimacy.

4 In this widely quoted text, a profile of the ministers of the Supreme Court was drawn and they were further classified into groups such as “activists with emphasis on the defense of minority rights”, “activists with an emphasis on the right of freedom”, “defenders of self-restraint”, and “representatives of the balance of power”. With no intention of restricting itself to a discussion of such a constitutional model, the debates were enhanced in proportion to the global expansion of the judicialization of politics.

Both activism and self-restraint operate as “second-order preferences”: they guide the way in which the judge, before a policy whose constitutionality is under discussion, will take into consideration their first-order preferences regarding that policy” (ARGUELHES, 2015, p. 233).

Finally, among all the previously mentioned tools that lead to the expansion or restriction of judicial power, there is a dividing line that separates those considered endogenous (on the initiative of the judicial institutions themselves) and those deemed exogenous, such as institutional design, democratization, social demands and the strategic behavior of political actors. Although they can be analytically divided, they are able to influence one other:

The initial allocation of competences to each institution, according to the constitutional text, consists of the rule of the game and of that which is at stake in interactions among these powers. In day-to-day politics and deployment of the constitution, the various powers (mainly, but not exclusively, the Judiciary) can interpret the current Constitution in such a way as to expand and retract these competences or even to invest it with entirely new ones. (ARGUELHES, 2015, p. 216, author’s emphasis)

Such concepts are operationalized based on how the challenge to a constitutionally questioned policy/piece of legislation is answered, focusing the object of study on the judicial behavior observable from the results of the institutional decisions.

By revealing the limitations of such generalization, it is possible to consider a court as activist if it positively responds to judicial review actions. On the other hand, one that uses procedural tools to abstain from responding or respond negatively to demands of this nature, can be considered self-contained.

Faced with such a theoretical framework, the public can assist judicial actors as a form of support for more freedom of action in case of confrontation with incumbents. In other words, according to the theory of the strengthening mechanism, this public may represent a high political cost, insofar as the possibility of punishing those responsible for elections, considering potential conflicts between the judiciary and the government (CARRUBBA, 2009; VAN-BERG, 2005; STATON, 2010; STEPHENSON, 2004).

Therefore, the competence that courts detain to communicate with society, or even to institutionalize a process of transparency vis-à-vis their (sometimes selective) decisions, is mandatory for maintaining their reputation with positive impact on the legitimacy of its performance.

2. INSTITUTIONAL TRANSPARENCY AND REPUTATION

Transparency can be a very broad or trivial concept. Once inserted in theories of public support, it can be a variable that measures either the awareness of individuals of an “attempt

toward non-compliance or evasion of a judicial decision” or even the mere possibility of public awareness. This section discusses those influences particularly central.

With regard to transparency, the literature highlights the following variables:

- a) visibility achieved through press coverage;
- b) institutional selection for disclosure;
- c) case content (range of society’s interests or political institutions involved);
- d) complexity of the case.

In the definition employed for this study, “transparency” means visibility or exposure. In the Brazilian case, there are few empirical studies on the behavior of the Federal Supreme Court focused on interactions with the public or the press (as an intermediary in this relationship) in order to illustrate how to operationalize such a concept as a variable. However, with due regard for some local idiosyncrasies, a study published by Staton (2010) was used as the main reference for the case of the Mexican constitutional court, which shares several configurations with the Federal Supreme Court,⁵ in spite of the contrasting number of annual cases it receives.

In Brazil, all judicial decisions are transparent and accessible to the external public (unless they are under legal secrecy). Due to this, the term “transparency” may be confusing when transferred to the study of judicial institutions.

However, from 1990 to 2016, a total of 1,558,019 cases was distributed in the Federal Supreme Court, which comes to an average of 59,923 per year,⁶ ten times greater than that of Germany and Mexico, for example.⁷ Faced with a Federal Supreme Court under an extensive

...

5 The Mexican constitutional court has competence to exercise centralized judicial review, concrete, abstract and individual constitutional actions – writ of mandamus, support, *habeas corpus*, etc. The nature that stands out regarding the participation of these constitutional courts in the political process consists of the possibility of deciding disputes in the absence of a concrete dispute, which allows a policy to be immediately contested, after being approved by the Legislative or Executive and even before being completely effective. It also bears similarities with regard to the number of members, means of appointment and periods in which it underwent extensive constitutional reforms (early 2000s) by giving it more protagonism, as well as more transparency.

6 Source https://transparencia.stf.jus.br/extensions/recebidos_baixados/recebidos_baixados.html. Accessed on Mar 20, 2023.

7 Continuing the approach on Mexico, actions under the jurisdiction of its institutional court, SCJN, are outlined in the Action of Unconstitutionality as well as in the Amparo and Constitutional Controversy. As for abstract constitutionality control, similarly to Germany, the requirements for a process of this nature to be filed consist of 1/3 of the Chamber of Deputies or the Senate (against international laws); 1/3 of

workload and unimaginable numbers as compared to most Constitutional Courts in the world, how would it be possible to attract the attention of the public?

A small portion of the population influences public opinion – newspaper editors, journalists, writers, politicians, experts and interest groups. Several studies attribute to these specific groups considerable effects on the development of knowledge and public opinion on particular topics, done through filters and other tools that channel the discourse of such elites.

Some specific groups, such as the opposition under a given Administration, undeniably have a greater interest in transparency, as it represents a greater awareness of the topics debated in the judicial sphere, the final position of the highest court and possible maneuvers to circumvent a decision.

However, the ability of the oppositions to increase transparency is conditioned by its institutional environment and by the characteristics of the issue at stake. Legislative processes that are open to the public, that allow opposition groups to initiate public hearings, or to shape the agenda of committee hearings or floor debate, enhance the ability of the opposition committee hearings or floor debate, enhance the ability of the opposition to call attention to legislative evasion. (VANBERG, 2005, p. 46).

Some of these groups can be intuitively identified by observing which party is the author of the lawsuits. A clear example is the opposing parties, identified by Taylor (2008) as the ones that make the most use of direct actions of constitutionality, as they use them to extend previously lost or jeopardized legal battles to the legislative.⁸

Transparency also depends on factors other than the institutional environment or actions of external actors interested in mobilizing the community. Characteristics of the case itself can be decisive, hampering the ability to monitor the significance of the decision. The technical

...

Local Assemblies (against State laws); Attorney General of the Republic (against any law); and party leaders (against Federal election laws). From 1995 to 2016, 41,700 cases were introduced according to data from the official web page, considering constitutionality control and appeals from lower courts, which represents an average of 2,000 cases received per year. Calculated by the authors, based on data available at: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Judicial statistics portal: <https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/>. Accessed on 20 Mar, 2023.

⁸ “The legitimate assets of art. 103 of the CF were unquestionably responsible for the emptying of diffuse control. The preference for the concentrated model is present from two points of view: 1) political point of view: the absence of political cost for those who propose it, the possibility of a proposal being vetoed by the Executive or by a majority of the Legislative, the greater visibility of a direct action of unconstitutionality and its media effect caused by the *erga omnes* scope of the trial” (CARVALHO, 2010, p. 196).

language usually employed by judges in rulings and votes considerably hinders the understanding of the broader public. Therefore, when a theme is more complex, such understanding and transparency are significantly limited.

The increase of complexity may be a tool intentionally used to reduce transparency. Several methods can be applied, such as accurately wording a position on a vote. The more precise it is, with clear foundations in constitutional principles and direct implications for a given policy, the easier it is to monitor its outcomes.

For the present study, complex thematic issues that simultaneously affect several policy areas and require more complex technical responses were considered. The classification was intentionally assigned by the authors based on the hypothesis raised by the literature (VANBERG, 2005; STATON, 2010), which suggests that more complex issues hamper the public's ability to convincingly establish whether a decision was made less transparent to them.

Judicial institutions can also increase the probability of exposing certain decisions. Considering such a hypothesis, Staton (2010) explored the strategic use of the court's press office to increase public awareness of decisions that may be challenged by legislative authorities.

3. SELECTIVE DISCLOSURE OF DECISIONS: *EX POST*⁹ INTERNATIONAL PUBLICATION

This article aims to capture how communication between the Federal Supreme Court and the public arises. Naturally, estimating whether there is greater decision visibility by institutional initiative would be a herculean task, considering the difficulties in assuming certain conclusions related to associations between the outcomes of rulings and news coverage by the press, as suggested by the design proposed by Staton (2010).

It is understandable, however, that some evidence can be found on the institutional page of the Federal Supreme Court, which demonstrates some particularities. There is a section responsible for compiling some decisions and disclosing them as "News" by using journalistic or even simply less technical language, which would be the institution's equivalent of a *press release*. Finally, there is also the selection of some rulings that become "informative",¹⁰ which not only hold greater prominence, but also influence and shape the position of the entire legal class.

It is evident that the position of the press office is commissioned, and the person in charge is periodically appointed by the acting chief justice, who is responsible for communicating

...

⁹ The concept of selectivity as an instrument of political strategy in the judicial sphere was originally used in the Brazilian case by Carvalho (2005, 2009 and 2016).

¹⁰ We appreciate the comments of the members of the Politics Working Group and Law and Judiciary during of XI meeting of the Brazilian Association of Political Science (ABCP) in Curitiba, Paraná, 2018.

the contents of rulings and the docket for a given period (month or week) to the external public. The effort to translate legal technical language into more accessible and understandable terms for the lay public is quite noticeable. Recalling the aforementioned description of the theory of institutional support (EASTON, 1975), it is argued that, detaining more knowledge about a given institution is a mandatory condition to obtaining more validation.

Considering the methodology and the data, the results of previous Direct Actions of Unconstitutionality (ADI) rulings were used as the unit of analysis (proxy for judicial behavior), as they are the main procedural instrument of constitutionality control.

The “well-founded” result is considered by the literature as counter majoritarian, which means that the institution used its power of veto to annul a certain policy (legislation), and is the most widely used approach to estimate its behavior as a political actor – also known as “self-contained” *versus* “activist”.

Not only were considered as unfounded the ADIs not admitted on the merits, but also those that “await judgment” and those that faced “object loss”, considering that they result in a failure for the petitioner (the political actor who initiated the process) to obtain the desired veto, thus maintaining the *status quo* of the disputed legislation.

The first selection was carried out between 2000 to 2016. Over that period of time, 2,705 ADIs were judged. From this range, 358 cases were randomly selected, with a confidence level of 95%.¹¹

...

11 The randomly selected actions were: 12; 49; 62; 71; 94; 147; 161; 168; 196; 208; 214; 220; 239; 250; 255; 273; 279; 296; 312; 325; 329; 340; 341; 397; 414; 424; 450; 451; 459; 463; 494; 504; 506; 510; 602; 644; 668; 711; 770; 771; 775; 783; 857; 863; 872; 886; 898; 906; 944; 945; 1072; 1074; 1163; 1165; 1200; 1218; 1221; 1272; 1273; 1280; 1281; 1361; 1376; 1398; 1435; 1484; 1493; 1502; 1517; 1551; 1583; 1595; 1620; 1627; 1633; 1659; 1667; 1671; 1699; 1717; 1720; 1722; 1726; 1731; 1767; 1779; 1814; 1833; 1851; 1864; 1868; 1878; 1892; 1895; 1920; 1923; 1931; 1952; 1856; 1972; 1994; 2018; 2021; 2049; 2062; 2102; 2134; 2193; 2219; 2229; 2232; 2238; 2251; 2273; 2288; 2294; 2315; 2316; 2348; 2358; 2366; 2376; 2380; 2385; 2398; 2411; 2412; 2413; 2416; 2430; 2433; 2443; 2454; 2455; 2463; 2480; 2484; 2490; 2497; 2512; 2514; 2541; 2556; 2547; 2588; 2597; 2610; 2621; 2622; 2624; 2629; 2672; 2684; 2703; 2709; 2710; 2717; 2626; 2732; 2735; 2741; 2758; 2777; 2778; 2793; 2797; 2813; 2829; 2842; 2843; 2863; 2875; 2885; 2904; 2906; 2925; 2928; 2953; 2966; 2992; 3027; 3030; 3046; 3047; 3067; 3073; 3075; 3087; 3089; 3101; 3105; 3112; 3128; 3130; 3139; 3145; 3149; 3167; 3168; 3192; 3193; 3200; 3203; 3246; 3249; 3251; 3267; 3271; 3293; 3330; 3346; 3347; 3369; 3374; 3376; 3379; 3390; 3410; 3439; 3440; 3453; 3454; 3472; 3484; 3510; 3527; 3548; 3566; 3583; 3599; 3603; 3606; 3609; 3647; 3650; 3654; 3672; 3681; 3686; 3690; 3706; 3726; 3741; 3745; 3750; 3756; 3773; 3809; 3812; 3817; 3827; 3831; 3858; 3867; 3869; 3876; 3896; 3906; 3932; 3937; 3992; 4005; 4025; 4043; 4049; 4050; 4061; 4077; 4087; 4095; 4096; 4103; 4126; 4127; 4145; 4152; 4167; 4172; 4176; 4189; 4200; 4209; 4231; 4239; 4255; 4266; 4274; 4277; 4284; 4315; 4345; 4352; 4357; 4358; 4376; 4389; 4424; 4433; 4437; 4439; 4451; 4534; 4552; 4569; 4602; 4607; 4627; 4642; 4650; 4655; 4679; 4680; 4696; 4698; 4713; 4714; 4717; 4722; 4739; 4777; 4793; 4811; 4815; 4883; 4887; 4901; 4917;

With a sample of 358 ADIs, the variables of interest were coded in the database which, in addition to containing the results of decisions, provides a list of keywords corresponding to the subject addressed in the process of judicial review, intentionally assigned by the authors. It is possible to evidence information about the petitioner of the ADI, contested legislation, date of the final ruling and the occurrence of articles published on the institutional page.

By observing the following points, it was decided to randomly select the decisions of the ADIs within the following range: (1) the result of the ADI as valid or not – *dummy* variable; (2) if the object of the ADI consisted of the Federal or State scope and location; (3) whether the lawsuit deals with a complex issue or not – with complex issues related to budgetary, tax, financial, social security and procedural law; non-complex ones dealing with civil, criminal, electoral and fundamental rights.¹²

On the news page, all articles referring to each ADI located by word search were individually analyzed by using their identification number in order to estimate the ex post institutional disclosure of judgments. The following observations were considered: (1) if the decision was the subject of any specific News published on the institutional page, which would be coded as a *dummy variable* (excluding articles that display the weekly or monthly schedule or that deal with several cases *en bloc*);¹³ (2) if there actually is publication, whether it was before or after the final decision.

As for the news, the institutional page publishes articles about decisions or ones still under deliberation, defined by the institution itself as a source responsible for publishing summaries of the factual and procedural circumstances and orally presented arguments in trial sessions. Since 1995, the court has been publishing bulletins based on notes taken during court sessions of the Panels and the Plenary, so that they contain unofficial summaries of decisions delivered by the court.

...

4951; 4964; 4978; 4986; 4989; 4991; 5000; 5015; 5230; 5240; 5035; 5053; 5058; 5089; 5096; 5118; 5178; 5221; 5240; 5418; 5446; 5494; 5500; 5513; 5521; 5530; 5539; 5548; 5579; 5590; 5618.

12 The complexity of issues and the generality of the contested policies (whether Federal or State in scope) will be considered as control variables, in an attempt to understand the level of knowledge/visibility of decisions in an endogenous way. Furthermore, the term complexity represents a factor that influences transparency over a decision. The less complex a policy area is, the easier it is for citizens to determine whether a decision was respected, as its implications tend to be more direct. For example, compliance with a decision that recognizes same-sex marriage is easier to monitor than compliance with a decision that deals with interrelationships among several provisions of social security law. Considering the set of decisions for which citizens can readily determine whether the decisions of constitutional courts was accurately implemented, legislators should be more aware of the potential for public response if they comply with the decision of the court.

13 The “*en bloc*” news cited only mentioned case numbers without any additional information. For this reason, they were disregarded during data collection.

According to the press office of the Federal Supreme Court,¹⁴ the principal communication vehicles in Brazil employ specialized journalists (sectorists) in their coverage of the Federal Supreme Court. These journalists daily attend to gathering information in order to support their stories. In the year in which the interview with the press office was carried out, there were around 40 journalists from national and international vehicles licensed to conduct journalistic coverage.

Although all¹⁵ of the cases computed by the Federal Supreme Court can be accessed on its page (<https://portal.stf.jus.br>), via the “procedural follow-up” field, it is necessary to simply inform the identification number or the name of the litigants, thus, all plenary sessions of the Federal Supreme Court are fully transmitted by TV Justiça and are available on the internet. Even so, the news page represents a selection bias of the institutional urge to ward disclosure to the external public or not.

By referring to the discussion of institutional survival based on the search for specific support, it is argued that there would be no reason for the institution to concern itself with the probability of *ex post* coverage being low. Conversely, it already detains its own coverage from the disclosure, regardless of the results. There is, however, the possibility (and interest) of amplifying or undermining the disclosure of certain decisions.

Not all decisions of constitutionality control are broadcasted, as they do not go through plenary sessions. This was actually one of the changes that arose in the period after the year 2000, with the evident motivation of alleviating the Court’s schedule, enabling monocratic decisions in precautionary measures. All court case content is provided in its entirety to the external public (except when judicial secrecy is determined). However, the audience’s impossibility of comprehension, given that they are not familiar with the technical/legal language, is undeniable.

Though it is possible to evidence several theories that support motivations for the development of an institutional image, the present analysis still does not provide information regarding which image is intended to be transmitted. Based on the data and theory raised, the debate of the research analyzes, within behavioral discussions relevant to studies of political institutions, whether it is possible to identify an intentional choice to disclose specific decisions.

There are several arguments stating that the very object of political dispute would be to establish itself as a strong, independent and counter majoritarian court. This is exactly the role presented not only to the public, but also to other institutions – as an essential part of democratic ground rules.

...

¹⁴ Email interview with Joyce Maria Magalhães Russi, press coordinator of the Federal Supreme Court, on Oct 21, 2016.

¹⁵ Except when secrecy of justice, that is, when there is a risk of exposing private information of the parties and when the process contains confidential documents.

It is essential, for Political Science, to observe a pattern that indicates rational choices (of institutional interest) by this institution, highlighting certain decisions to the detriment of others. By considering the triviality of publishing only the decisions that represent a “change in the *status quo*”, it is possible to argue that there are, within the sample, decisions of greater and lesser scope that refute the discussion of publication for “public utility”. Secondly, decisions of such (constitutionality control) nature embody a change in the applicability of a given policy, regardless of the counter majoritarian or self-contained result.

3.1. EXPLORATORY DATA ANALYSIS

In this part, analysis of descriptive statistics for data display and exploration will be provided. As previously mentioned, the dependent variable “Publication” corresponds to the existence of at least one article on the institutional news page, communicating a decision to the external public, only considering the publications made after the decision.

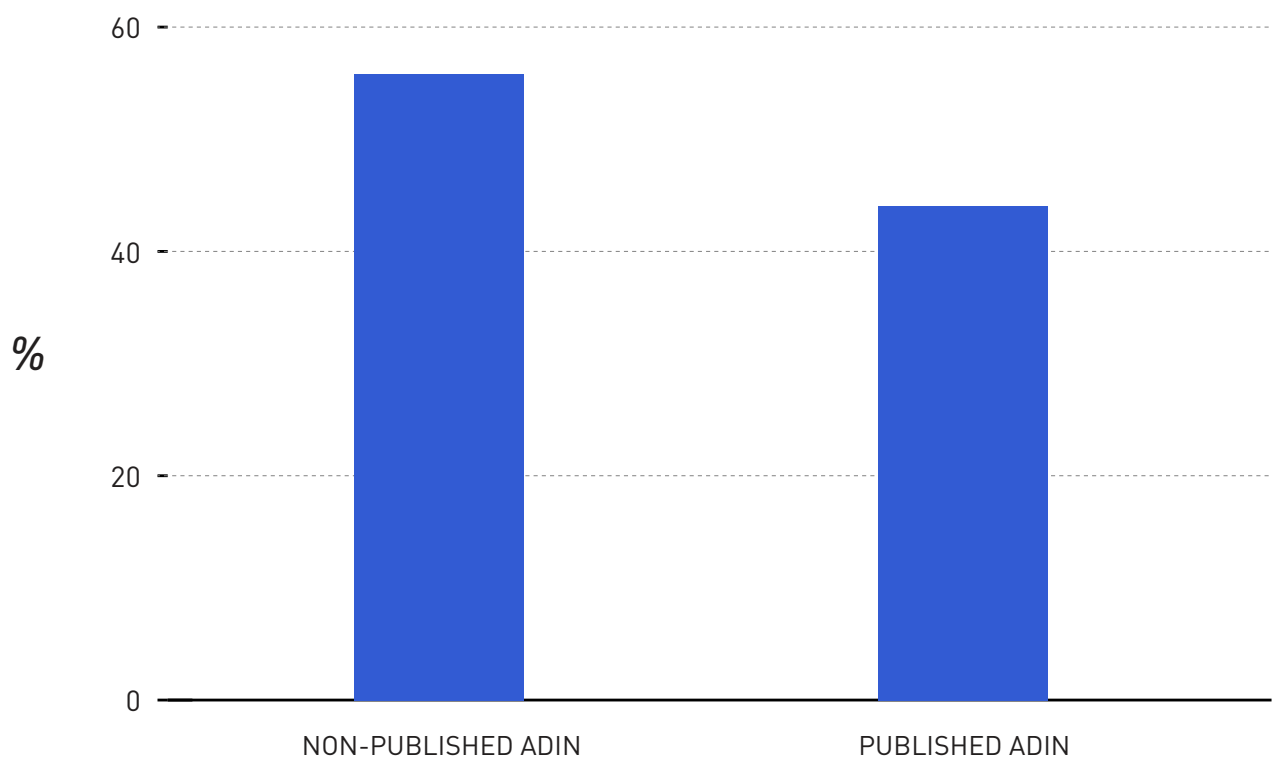
“Valid Adin”, an independent variable, refers to the result of the ADI decision, which may be well-founded or unfounded. The other variables are: “Federal”, which indicates whether the object of the ADI represents Federal or State legislation; “Previous Publication”, which identifies whether there was any occurrence of an article on the institutional page before the final decision; “Administrative Law”, “Procedural Law”, “Social Security Law”, and “Tax Law”, which correspond to the complexity of the ADI themes. According to the literature, certain topics would be more likely to be disclosed to the general public, regardless of the result (VANBERG, 2005; STATON, 2010). Four cases were excluded from the analysis: ADI numbers 296, 1484, 2621 and 2778,¹⁶ respectively.

...

¹⁶ ADI no. 296, which first arose on Jun 6, 1990 and whose final decision was handed down on Oct 17, 2000, was erroneously filed as ADI, which is, in fact, another way of centered control – Direct Act of Unconstitutionality by Omission (ADO). It differs from the scope of this study, which aims to exclusively select ADIs, as it consists of the statement of the Federal Supreme Court that the Public Power has incurred, in default of a certain obligation established in the text of the Constitution itself. In addition, it would authorize the Federal Supreme Court to spread a mere communication by informing that it is in “constitutional delay”, subject to the mandatory nature of the same decision, which is, in fact, an administrative body, with an obligation to comply with the determination of the court “with in thirty days” (CF, art. 103, §2º). For the same reason, ADI no. 1484 (filed on Jul 25, 1996 and judged on Aug 21, 2001) and the ADI no. 2778 (filed on Dec 13, 2002 and judged on Mar 11, 2003) were converted into ADO during the course of the process. The three previously mentioned cases also contained, in the reasoning for the final decision, the statement that there was “supervening subject loss”, as a result of further normative complementation. This is considered usual, especially when there is an extensive time lapse between the beginning and the end of the process. On the other hand, ADI no. 2621 (filed on Mar 5, 2002 and judged on May 6, 2003), by considering its conversion into Argument of Breach of Fundamental Precept (ADPF),

Graph 1 displays the distribution of the dependent variable. As can be observed, approximately 44% of the results of ADI judgments are the subject of articles published on the institutional page of the Federal Supreme Court, representing 157 of the 355 ADIs in the sample. Therefore, although all cases can be accessed in the procedural movement, it is mandatory that they are not published as news, evidencing a selectivity to publish certain cases.

GRAPH 1 — **DISTRIBUTION OF THE DEPENDENT VARIABLE**



Source: Authors’ own elaboration.

Even considering that transparency is complete, as all cases are available for access by the external public, and that the plenary sessions are broadcasted, a further question still remains even after analyzing the data: why does the Federal Supreme Court decide to only provide accessible language for certain cases?

The theoretical model presented by Staton (2010) suggests that constitutional courts would be more interested in encouraging veto decisions to be widely publicized in the press, justified by the author as a potential risk of non-compliance.

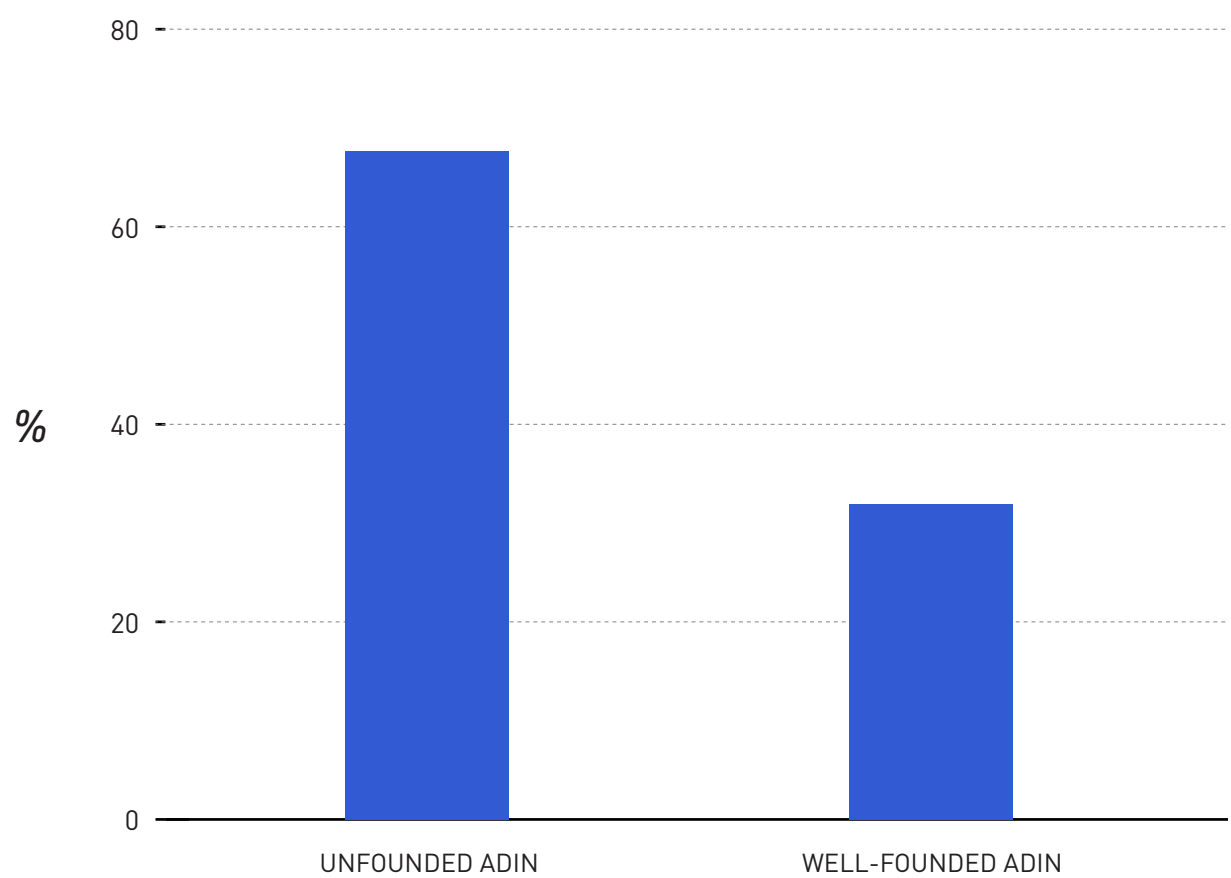
The decision promotion model argues that the court applies such cases to advance the absence of reports regarding certain decisions as well as to ensure public monitoring, whether non-compliance is a potential problem that can be partly resolved by transparency or not. Empirically, if the self-promotion model is accurate, a positive interaction must be estimated between the variables “Supported ADI” and “Publication”.

Graph 2 displays the distribution of the variable of interest, the dichotomous variable that measures whether the ADI was approved or not by the Federal Supreme Court. It is observed that, in the sample, only 32% are considered valid, which represents 114 observations out of a total of 355.

Such a proportion among those that are well-founded and unfounded (in the latter group, combined to “without judgment on the merits” and “unfounded”) corroborates what literature affirms: most Federal Supreme Court decisions on actions of unconstitutionality challenging laws and normative acts reject the request, once made. According to Pogrebinski (2011), 86.68% of the decisions maintain the *status quo*, thus confirming the constitutionality of the questioned rules and endorsing the majority intention expressed in them.

By observing Graph 2, it would be intuitively possible to conclude that the low number of lawsuits published as news after the final decision holds some relation to the low number of approved (well-founded) ADIs, however, this was not the result discovered, as discussed below:

GRAPH 2 — DISTRIBUTION OF THE INTEREST VARIABLE



Source: Authors’ own elaboration.

Graph 3 displays the distribution of the Federal *dummy*. It is possible to observe that a minority of ADIs deal with topics of such level, representing 45% of the total (161 of 355 ADIs).

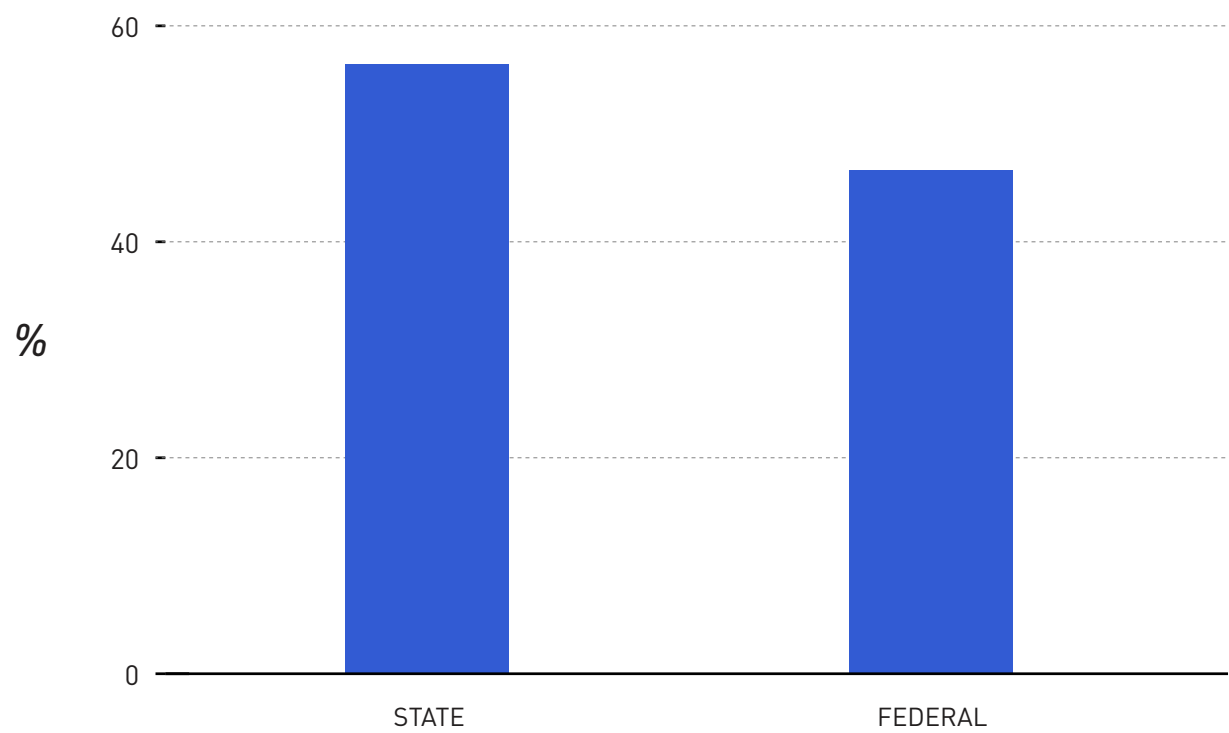
The sample reflects the guidance of the Supreme Court, based on the Supreme in Numbers report (FALCÃO *et al.*, 2013), according to which the Federal Supreme Court docket is affected by three different types of thematic areas: national, local and nationalized local:

The court, on the other hand, combined with what can be outlined as the “Court of the Federation”, is called upon to resolve issues of national interest. It is possible to observe, in this category, topics such as “public servant”, that arise among the main cases driven by the vast majority of states to the Federal Supreme Court. On the other hand, the Supreme Court often needs to rule on issues that seem to be relevant only from a local point of view. They consist of matters that are not quite representative for the federation as a whole, even on a small scale, the agenda of the Federal Supreme Court, as they may benefit from a certain expressiveness in a few states [...] and, finally, issues that can be characterized as nationalized local. These are issues that have a decisive impact on the agenda of the Supreme Court, even if they are not considerably significant throughout the federation. They constitute typical subjects of federal unit that are overrepresented in court – of which the Tax Law, a fundamental theme in São Paulo, is the most representative case (FALCÃO *et al.*, 2013, p. 45-46).

Based on the classification used by Vanberg (2005) to measure the scope of the topic to be judged, a binary control variable was established by considering whether the policy is Federal or State in scope. According to the pattern of promoting judicial review proposed by Staton (2010), the visibility of constitutional cases would be endogenous to the nature of the conflicts themselves.

However, a greater probability of a press release based on the scope of the policy would be expected. Such a result would be consistent with the decision itself to carry out the press release. Therefore, the Federal Supreme Court would be more likely to disclose cases as the significance of the issue to be judged increased. In addition, more ADIs were identified as dealing with matters of State level, most of which did not have their results reported.

GRAPH 3 – **DISTRIBUTION OF THE “FEDERAL” VARIABLE**



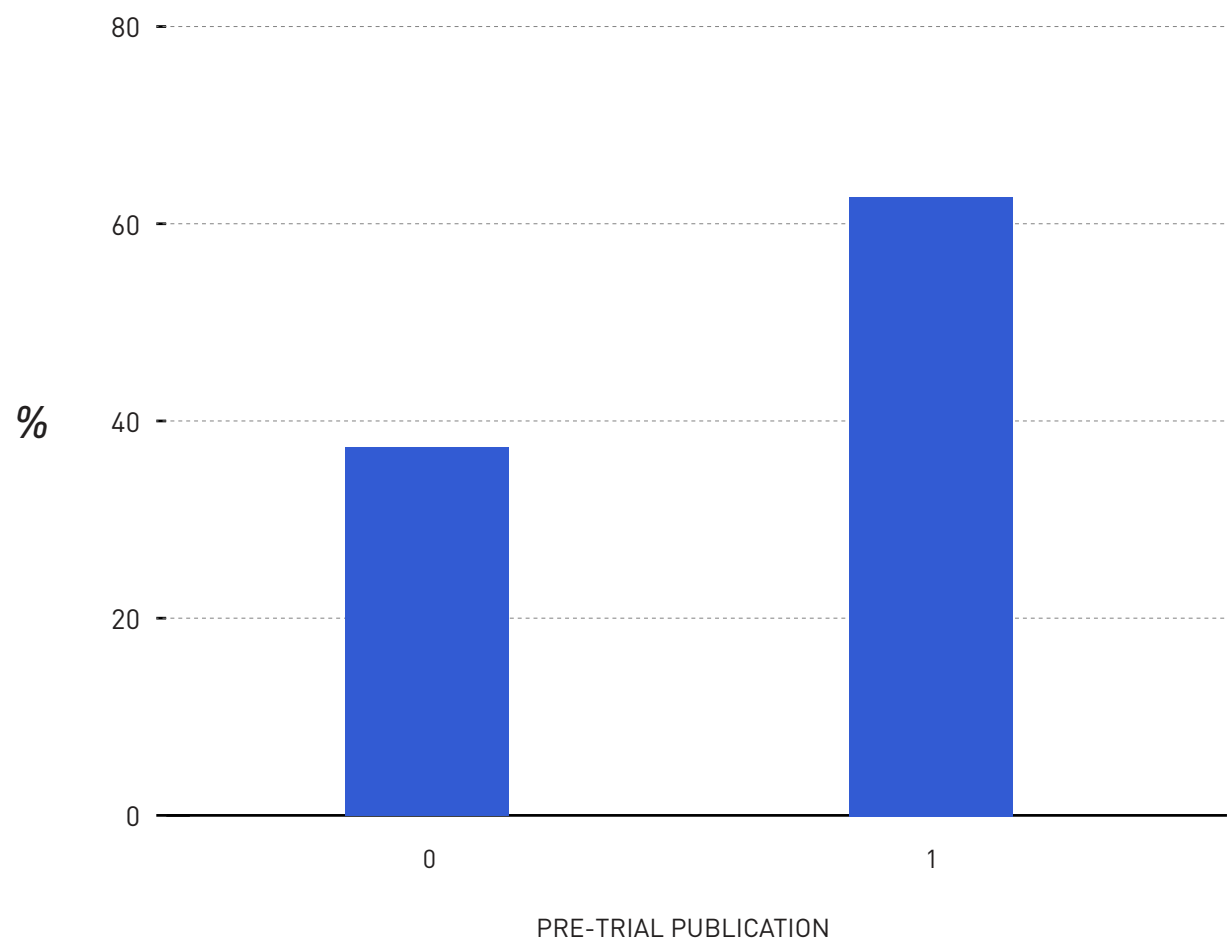
Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

Graph 4 indicates the distribution of the variable “Previous Publication”, which corresponds to the existence of previous announcements on the news page, in other words, those made before a final decision. It is possible to observe that most of the ADIs were published on the Federal Supreme Court website prior to their judgment, representing 63% of the total (223 of 355 ADIs).

However, a paradox emerges at this point: although most of the ADIs had been disclosed to the external public (focusing on the press) at a previous moment, the fraction drops considerably in terms of result coverage once a final decision is reached. In other words, the selectivity of reported decisions is related to their results, considering that previous publications (regardless of the decision reached) do not determine subsequent communication.

Based on the literature, there is consistent evidence to permit an analysis of court decisions to issue press releases responsible for announcing the results of judgments. It is presumed that the court would do so when the ADI is well-founded, especially if the case is difficult to cover and if there is no institutional initiative in this regard.

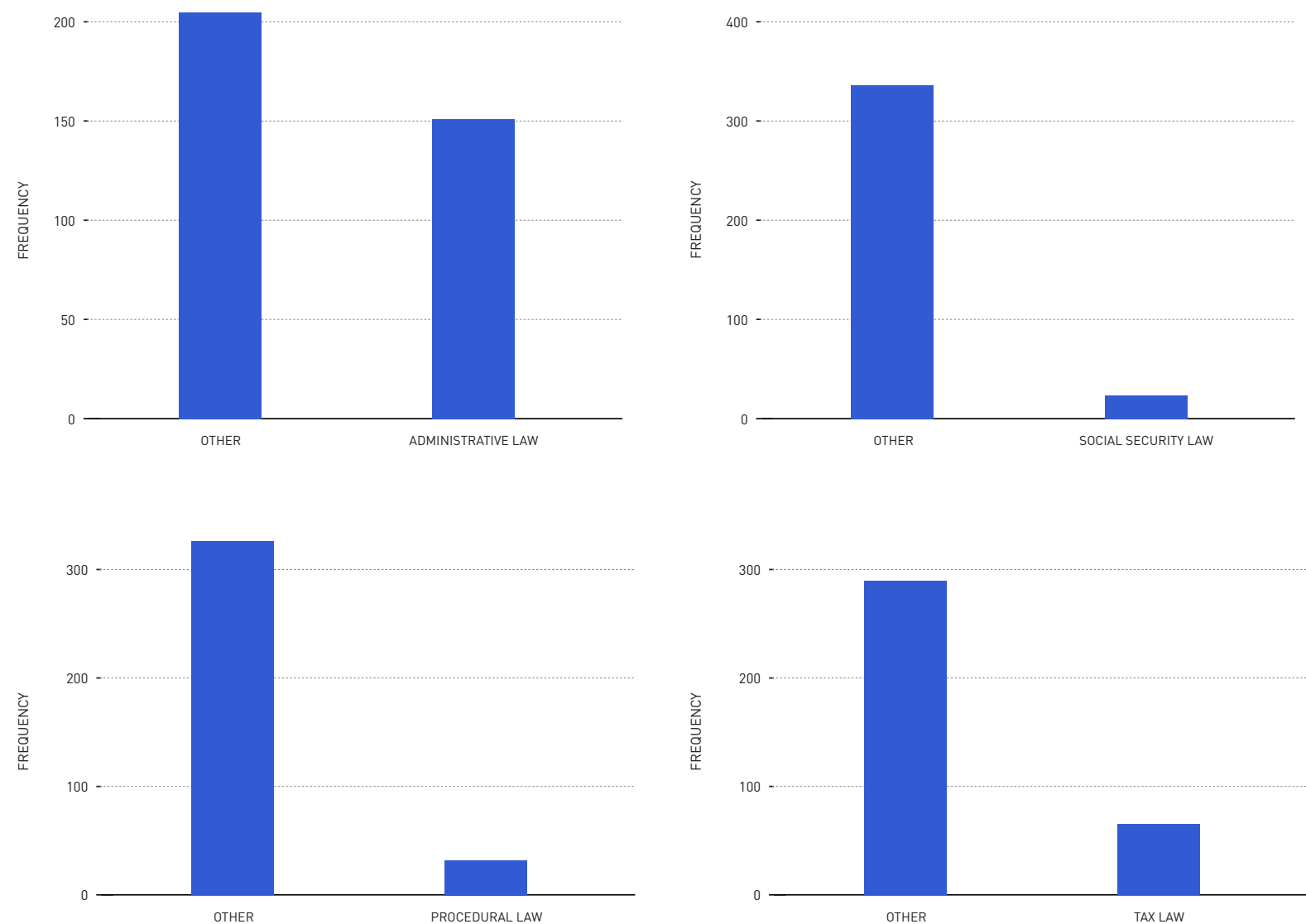
GRAPH 4 — **DISTRIBUTION OF THE “PREVIOUS PUBLICATION” VARIABLE**



Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

Graph 5 displays the distribution of the frequency of *dummy* variables for the ADI areas of administrative, procedural, social security and tax law, included in the logistic regression model setting. The casual mechanism responsible for justifying an expected negative impact of these variables on the probability of publication would be related to the complexity of such issues.

GRAPH 5 – FREQUENCY DISTRIBUTION OF DUMMY VARIABLES ON TYPES OF ADI



Source: Authors’ own elaboration based on data from Federal Supreme Court website.

According to Falcão *et al.* (2013), the main topics argued before the Supreme Court are, respectively: administrative law; tax law; labor law; civil procedure; social security law; civil rights; criminal proceedings; consumer law and criminal law. The authors also add that there is a greater predominance of themes involving the state: “administrative law and tax law are, in general, disputes between individuals and state bodies. Labor law involves, above all, disputes over the FGTS¹⁷ against Caixa Econômica Federal” (FALCÃO *et al.*, 2013, p. 48).

...

which likewise escapes the object of the study, as it consists of another method of constitutionality control, intended to “avoid or repair injury that results from an act of the public power” – including those prior to the Constitution (Law no. 9882/1999).

17 Employee Severance Guarantee Fund.

The thematic areas were divided into two groups: (1) administrative, tax, procedural and social security; (2) civil, electoral, criminal, environmental and labor. The first group coded as “more complex” and the second, as “less complex”, for which a greater probability of publication would be expected.

The visibility of the cases, or what Vanberg (2005) titles “transparency”, does not only depend on the institutional situation and actions of external actors, but also on inherent characteristics related to the issue. Thus, the complexity regarding to the thematic area of a given contested policy is one of such factors, alongside the scope (Federal/State) outlined above:

It is more difficult to establish whether a judicial decision has been faithfully implemented in policy areas that are technically more complex and demanding. For examples, a legislative reaction to a decision declaring the death penalty unconstitutional is transparent because it is fairly straightforward to determine (at least in a liberal democracy) whether executions still take place. By contrast, a technical decision involving several tax code provisions is much harder to monitor. Does the tax code as revised satisfy court’s demands? in general, policy areas that involve regulation of substantive outcomes (as opposed to procedural rules) and cases that involve multiple policy areas rather than a single issue tend to more complex. (VANBERG, 2005, p. 47)

Thus, the greater the complexity, the lower the visibility tends to be. When observing judicial decisions, judges normally present an interest in increasing the transparency of their decisions, unlike legislators, as it is mandatory for them to be grounded, considering that such characteristics would lower the risk of non-compliance. There are several ways to increase transparency, whether through the transparency of arguments, achieved by casting votes, precisely elaborating the position and principle that support it, or as political implications.

By observing the decisions of the Federal Supreme Court after the period during which the plenary sessions were broadcasted, Lopes (2018) evidenced a considerable increase in the extent of the votes of each minister, indicating the impact of transparency on the judicial behavior. Some aspects allow courts to issue highly focused decisions, while others require more diffuse ones, which are more challenging to be delivered in precise language. The fact, however, is that there has been an institutional interest in taking advantage of the space to expose each individual positioning.

The other way of increasing transparency, which is relevant to the question of this research project, consists of the communication of these decisions in other spaces, such as what was found by Staton (2010) by observing the communication strategies the Court of Mexico employed with the press, drawing attention to decisions that could be contrary to the interest of legislative majorities. There are still few studies regarding the effect of the Federal Supreme Court’s decisions and association with its salience/visibility, which would be a perspective in the opposite direction to that proposed by Lopes (2018).

From the perspective of the thematic in the decision-making process, some studies differentiate cases according to the ability of the court to reliably introduce implementation (HALL, 2014).

This theory differentiates enforcement power of “vertical” cases – those in which decisions could be directly enforced by lower courts –, such as criminal prosecution, civil liability, judicial administration; from “lateral” cases – those in which the court relies on “non-judicial cases”, in which implementation depends on a set of other institutions –, such as budgetary and tax law.

Relating such conceptions to the Federal Supreme Court, with due regard for the contextual characteristics that differentiate the US from the Brazilian judicial system, it would be possible to expect that an external influence would be more decisive in the decision-making of the court on some issues.

However, considering that the decision argued by Hall (2014) is effective for the case under analysis, it would be intuitive that thematics considered “lateral” would have a greater chance of institutional publication, based on the logic of disclosing cases in which there was greater institutional difficulty to be enforced. Based on the data, the area that faced greater impact was civil law, labeled as “vertical” cases and contrary to what was expected.

As evidenced in Table 1, the ADI that may have a negative impact on publication add up to 266 of the total 355 ADIs (75%). Most of these deal with administrative law. It is actually a remarkable fact, as this area of law is the main subject discussed in ADIs, as highlighted by the Supreme’s report in numbers, especially with regard to the topic of public servants, which includes queries about remuneration and other working conditions.

Among the areas of law that may have a positive impact on publication, civil law stands out from the rest, with a total of 49 cases. Such issues, related to the labor law, were included in this thematic area by considering the low occurrence of specific cases on labor relations, and also because they correspond to individual rights and interactions among individuals.

In the obtained sample, most cases deal with issues related to the discussion of individual freedoms, such as the issue of secrecy of public documents (ADI n. 4047), exclusive spaces for women on rail transportation systems (ADI n. 4231), smoking of cigarettes in collective spaces (ADI n. 4239), same-sex marriage (ADI n. 4277) and biography authorization (ADI n. 4815).

It was decided to only include in the model the thematic areas with a negative impact, which account for most of the ADIs, in order to avoid multicollinearity problems.

TABLE 1 — **ADIs BY AREA OF LAW**

EXPECTED EFFECT ON THE DUMMY VARIABLE (D.V.)	AREA	FREQUENCY	%
NEGATIVE	LAW	150	42.3
	TAX LAW	65	18.3
	PROCEDURAL LAW	30	8.5
	SOCIAL SECURITY LAW	21	5.9
POSITIVE	CIVIL LAW	49	13.8
	ELECTORAL RIGHTS	14	3.9
	CRIMINAL LAW	13	3.7
	ENVIRONMENTAL LAW	8	2.3
	LABOR LAW	5	1.4
TOTAL		355	100

Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

3.2. RESULTS OF LOGISTIC REGRESSION MODEL SETTING

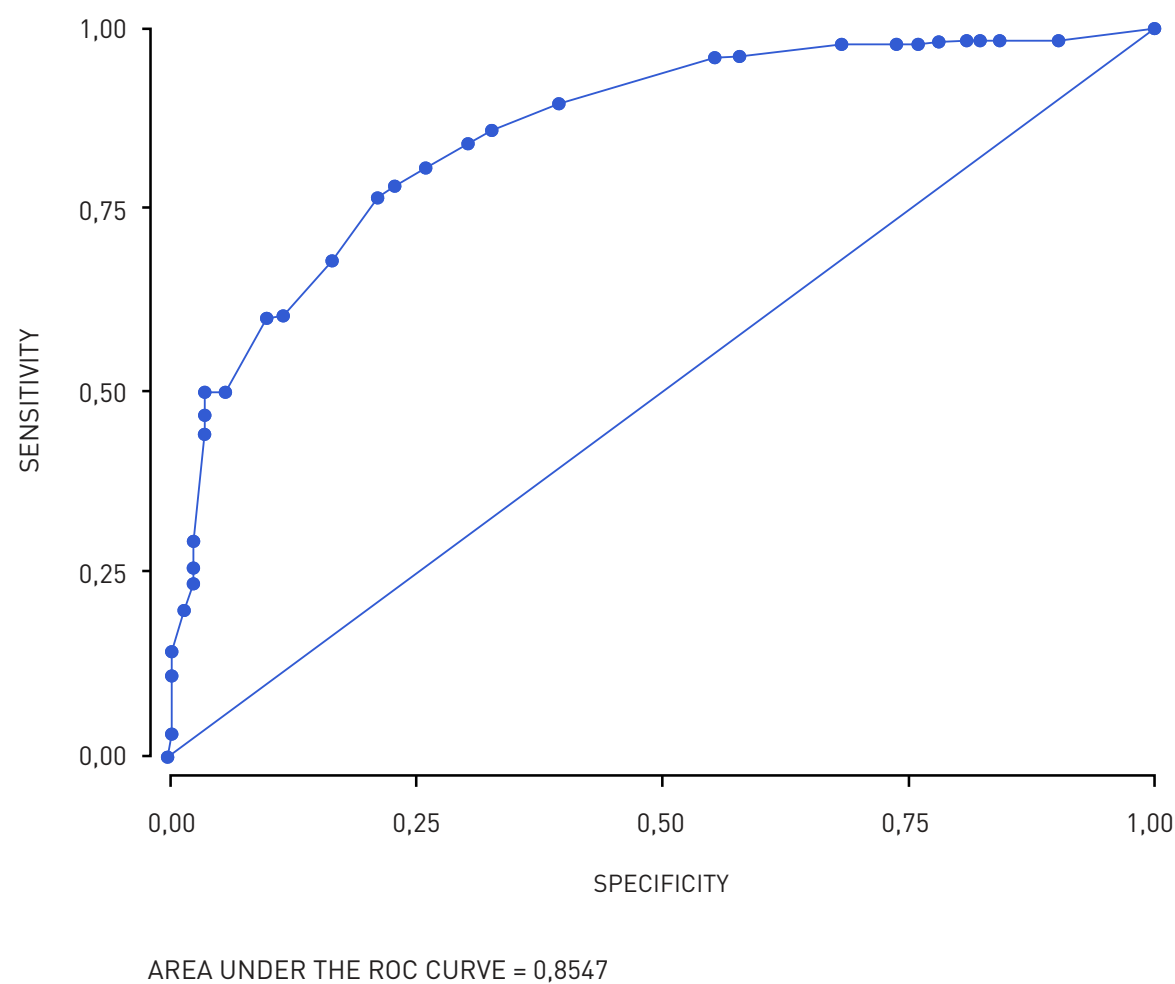
Based on the binary nature of the dependent variable, the logistic regression model is adopted to describe the relationship between the variable that represents the publication of ADI judgment results on the Federal Supreme Court news page and the explanatory variables. Such a model is defined as follows:

$$\gamma_i = \alpha + \beta_1ADIN + \beta_2FED + \beta_3PANT + \beta_4ADM + \beta_5PRO + \beta_6PREV + \beta_7TRIB + \varepsilon_i$$

In the equation, γ_i corresponds to the dependent variable, which is binary categorical and represents the possible publication of the ADI result on the Federal Supreme Court website; α is the model constant; β_1ADIN represents the dichotomous variable that identifies whether the ADI was approved or not; β_2FED is a *dummy* that measures whether the ADI is a matter at the Federal level (value 1) or State level (value zero); β_3PANT is the binary level that indicates whether there has already been a publication on the Federal Supreme Court website about the ADI before its judgment; β_4ADM , β_5PRO , β_6PREV e β_7TRIB respectively represent *dummies* that indicate whether the ADI was a matter of administrative, procedural, social security or tax law, ε_i is the error term.

As observed in the analysis of the ROC curve in Graph 6, the model represents a high predictive performance. Compared to the diagonal line, which represents a random binary classification, the model has presented significant improvement. The area under the ROC (*Receiver Operating Characteristic Curve*), specifically, represents a predictive power of approximately 85%.

GRAPH 6 – SETTING CURVE OF THE LOGISTIC REGRESSION MODEL



Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

As observed in the contingency table below (Table 2), only the explanatory variables “Well-founded Adin” and “Previous Publication” are effectively correlated with the dependent variable, as both appeared exclusively with the significant chi-square test.

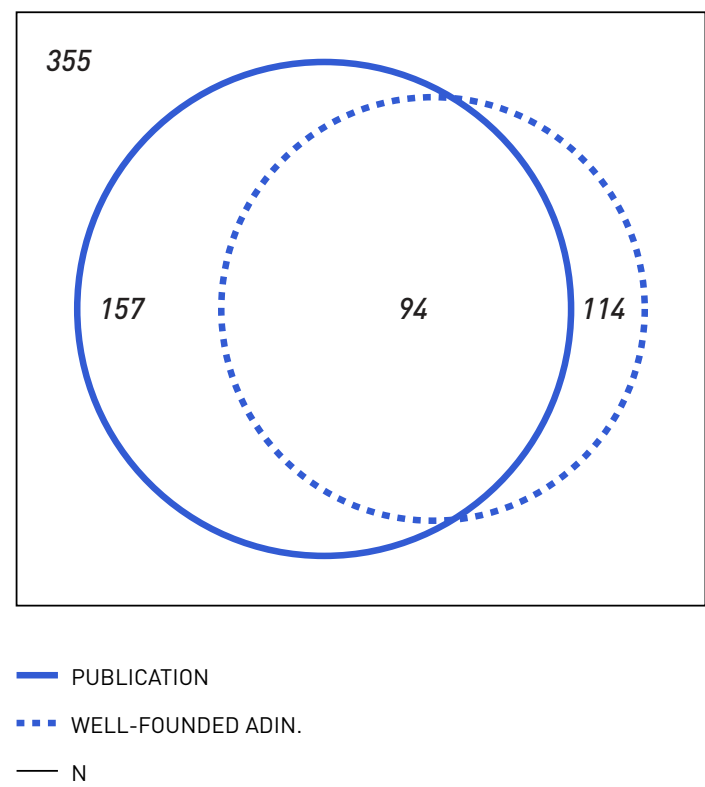
Approximately 82% of the “Well-founded Adins” and 57% of those which already had news published before the trial have their final results published on the Federal Supreme Court website. Such a relationship can be fully understood in the Venn Diagrams presented in Graphs 7 and 8.

TABLE 2 – **CONTINGENCY OF EXPLANATORY VARIABLES AND THE DEPENDENT VARIABLE (%)**

		PUBLICATION	
		0	1
WELL-FOUNDED ADIN*	0	74	26
	1	18	82
FEDERAL	0	53	47
	1	59	41
PREVIOUS PUBLICATION*	0	77	23
	1	43	57
ADMINISTRATIVE LAW	0	53	47
	1	59	41
PROCEDURAL LAW	0	56	44
	1	53	47
SOCIAL SECURITY LAW	0	55	45
	1	62	38
TAX LAW	0	56	44
	1	54	46

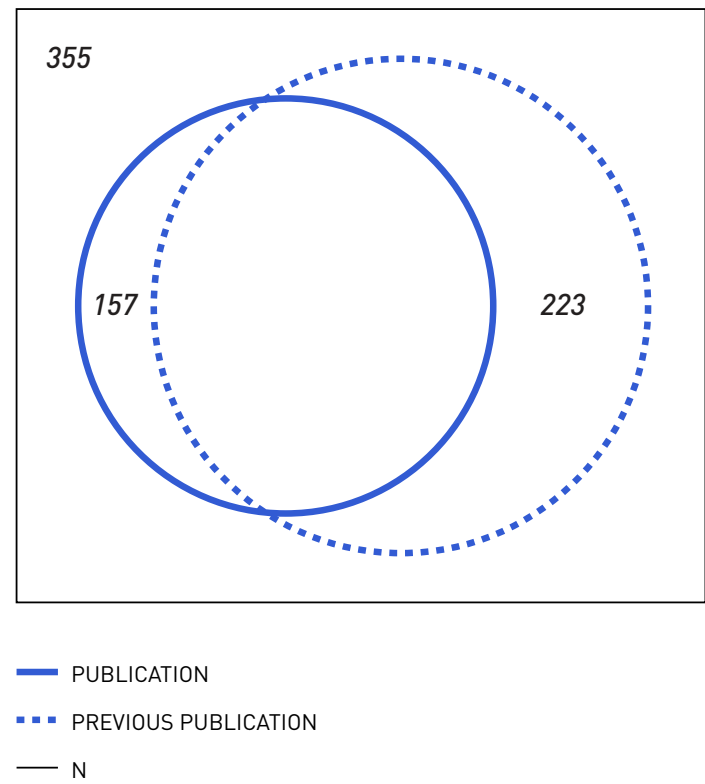
Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.
*The chi-square statistic is significant at 5%

GRAPH 7 – **VENN DIAGRAM OF THE VARIABLE “WELL-FOUNDED ADIN”**



Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

GRAPH 8 – **VENN DIAGRAM OF THE VARIABLE “PREVIOUS PUBLICATION” AND THE DEPENDENT VARIABLE**



Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

The tests of Hosmer and Lemeshow were used in order to analyze the general setting of the model. According to Garson (2011), this test is considered stronger, compared to the chi-square test. A non-significant result ($p > 0.05$) suggests that the model estimated with the independent variables is better than the null model. As observed in Table 3, the estimated model presented a chi-square of 6.983, with a p-value of 0.539, suggesting an adequate setting.

Another commonly used measure of setting is the Omnibus coefficient test. Differently from the Hosmer and Lemeshow tests, a significant result ($p < 0.05$) suggests an adequate setting (GARSON, 2011). According to the data in Table 3, the model presented a statistically significant chi-square of 155.667 ($p\text{-value} < 0.000$), in other words, the null hypothesis of statistical independency between the independent variables and the dependent variable is rejected.

TABLE 3 — **GENERAL SETTING TESTS OF THE MODEL**

TEST	CHI-SQUARE	SIG.
HOSMER AND LEMESHOW	6.983	0.539
OMNIBUS COEFFICIENT TEST	155.667	0.000

Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

It is initially evident that when all the seven variables are included in the analysis (model 2), approval of ADIs remains with the positive significant coefficient of model 1, corroborating the main hypothesis that a greater probability of ADI publication results on the news page happens when it is properly judged.

Table 4 presents the results of the decreases. In parentheses, the coefficients are displayed in relation to the odds, as the interpretation through the logarithm is not intuitive.¹⁸

Secondly, it is observed that the variable of interest also detains a greater explanatory power over the dependent variable, compared to the other variables included in the analysis.

...

18 A positive coefficient (+) when transformed by the logarithm, produces an Exp coefficient (β) greater than 1. A negative coefficient (–) produces an Exp coefficient (β) lower than 1. A coefficient of zero value produces an Exp coefficient (β) equal to 1, indicating that the independent variable does not affect the chance of occurrence of the dependent variable.

Based on the values in parentheses regarding the odds ratio, it is possible to understand that, by keeping the other variables constant when the ADI is well-founded, the chance of publishing the judgment result is 24 times greater. Such a result can be interpreted in a more intuitive way in Graph 9, which demonstrates the average marginal effect between the results of the judgments and the selection of those that will be reported on the institutional news page.

Part of the literature suggests that being transparent when externalizing judicial decisions promotes compliance, which would imply the intention to disclose the decisions that annul the *status quo* in a more explicit way, described in simpler and less technical language.

Public support, crucial to the maintenance of the judiciary, would have as a requirement the awareness of these decisions, in other words, a greater visibility (also known by the literature as term transparency). Specific decision support refers to the satisfaction of certain policy outcomes, on the part of an institution, regarding specific judicial decisions.

Although there are some obstacles in empirically distinguishing specific support (for certain policies) from diffuse support (for the institution as a whole), several studies claim that both types of support are equivalent. Considerable evidence suggests that substantive evaluations of specific court decisions affect the level of public support for a court, specifically for opinion leaders (CALDEIRA and GIBSON, 1992). Possibly, the press office of the Federal Supreme Court believes in such a statement, as it is the institution responsible for selecting final decisions to be reported as press releases.

TABLE 4 — **DETERMINANTS FOR PUBLISHING A RESULT OF AN ADI JUDGMENT ON THE FEDERAL SUPREME COURT WEBSITE**

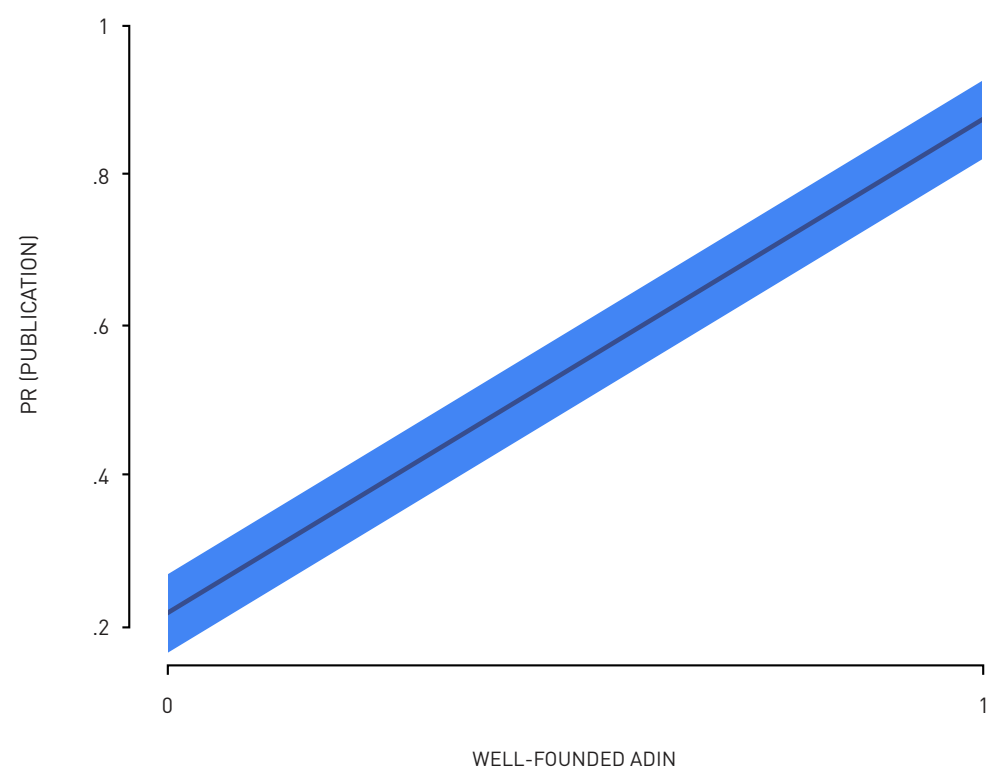
	(1)	(2)
WELL-FOUNDED ADIN	2.586*** (13.279)	3.189*** (24.263)
FEDERAL		0.195 (1.216)
PREVIOUS PUBLICATION		1.893*** (6.642)
ADMINISTRATIVE LAW		-0.731** (0.481)

(it continues)

PROCEDURAL LAW		0.041
		(1.042)
SOCIAL SECURITY LAW		-0.457
		(0.633)
TAX LAW		-0.006
		(0.994)
CONSTANT	-1.039***	-2.209***
	(0.354)	(0.110)
PSEUDO R ² NAGELKERKE	0.342	0.475
% PREDICTED	75%	85%
N	355	355

Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.
Reported regression coefficients (β); Exp (β) (odds ratio) in parentheses. Significance: **p < 0.05
***p < 0.01.

GRAPH 9 – AVERAGE MARGINAL EFFECT OF ADI APPROVAL ON THE CHANCE OF PUBLISHING THE JUDGMENT RESULT ON THE FEDERAL SUPREME COURT WEBSITE



Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

In model 2, the Nagelkerke test showed a result of 0.475 with all the independent variables. When interpreted according to the R^2 logic of linear regression, it is understandable that the explanatory variables collaboratively explain approximately 48% of the variation in the publication of ADI judgment results, which is a relevant quantity for a research study in the field of Social Sciences.

The equation sought to control three potential influences for the choice of cases that would be reported as press release: (1) the scope of the questioned legislation, dividing it into Federal and local levels, assuming that the first group would have a positive impact, as the relevance of the policy increases; (2) existence of the *ex ante*, in other words, if the case had been published on the page before the result of the decision, which would indicate that certain processes are considered more relevant than others, regardless of the merits or rejection of the ADI; (3) thematic area according to complexity, as certain subjects would have a greater chance of publication *ex post* regardless of the result.

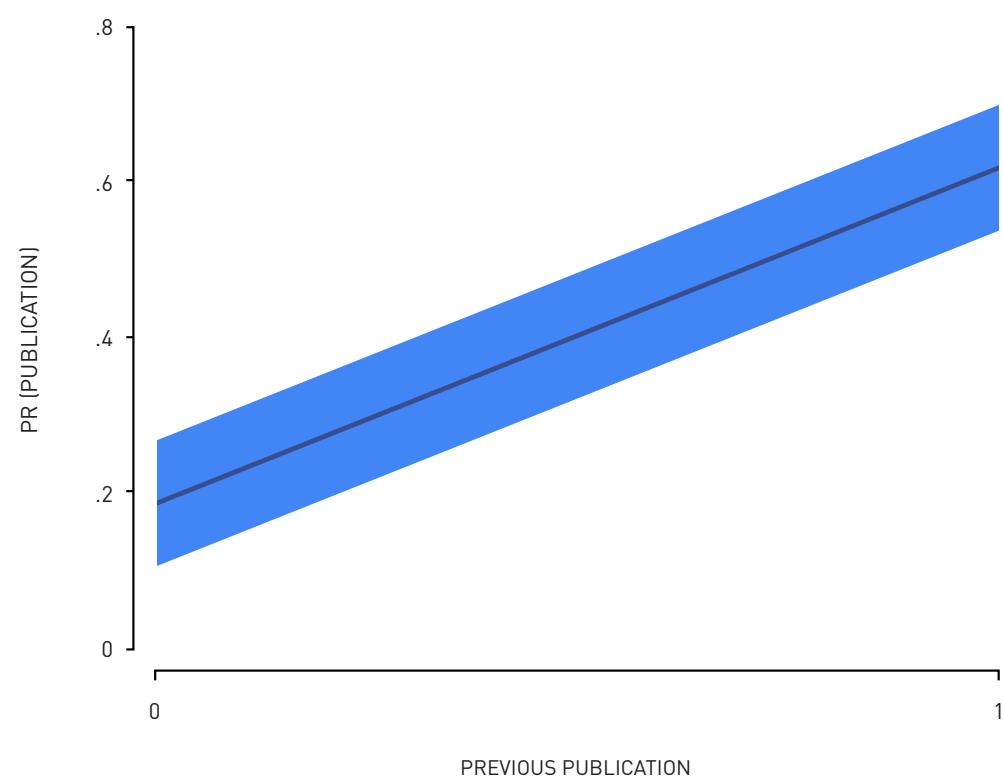
It is vital to point out that only the origin *dummy* of the ADI (model 1) is able to explain 34% of the variation in the dependent variable, which demonstrates the centrality of the ADIs origin to understand the publications of the ADI case results on the institutional page of the Federal Supreme Court. Such a model holds a predictive power of 75%, therefore, it is only 10% lower than the model that contains all the explanatory variables.

Another variable that proved to be relevant was the *dummy* responsible for measuring whether there had already been a publication on the ADI before its judgment or not. The results suggest that, when an ADI has been mentioned on the Federal Supreme Court website before the judgment, the chance of publishing the judgment result is six times greater. This result can be interpreted in a more intuitive way in Graph 10, as it represents the marginal predictions, in which the independent variable varies while the others are fixed in their respective means.

Understanding which themes are more frequently reported before the respective results is an attempt to find issues intrinsically considered “important” by the institution. The most relevant questions for the court, regarding the thematic classification or level of scope – the level of government to be confronted – and the value it represents as precedent-building are equally relevant issues.

It is possible that the publication does not relate to the public support mechanism, so that the court could be prone to release ADIs that veto policies, in the sense that many decisions reflect potential changes in legislation that are worthy of announcement.

GRAPH 10 — **AVERAGE MARGINAL EFFECT OF THE PUBLICATION PRESENCE ON THE ADI PRIOR TO ITS JUDGEMENT OVER THE CHANCE OF PUBLISHING THE JUDGMENT RESULT ON THE FEDERAL SUPREME COURT WEBSITE**



Source: Authors’ own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

The third and last variable that presented a significant coefficient was the *dummy* that identifies whether the ADI is an administrative law. The results suggest that, when an ADI belongs to this area, the chance that the judgment result will be published is 52% lower.¹⁹ This result can be interpreted in a more intuitive way in Graph 11, which displays the marginal effects of this variable, maintaining the other constants.

When observing the control related to the intrinsic characteristics of each case, it is possible to state that the administrative law would belong to a more complex area, as it involves several sparse pieces of legislation with a lower impact on publication or, in the classification proposed by Hall (2014), “lateral” cases, as they presuppose the joint action of other institutions.

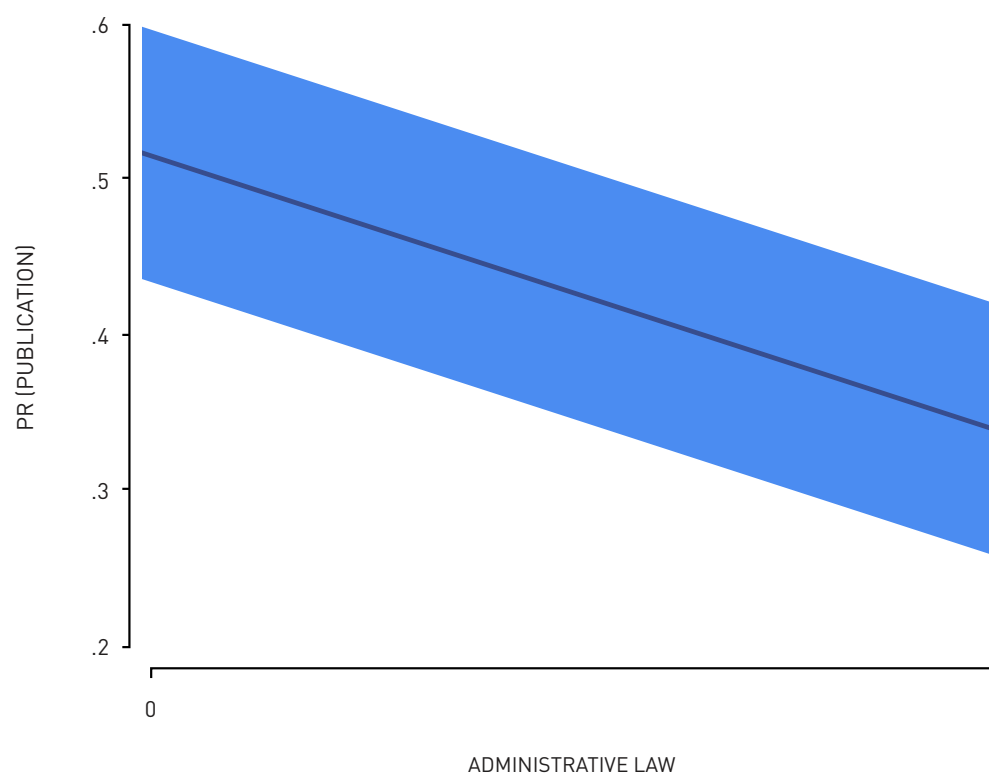
However, changes that involve salary readjustments for members of the Judiciary or a reduction in the attributions of the National Council of Justice would be considered examples in which a reduction in transparency could be preferable. It could be explained either by reasons

...

19 $\text{Exp}(\beta) - 1 * 100$

related to institutional reputation or the lower need for coordination with other spheres of power, thus, these could be plausible explanations for the variable to present a negative coefficient, the most recurrent theme in ADIs.

GRAPH 11 — **AVERAGE MARGINAL EFFECT OF THE ADI THAT DEALS WITH ADMINISTRATIVE LAW ON THE CHANCE OF PUBLISHING THE JUDGMENT RESULT ON THE FEDERAL SUPREME COURT WEBSITE**



Source: Authors' own elaboration based on data from the Federal Supreme Court website.

Although the literature considers that Federal-level news may have a positive impact on the publication of ADIs, according to the previous discussion and by using this model, it was not possible to rule out the null hypothesis that federal-level news does not have any influence on the variation of the independent level.

CONCLUSION

In the tested model, transparency (visibility) is endogenous, limited to institutional publications (press release) and it can also be controlled by its agents, inspired by the model of strategic disclosure (STATON, 2010).

Observing which decisions are reported to the public – that the probability of intentional disclosure by the institution will be greater when the decision is counter majoritarian (full or partial origin of the ADI); based on the values, in parentheses, referred to the odds ratio

by keeping the other variables constant, it is possible to understand that, when the ADI is valid, the chance of publishing the judgment result is 24 times greater. Finally, it is possible to conclude that the model presents significant evidence that there is a positive relationship between the outcome of decisions and the *ex post* publication on the initiative of the Federal Supreme Court.

At first, such a relationship may indicate a similar strategy to that identified by Staton (2010) in the Mexican constitutional court. In relation to the Federal Supreme Court, the probability of publication of an ADI by the institution is greater when the result is valid or counter majoritarian, even when other control variables are evident. The results suggest that, when an ADI has already been mentioned on the Federal Supreme Court website before its judgment, the chance of publishing the judgment result is six times greater.

Either through the theory of public strengthening of decisions or through the development of an institutional reputation, it is possible to evidence a constant intention, throughout the time period examined in this article, aimed to emphasize valid ADIs, either fully or partially.

Certain variables were considered, such as the complexity of the theme²⁰ and scope (Federal or State) as well as a possible previous preference for the theme (*ex ante* publication). However, none of these variables demonstrated considerable significance.

Based on the results, it is possible to conclude that, although most of the ADIs are judged as unfounded when observing the judgments appointed for publication on the institutional page of the Federal Supreme Court and their respective results, it was possible to evidence a positive relationship, with high statistical significance, between the publication of articles on the ADIs and the well-founded result.

Even if they are considered control variables with a considerable explanatory power, the findings indicate that the Federal Supreme Court prefers to display counter majoritarian results to the public. This finding can be explained by the intention to enhance the image that such decisions predominate in the court, contrary to the actual data.

Although it is argued that the choice is attributed to the press office of the Federal Supreme Court, the commissioned position is appointed by its presidency, which shifts every two years. As the sample refers to a wide range (2000 to 2016), it is possible to conclude that it consists of an institutional policy which does not change according to the agent which occupies the role of president.

The results consist of evidence that the theory of strategic disclosure (STATON, 2010) is applied to the Federal Supreme Court at some point, considering that institutional news represents the means of disclosure to the press and the public.

...

²⁰ The typology based on complexity was grounded in the areas of Law, as used in Vanberg (2005). The categorization of the sample processes was intentionally assigned by the authors at the time of development of the database, based on the interpretation of the process menu.

It would also be possible to infer that the counter majoritarian result or the “Well-founded Adin” represents an objective of the institution, given that the behavioral pattern was found to be solid over the years and across the configurations of ministers analyzed, as well as at least eight different press office administrations. Considering such probability, it would be interesting to evaluate the variation over time for future studies.

However, by mentioning the link between diffuse and specific support, it is possible to evidence implications for judicial behavior from the perspective of a decision’s outcome. Considering that public support is a vital resource, the quest to maintain such support for the court could possibly influence judicial deliberations, as court actors recognize that their decisions are related to future support.

This fact could be considered a motivation, along with the urge to maintain institutional support or reputation to the sensitivity of public opinion. Such support would be a valuable resource that could be deployed rapidly, as many unpopular decisions convince citizens that the court exerts an undesirable influence on policy.

The research findings motivate the extension of the debate about the casual mechanisms behind the phenomenon. Based on the theory of institutional support, it is possible to conclude that, publics which are more attentive to the courts are able to support their strengthening as a political institution, however, it is not possible to assert that the Federal Supreme Court strongly relies on it, nor that it motivates its institutional behavior.

Detaining support is a dynamic process – data suggest that courts develop specific support for its “salience”, which allows its exposure to the wider public. This satisfaction evolves into constitutional legitimacy, and the level of connection between specific and diffuse support is accumulated over time. Several areas of policy-making appeal to different constituencies, thus, legitimacy would be achievable through the mechanism that Gibson, Caldeira and Baird (1998) explain as the successive satisfaction of “minority coalitions”.²¹

Therefore, it is possible that the selection bias of what is published is a determining factor in the probability that the institution will evidence certain decisions. This conclusion seems consistent with the theory discussed, as well as with the sample discovered.

Finally, not only do we hope to have covered a gap but also slightly contributed to advancing the agenda of studies on judicial behavior, mainly in Brazil, with an emphasis on the relationship with the public as a variable of interest.

...

21 “While courts may be minority institutions, they are able to please a range of minorities, so they can gradually gain majority support by obtaining an equivalent to a “coalition of minorities” (GIBSON, CALDEIRA and BAIRD, 1998, p. 355).

ACKNOWLEDGMENTS

The authors would like to thank the anonymous reviewers of Revista Direito GV for their attentive observations.

REFERENCES

ARGUELHES, Diego W. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (ed.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro M. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, [s. l.], n. 40, p. 34-64, Jan/Jun, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, [s. l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. Available at: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Accessed on: Mar 20, 2023.

BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on Judicial Behavior*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union: Models of Institutional Support. *The American Political Science Review*, [s. l.], v. 89, n. 2, p. 356-376, Jun, 1995.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, [s. l.], v. 36, n. 3, p. 635-664, Aug, 1992.

CARRUBBA, Clifford J. A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 71, n. 1, p. 55-69, Jan, 2009.

CARRUBBA, Clifford J.; ZORN, Christopher J. Executive Discretion, Judicial Decision Making, and Separation of Powers in the United States. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 72, n. 3, Jul, 2008.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, [s. l.], v. 12, n. 23, p. 176-207, 2010.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, Lisbon, n. 191, p. 315-335, Apr, 2009.

CARVALHO, Ernani. *Revisão abstrata da legislação e a judicialização da política no Brasil*. 2005. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO Ernani *et al.* Judicialización de la política y grupos de presión en Brasil: intereses, estrategias y resultados. *América Latina Hoy*, [s. l.], v. 72, p. 59-88, 2016. Available at: <https://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/9426>. Accessed on: Mar 14, 2023.

DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper and Row, 1957.

EASTON, David. A Re-Assessment of the Concept of Political Support. *British Journal of Political Science*, [s. l.], v. 5, n. 4, p. 435-457, 1975.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. *Law and Society Review*, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 117-164, 2001.

FALCÃO, Joaquim *et al.* *II Relatório do Supremo em Números: O Supremo e a Federação*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2013. 184 p.

FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A Positive Theory of Statutory Interpretation. *International Review of Law and Economics*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 263-279, 1992.

GARSON, G. David. *Statnotes: Topics in Multivariate Analysis*. 2011. Available at: <http://www.statisticalassociates.com>. Accessed on: Mar 21, 2023.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the Legitimacy of National High Courts. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 92, n. 2, p. 343-58, 1998.

HALL, Matthew E. K. The Semiconstrained Court: Public Opinion, the Separation of Powers, and the U.S. Supreme Court's Fear of Nonimplementation. *American Journal of Political Science Association*, [s. l.], v. 58, n. 2, p. 352-366, 2014.

HELMKE, Gretchen. The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 96, n. 2, p. 291-303, 2002.

LOPES, Felipe de M. Television and Judicial Behavior: Lessons from the Brazilian Supreme Court. *Exchange Organizational Behavior Teaching Journal*, [s. l.], v. 209, p. 41-71, 2018.

MCGUIRE, Kevin T.; STIMSON, James A. The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 66, n. 4, p. 1018-1035, 2004.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, [s. l.], v. 87, n. 1, p. 87-101, 1993.

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

POSNER, Richard A. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 32, 2005.

POWELL JR., G. Bingham. *Elections as Instruments of Democracy: Majoritarian and Proportional Visions*. New Haven: Yale University Press, 2000.

RAMSEYER, J. Mark; RASMUSEN, Eric B. *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

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

STATON, Jeffrey K. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. New York: Cambridge University Press, 2010.

STEPHENSON, Matthew C. Court of Public Opinion: Government Accountability and Judicial Independence. *The Journal of Law, Economics & Organization*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 379-399, 2004.

TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

VANBERG, George. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press, 2005.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

MAGALHÃES, Rebecca; CARVALHO, Ernani. Lack of Communication Can Be Trouble: Brazilian Federal Supreme Court Decision-Making Behavior and Self-Promotion Strategies. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2320, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202320>

DECLARATION OF DATA AVAILABILITY:

The dataset of this article is available at SciELO Dataverse of *Revista Direito GV*: <https://doi.org/10.48331/scielodata.KFYE6I>.

Rebecca Magalhães

SUBSTITUTE PROFESSOR OF SOCIAL SCIENCES – POLITICAL SCIENCE AT THE FEDERAL UNIVERSITY OF PAMPA (UNIPAMPA). PHD IN POLITICAL SCIENCE FROM THE FEDERAL UNIVERSITY OF PERNAMBUCO (UFPE). RESEARCHER AT PRAETOR (UFPE).
rebeccabrasileiro@unipampa.edu.br

Ernani Carvalho

ASSOCIATE PROFESSOR AT THE DEPARTMENT OF POLITICAL SCIENCE AT THE FEDERAL UNIVERSITY OF PERNAMBUCO (UFPE). COORDINATOR OF PRAETOR (UFPE). RESEARCHER AT THE NATIONAL COUNCIL FOR SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT (CNPq).
ernani.carvalho@ufpe.br

1 Universidade Federal do Paraná,
Curitiba, Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-6703-9036>

2 Universidade Federal do Paraná,
Curitiba, Paraná, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-4497-1621>



Panorama jurisprudencial da violência obstétrica e análise discursiva das decisões judiciais do sul do Brasil

JURISPRUDENTIAL OVERVIEW OF OBSTETRIC VIOLENCE AND DISCURSIVE ANALYSIS OF THE COURT DECISIONS IN SOUTHERN BRAZIL

Taysa Schiocchet¹ e Suéllyn Mattos de Aragão²

Resumo

A violência obstétrica é a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissionais de saúde. Expressa-se por meio do tratamento desumanizado, do abuso da medicalização e da patologização dos eventos do parto. O objetivo da presente pesquisa é mapear a jurisprudência nacional sobre violência obstétrica para, então, analisar em profundidade as decisões judiciais do sul do Brasil, de modo a identificar como são mobilizadas as “definições persuasivas” e os “estereótipos normativos” nos discursos das sentenças. Trata-se de pesquisa qualitativa, exploratória, indutiva, com utilização de técnica documental. O estudo analisou 12 julgados em seu inteiro teor. Como resultados, foram identificados nos discursos “estereótipos normativos” referentes a quatro eixos: “literatura especializada”, “prova pericial”, “obrigação de meio” e “perícia, prontuário e testemunhas”, e “definições persuasivas” relativas a dois eixos: “medicina” e “gestante”. Além disso, foram identificados silêncios quanto a princípios bioéticos e direitos fundamentais. A partir dos resultados, a pesquisa infere que a racionalidade e a argumentação jurídica das decisões que envolvem violência contra a mulher gestante aqui analisadas carecem de especificidade, de metafundamentação e pecam ao não permitir controle sobre os provimentos decisórios, dificultando o seu contraste, maculando, por fim, a característica dialógica do Direito e a garantia do direito à saúde.

Palavras-chave

Violência de gênero; violência obstétrica; jurisprudência; direito à saúde; direitos da mulher.

Abstract

Obstetric violence is the appropriation of women's bodies and reproductive processes by health professionals. It is expressed in dehumanized treatment, abuse of medicalization, and pathologization of natural birth events. The objective of this research is to map the national jurisprudence on obstetric violence in order to analyze in depth the judicial decisions of southern Brazil, in order to identify how "persuasive definitions" and "normative stereotypes" are mobilized in the discourses used to support the sentences. It is qualitative, exploratory, inductive research, using the documentary technique. The study analyzed 12 judgments in their entirety. As main results, normative stereotypes referring to four axes were identified in the speeches: "specialized literature", "expert evidence", "obligation of means" and "expertise, medical records and witnesses" and persuasive definitions related to two axes: "medicine" and "Pregnant". In addition, silences have been identified about bioethical principles and fundamental rights, which are little explored in the judgments. From the results, the research infers that the rationality and legal argumentation of the decisions involving violence against the pregnant women analyzed here has a lack of specificity, meta foundation, and sin by not allowing control over the decision-making provisions, making it difficult to

contrast them, finally, the dialogical characteristic of the right and the guarantee of the health law.

Keywords

Gender violence; obstetric violence; jurisprudence; health law; women's rights.

INTRODUÇÃO

A violência, considerada mundialmente uma violação dos direitos humanos, manifesta-se nas mais variadas formas, nos espaços públicos e privados, nas relações institucionais, grupais ou interpessoais (D'OLIVEIRA, DINIZ e SCHRAIBER, 2002; SCHRAIBER, OLIVEIRA e COUTO, 2006).

Esse cenário não é diferente quanto à violência de gênero e à violência obstétrica (VO), esta última, considerada uma violação dos direitos das mulheres grávidas em processo de parto, com perda da autonomia e decisão sobre seus corpos. A VO configura-se como a apropriação dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais da saúde por meio de uma atenção mecanizada, tecnicista, impessoal e massificada do parto (DINIZ, 2009). Ela está relacionada, em grande medida, ao fato de as classes médica e científica tornarem-se um *locus* de poder e de dominação privilegiado, formado majoritariamente por homens, em um contexto fundamentado no biopoder, na sociedade disciplinar e na normatização (FOUCAULT, 1999; SCHIOCCHET e CARLOS, 2006).

A expressão “violência obstétrica” ganhou notoriedade a partir de esforços conjuntos de grupos de mulheres e redes feministas, organizações profissionais, organismos internacionais e regionais, agentes de saúde pública e pesquisadores com o objetivo de melhorar a qualidade do atendimento recebido pelas pacientes gestantes (JEREZ, 2015; RELACAHUPAN, 2017). Na América Latina, o escrutínio a que esses grupos levaram os maus-tratos sofridos por mulheres durante a gravidez e o parto resultou, como se verificará adiante, no desenvolvimento de marcos normativos que situam a VO no nexo da violência de gênero, da negligência clínica e da ausência de tratamento respeitoso e de cuidado de qualidade (WILLIANS *et al.*, 2018). Contudo, o uso da expressão “violência obstétrica”, desde sua criação, permanece em disputa.

Nesse contexto, ao analisar as implicações de se usar a expressão “violência obstétrica” para descrever práticas inadequadas contra mulheres gestantes/puérperas, autores como Lappeman e Swartz (2021) referem que o uso da palavra “violência”, embora sociologicamente defensável em termos das definições globais de violência, pode ter implicações no modo como

profissionais e pacientes se posicionam, sobretudo quando nem profissionais de saúde nem pacientes, via de regra, foram educados quanto aos diferentes usos dessa palavra.

Os mesmos autores apontam alguns problemas no uso da expressão. Em primeiro lugar, posicionar as mulheres em trabalho de parto como vítimas de violência quando elas não experienciaram conscientemente o que aconteceu com elas como violento pode lhes negar seu senso de agência. Em segundo lugar, rotular os sistemas e os profissionais de saúde de violentos (em vez de não treinados, insensíveis, incompetentes ou mesmo posicionados estruturalmente como detentores de poder) tem consequências de longo alcance para suas emoções. Esse posicionamento seria contraproducente e tornaria os profissionais de saúde resistentes a intervenções de mudança de comportamento. Em terceiro lugar, pode haver consequências não intencionais em afirmar que estruturas como hospitais são locais de violência, a menos que humanos estejam intencionalmente prejudicando outros humanos dentro de suas paredes. Lappeman e Swartz (2021) concluem, ante esses problemas, que, se usarmos a palavra “violência” em um contexto em que indivíduos não estão familiarizados com os diferentes significados sociológicos dela, podemos inadvertidamente enfraquecer ambos: pacientes e profissionais de saúde. E isso pode negar oportunidades de mudança de práticas.

No contraponto, outras autoras chegaram a conclusões opostas, afirmando que a nomeação da VO permite o estudo, a reparação e o crescimento dos atores envolvidos nessa situação. Para Salter *et al.* (2021), nomear a VO é fundamental para descrever as experiências daquelas que vivenciam essa forma de violência e abordar as estruturas e os contextos que a criam e a alimentam. De acordo com Ross e Solinger (2017), a nomeação da VO também se encaixa na estrutura de justiça reprodutiva, que possui blocos de construção conceituais de interseccionalidades acerca da opressão reprodutiva e dos direitos humanos. Lévesque e Ferron--Parayre (2021) rejeitam completamente a ideia de que nomear e, assim, tornar visível a VO poderia desempoderar as mulheres, ao contrário, as autoras argumentam que, quando as mulheres reconhecem e compartilham suas experiências, elas podem começar a trilhar o caminho do empoderamento.

Assim, em síntese, “VO” originou-se em disputa e permanece em disputa. Como nomear o que acontece com as mulheres gestantes/puérperas em ambientes hospitalares é ainda uma questão em aberto, não há uma definição oficialmente reconhecida de violência obstétrica, tampouco há consenso internacional sobre a expressão. O que ninguém nega é que há a necessidade de uma transformação na assistência obstétrica e que isso passa pela consideração de perspectivas interseccionais relacionadas ao modo de funcionamento social, às condições de possibilidade da violência de gênero e à conjuntura estrutural que envolve a violência contra a mulher, notadamente atravessada por marcadores de gênero, raça e classe social. O presente estudo não se volta ao debate das causas estruturantes da VO nem de suas características, modalidades e formas de enfrentamento. Sobre isso, tomamos como pressuposto teórico pesquisas anteriores (CAMPBELL, 2015). A partir disso, o recorte deste artigo abarca o reflexo desse fenômeno no Poder Judiciário, com o propósito de desvendar o seguinte problema de pesquisa: qual o panorama jurisprudencial da VO no Brasil e como as decisões judiciais do sul

do país mobilizam “definições persuasivas” e “estereótipos normativos” nos discursos utilizados para fundamentar as sentenças?

A lacuna teórica em que se pretende avançar diz respeito à ausência de pesquisa na região Sul do Brasil exaustiva, panorâmica e atualizada sobre julgados nessa temática. Habitualmente, a literatura apresenta trabalhos com uma gama de julgados pontuais, cuja decisão final respalda o posicionamento defendido pela pesquisa. Todavia, em diversos casos, isso é feito sem critérios muito claros de seleção, sem a pretensão de um mapeamento ou uma varredura e sem uma análise discursiva dos argumentos e fundamentos que pautam a decisão final. Importante dizer, nesse sentido, que os documentos mobilizados para esta pesquisa foram selecionados a partir de regras básicas, conforme Reginato (2017), de autenticidade, credibilidade, representatividade e sentido, isto é, a partir de critérios minuciosos de busca, em fontes referendadas e de forma não focalizada. Diferentemente, portanto, de uma seleção de jurisprudência específica e com o propósito de produção de argumento de autoridade para reforçar determinada tese. Nesse sentido, para o presente artigo não é relevante observar se os julgados deferem ou indeferem o pedido, mas sim quais categorias são utilizadas, em quais sentidos e como são mobilizadas argumentativamente.

Diante da ausência de parâmetros legais específicos que norteiem a condenação da atuação profissional em casos de VO, a justificativa prático-social da pesquisa traduz-se no fato de a análise jurisprudencial exaustiva poder, em alguma medida, contribuir para o direcionamento e para a melhor tomada de decisão médica, conferindo, dentro de suas limitações – uma vez que não há contemporaneidade entre a ciência e a justiça –, algum grau de segurança jurídica no agir técnico. Aí residem as contribuições teórica e social da pesquisa. Dito de outro modo, a justificativa do estudo consiste na necessidade de tratar o tema de modo científico, isto é, sistematizado e dotado de método, uma vez que, dessa forma, propicia-se uma fotografia mais confiável sobre o modo como a VO vem sendo manejada pelo Judiciário brasileiro. Ante a ausência de legislação nacional que regule o tema, o entendimento da jurisprudência pode fornecer pistas importantes aos profissionais de saúde e às pacientes.

Assim, o objetivo do artigo é analisar, quantitativa e qualitativamente, uma seleção de decisões judiciais que envolvem VO. Quantitativamente, em âmbito nacional, identificando o número de julgados, a proporção por região, o ano da decisão, o tipo de solicitação/requerimento, o profissional de saúde demandado e a decisão final. Qualitativamente, nos tribunais da região Sul do país, identificando “definições persuasivas” e “estereótipos normativos” nos discursos utilizados para fundamentar as sentenças, de modo a apresentar um quadro atual e regional da jurisprudência sobre o objeto estudado. A delimitação do tema consiste no estudo e na análise de um grupo específico de decisões judiciais nacionais acerca da VO selecionadas a partir da estratégia de busca apresentada a seguir.

Quanto ao desenho metodológico, trata-se de pesquisa qualitativa, exploratória, indutiva, com utilização de pesquisa documental – julgados dos tribunais estaduais, regionais e superiores do país.

Realizou-se, inicialmente, uma pesquisa jurisprudencial exaustiva, de abrangência nacional, nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), dos 26 Tribunais de Justiça (TJs) dos Estados e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Na sequência, foi realizado recorte dos tribunais da região Sul do Brasil. Oportuno ponderar, como alertam Veçoco *et al.* (2014) e Yeung (2017), que há evidências de que nem mesmo os tribunais mais avançados na digitalização dos processos disponibilizam integralmente seus julgados *on-line* e que, portanto, persiste dúvida quanto ao percentual de acórdãos não disponibilizados nos sítios abertos e suas características. Isso pode ser considerado um limitador do presente artigo em termos de representatividade, sobretudo em virtude da impossibilidade de garantia de ausência de viés de seleção nos casos aqui analisados, uma vez que não há publicidade quanto aos critérios utilizados pelos tribunais para a inserção dos julgados nas bases de dados eletrônicas.

Para a estratégia de busca dos julgados foram utilizadas as especificações contidas no Quadro 1.

QUADRO 1 – ESTRATÉGIA DE BUSCA DOS JULGADOS

ESTRATÉGIA	ESPECIFICAÇÃO
DESCRITOR	“VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA” *EXCETO PARA TJ BAHIA E TJ GOIÁS, EM QUE A PLATAFORMA NÃO PERMITE A INSERÇÃO DE ASPAS, SENDO A BUSCA REALIZADA SEM ESSE CARACTERE
CAMPO	PESQUISA LIVRE
ORIGEM	2º GRAU E COLÉGIOS/TURMAS RECURSAIS
MODALIDADE	ACÓRDÃOS – INTEIRO TEOR
PESQUISA DE SINÔNIMOS OU PESQUISA DE EXPRESSÕES E PALAVRAS RELACIONADAS	ASSINALADA EM: TRF5, TJ ACRE, TJ ALAGOAS, TJ CEARÁ, TJ MATO GROSSO DO SUL, TJ MINAS GERAIS E TJ SÃO PAULO **NOS DEMAIS, OPÇÃO NÃO DISPONÍVEL
PERÍODO DA COLETA	ENTRE 2 E 6 DE JUNHO DE 2020, SEM LIMITAÇÃO TEMPORAL QUANTO À DATA DE PUBLICAÇÃO DAS DECISÕES

Fonte: Elaboração das autoras.

O material selecionado (*corpus*) foi organizado e interpretado a partir de referenciais teórico-metodológicos em três níveis. Primeiro, o campo da Análise do Discurso (AD), como chave de análise mais geral. Segundo, especificamente no campo do Direito, utilizamo-nos das categorias “estereótipos normativos” e “definições persuasivas” (WARAT, 1995), buscando-se desvendar sentidos manifestos e latentes, para além da significação de base, direcionada à significação contextual. E no terceiro nível, apoiamo-nos teórica e metodologicamente na pesquisa feita por Paula Pinhal de Carlos (2007), um dos poucos escritos nacionais que faz uso das categorias propostas por Warat (1995) para a análise dos discursos jurídicos no campo jurisprudencial em temas de bioética e biodireito.

Sob essa perspectiva, o manuscrito foi dividido em dois grandes eixos. Preliminarmente, apresenta os achados quantitativos gerais da pesquisa documental (número de julgados identificados, proporção por região, ano da decisão, tipo de solicitação/requerimento, profissional de saúde demandado e decisão final). Posteriormente, quanto à análise qualitativa, a partir da seleção dos julgados da região Sul, são apontados e debatidos os principais argumentos e teses utilizados para embasar as decisões judiciais, com base no referencial teórico e nos critérios descritos.

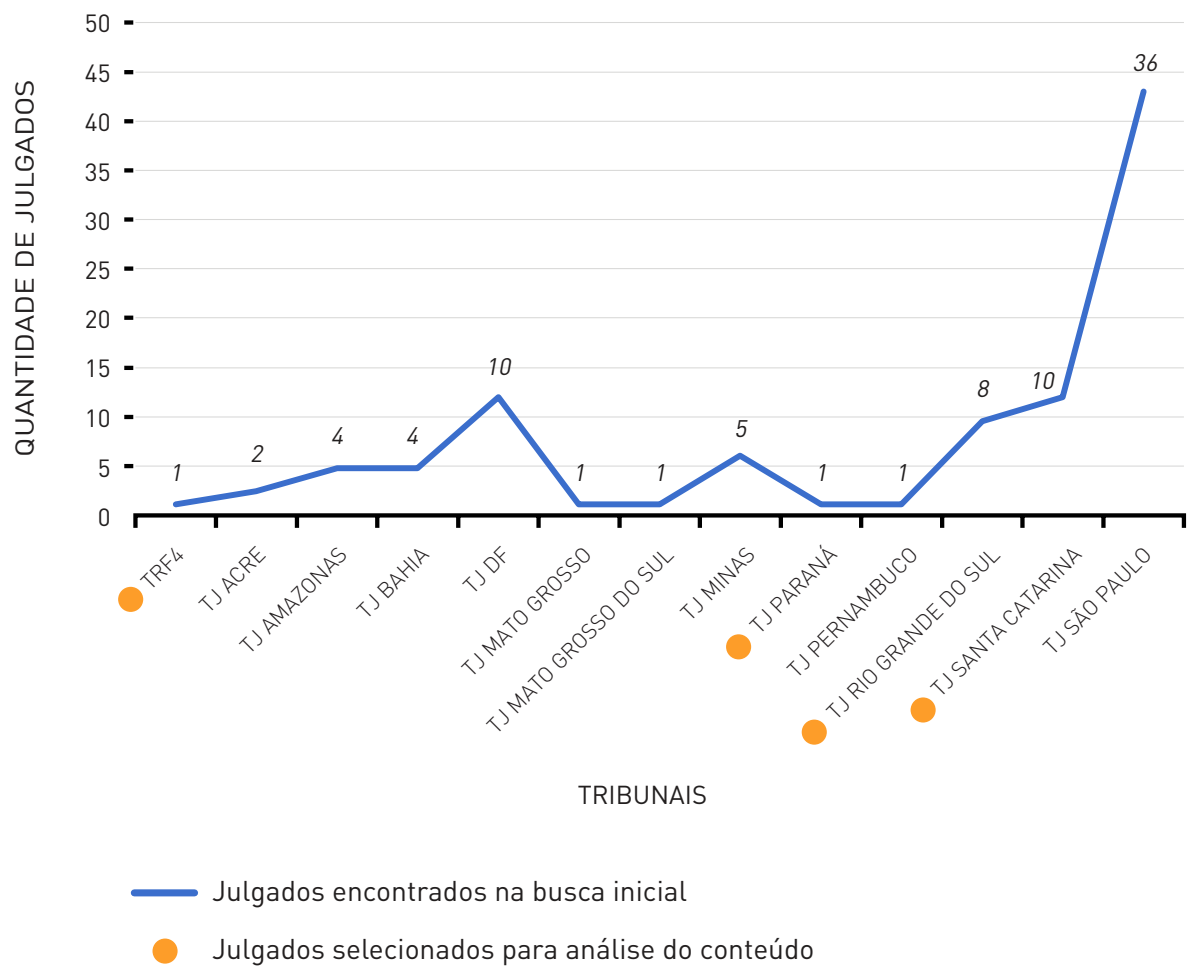
Quanto à abordagem de conteúdo das seções do artigo, foi adotada a seguinte sequência: (i) apresentação dos “estereótipos normativos” identificados nos julgados (quatro classes – “literatura especializada”, “prova pericial”, “obrigação de meio”, “perícia, prontuário e testemunhas”); (ii) apresentação das “definições persuasivas” identificadas nos julgados (duas classes – “medicina” e “gestante”); (iii) apresentação dos silêncios ou das ausências identificados nos julgados (“noção de adequação” e “princípios bioéticos e direitos fundamentais”).

A delimitação geográfica escolhida (região Sul) se dá em razão da localização de vinculação institucional e da área de atuação das pesquisadoras.

1. PANORAMA NACIONAL DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE VO

A estratégia de busca nacional e preliminar resultou em um total de 84 julgados, oriundos de 13 tribunais, conforme o Gráfico 1. De pronto, o que se observa desse panorama é a disparidade entre o número de julgados em determinadas regiões. Muitas delas com apenas um julgado (TRF4, MT, MS, PR e PE) e outras com número muito mais expressivo, como SP, SC, RS e DF, os quais concentram 76,2% dos casos. Na distribuição por regiões do país, têm-se: 7,1% no Norte (6 julgados), 6% no Nordeste (5 julgados), 14,3% no Centro-Oeste (12 julgados), 23,8% no Sul (20 julgados) e 48,8% no Sudeste (41 julgados).

GRÁFICO 1 – QUANTITATIVO DE JULGADOS ENCONTRADOS E TRIBUNAIS SELECIONADOS



Fonte: Elaboração das autoras.

Na região Sul, recorte a ser analisado neste artigo, foram identificados 20 julgados (um no TRF4, um no Paraná, dez em Santa Catarina e oito no Rio Grande do Sul). Quanto aos tribunais não constantes no gráfico, a pesquisa não resultou em nenhum acórdão.

Das 20 ações da região Sul selecionadas, oito foram excluídas da análise pois apenas continham a expressão “violência obstétrica”, porém esse não era o tema central debatido. Em uma delas, a menção à expressão “violência obstétrica” aparece nos autos somente em razão do cancelamento do julgamento (ação de homicídio não relativa a responsabilidade médica) em virtude da participação do defensor público do caso em capacitação sobre VO. Em outros sete casos, as ações referem-se à responsabilidade civil médica não relacionada à assistência prestada a parturientes, mas sim a casos clínicos gerais (Cardiologia, Oftalmologia, Urologia, Ortopedia). Nesses documentos, a expressão “violência obstétrica” apareceu por ocasião da jurisprudência citada para embasar a decisão do magistrado.

A partir dos critérios de exclusão, 12 julgados foram analisados em seu inteiro teor. Desse total, 11 dizem respeito à ação de responsabilização civil com solicitação de reconhecimento de dano moral – em um deles há, ainda, requerimento cumulativo de pensão vitalícia. Desses, dez ações demandam profissionais médicos e uma demanda profissional da Enfermagem, e em

sete delas houve absolvição do profissional, em duas condenação e em duas extinção sem julgamento do mérito (uma por incompetência do juizado especial – necessidade de perícia – e uma por ilegitimidade do polo passivo). Há um único julgado consistente em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que discute a validade de lei municipal que dispõe sobre a implantação de medidas de informação à gestante sobre a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal (alegação de vício de iniciativa).

As 12 demandas examinadas dizem respeito ao conflito ocorrido no momento do parto ou pós-parto. Nenhuma se refere, especificamente, ao período pré-natal. Quanto ao ano da sentença, 33,3% são de 2020 (4 julgados), 16,7% de 2019 (2 julgados), 16,7% de 2018 (2 julgados) e 33,3% de 2017 (4 julgados).

2. ANÁLISE DISCURSIVA DE JULGADOS: “ESTEREÓTIPOS NORMATIVOS” E “DEFINIÇÕES PERSUASIVAS” EM CASOS DE VO

A AD consiste em uma disciplina de interpretação a partir do sentido das construções discursivas e da noção de sujeito e de seu contexto social e cultural. Ela é originária da escola francesa (Michel Pêcheux, Michel Foucault) e engloba três áreas do conhecimento: (i) o materialismo histórico, como teoria das formações sociais e suas transformações; (ii) a linguística, como teoria dos mecanismos sintáticos e dos processos de enunciação; e (iii) a teoria do discurso, como a teoria da determinação histórica dos processos semânticos (BRANDÃO, 2004, p. 38). Existem ao menos 57 variedades de AD e o que todas parecem ter em comum é que partilham de “uma rejeição da noção realista de que a linguagem é simplesmente um meio neutro de refletir ou descrever o mundo, mas sim uma convicção da importância central do discurso na construção da vida social” (GILL, 2003, p. 244).

No quadro teórico da AD, a língua não é homogênea, cristalina e fechada em si mesma. É, antes, heterogênea, opaca, histórica, capaz de contradições e deslizamentos. É essencialmente constituída pela ideologia e considera o sujeito participante desse processo. Língua e história ligam-se de maneira indissolúvel, sendo uma constitutiva da outra.

Diferentemente dessa concepção, o discurso jurídico trabalha com uma noção de língua representativa do mundo, em tese, transparente e capaz de explicitar o que está sendo dito. Em princípio, não há lugar para opacidades, ambiguidades e deslizamentos de sentido do Direito. Assim, a ideologia, tida como indissociável do sujeito e fundamental para a AD, é relegada no discurso jurídico, havendo uma clara tentativa de apagar sua existência, ou de a escamotear, em um processo de ilusão de transparência e apagamento do ideológico. Essa talvez seja uma das maiores contradições no âmbito jurídico, pois, na verdade, a ideologia lhe é inerente, uma vez que se está lidando com a língua da essência do poder estatal, ideológico por natureza (SILVEIRA, 2010).

Enfrentando essa aparente contradição, Warat (1995), autor alinhado ao pensamento desconstrucionista francês, utiliza-se da AD no campo do Direito. Ele aduz que para a AD há que

se considerar que uma expressão possui dois níveis básicos de significação: o significado de base e o significado contextual.

O primeiro é aquele que reconhecemos quando abstraímos a significação contextual e consideramos o sentido inerte, a partir de elementos baseados em vínculos denotativos. O segundo pode ser entendido como o efeito de sentido emanado de processos afetivos da comunicação oral. Conforme seu ensinamento, “toda expressão possui um número considerável de implicações não manifestas. [...] O sentido gira em torno do dito e do calado” (WARAT, 1995, p. 65). Assim, ele sustenta que, para a interpretação do sentido de uma mensagem, há necessidade de formulação de um processo de articulação entre os sentidos manifestos e os encobertos de uma palavra, uma expressão ou um discurso.

Para atingir esse grau de análise (funcional), o processo de significação não dependeria unicamente das relações internas dos signos, mas também de um sistema de evocações provenientes dos contextos de usos, que, por sua vez, seriam determinados pelo objetivo do emissor, pela materialidade ideológico-política da sociedade e pelos dados do contexto comunicacional.

Segundo Warat (1995), o processo argumentativo que está presente nas decisões judiciais consiste em um discurso que recoloca um conjunto de signos informativos em função do poder. A partir desse processo, a mensagem linguística é transformada em ideologia. O argumento é definido pelo autor como a ponte que vincula persuasão e ideologia, sendo o conteúdo ideológico do argumento gerador de uma inversão do real suficientemente intensa para obter a adesão dos receptores em relação ao argumentado.

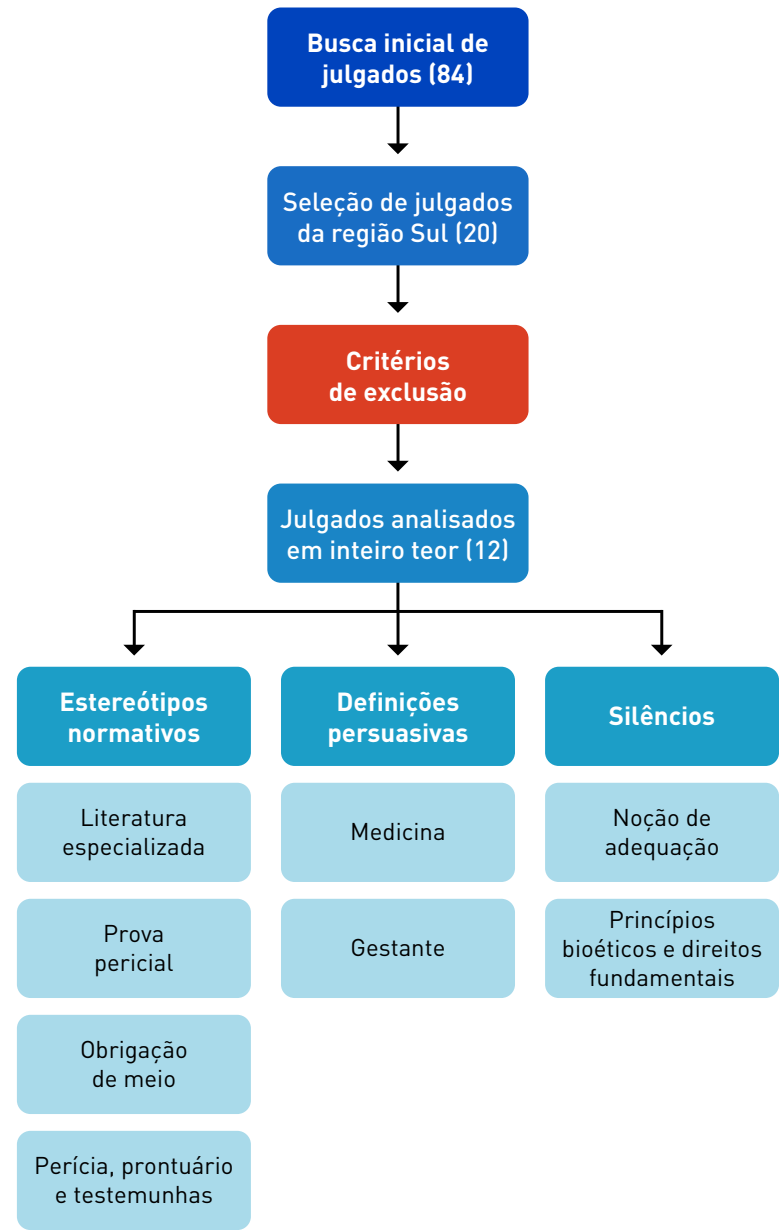
Com esse norte, para a categorização dos discursos, Warat (1995) utiliza-se de dois conceitos-base: “estereótipos normativos” e “definições persuasivas”. Os “estereótipos normativos” consistem em palavras ou frases cujo nível da significação de base apresenta uma “anemia significativa”, pois seu sentido designativo sempre é contextualmente construído, isto é, seu significado depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos. É o caso, por exemplo, da expressão “legítima defesa”, trata-se de um estereótipo, pois, à margem de um ato de valoração, não apresenta uma definição clara. Já as “definições persuasivas” seriam construções que, sob a aparência de definições empíricas, descritivas e explicativas, encobrem juízos de valor. Via de regra, nas “definições persuasivas” a aceitação dos argumentos depende de sua articulação a um ou vários estereótipos. É a partir dessa metateoria de base que se estruturou a análise de conteúdo dos argumentos dos julgados da jurisprudência selecionada.

Em sua obra, Warat (1995) traz, ainda, definições importantes para as análises realizadas neste artigo. Consoante ao autor, o processo de fetichização, também chamado de processo de coisificação ou substancialização, diz respeito a valores que são apresentados como dados referenciais transformados em substância, modalidade em que, por meio de cargas emotivas, pretende-se aproximar o receptor das mensagens do campo das referências valorativas do emissor. Isso serve para encobrir a atitude valorativa com roupagens descritivas, acentuando, no processo de comunicação, o peso denotativo do significado. Já o *prêt-à-porter* significativo seriam estereótipos que permitem o controle social ao fornecer modelos

de estruturas estáveis no mundo, operando como forma significativa independente das relações sociais.

Estabelecidas as bases teóricas que guiaram o percurso da pesquisa, apresentam-se os resultados encontrados. O plano de análise desenvolvido constitui-se pela estrutura apresentada na Figura 1. Inicialmente, foram analisados os “estereótipos normativos” identificados, aqui categorizados em quatro classes: “literatura especializada”; “prova pericial”; “obrigação de meio”; “perícia, prontuário e testemunhas”. Em um segundo momento, foram analisadas as “definições persuasivas” encontradas, aqui categorizadas em duas classes: “medicina” e “gestante”. Por fim, são apontados os silêncios ou as ausências verificados nos julgados, aqui categorizados em três classes: “noção de adequação” e “princípios bioéticos e direitos fundamentais”.

FIGURA 1 – ESQUEMATIZAÇÃO GRÁFICA DA COLETA E ANÁLISE DE DADOS



Fonte: Elaboração das autoras.

Assim, quanto ao estereótipo “literatura especializada” (menção em cinco julgados), foram encontrados os seguintes excertos:

- i) “O tempo de trabalho de parto esteve dentro do normal pela literatura médica e foi totalmente monitorado, *vide* fl. 104-verso” e “todos os procedimentos foram de acordo com o que a literatura médica preconiza”, retirados da ação indenizatória a título de danos morais e estéticos n. 0360633-64.2018.8.21.7000 (BRASIL, 2018a), do Rio Grande do Sul, em que a gestante relata abalo de ordem moral e estética decorrente de cicatriz cirúrgica de cesariana, além de suposta ausência de analgesia no momento do trabalho de parto. O pleito foi negado pelo juízo.
- ii) “A internação em 30.09.2009 foi decorrente de complicação do parto prevista na literatura, hemorragia pós-parto decorrente de decídua” e “o laudo pericial é conclusivo no sentido de que todas as condutas médicas foram adequadas e encontram amparo na literatura especializada”, extraídos da ação n. 0336507-81.2017.8.21.7000 (BRASIL, 2017a), do Rio Grande do Sul, em que a gestante requer pagamento de indenização a título moral e material em razão da ausência de informações prestadas pela equipe de saúde, da insistência da equipe médica na realização do parto normal e da retirada do bebê com auxílio de fórceps. O pedido foi negado pelo juízo.
- iii) “Referiu que a instrumentação do parto com o uso de fórceps ou vácuo-extrator durante o período expulsivo quando da instalação de uma distócia, situação imprevisível, sendo a técnica amplamente utilizada e encontra amparo na literatura médica”, retirado da ação n. 0400842-46.2016.8.21.7000 (BRASIL, 2016), do Rio Grande do Sul, em que foi requerido pagamento de indenização a título de danos morais de dois médicos que teriam praticado o parto sem o conhecimento das técnicas necessárias, em virtude de não possuírem especialidade na área (clínico geral e ortopedista). O recém-nascido apresentou graves e irreversíveis sequelas decorrentes de paralisia cerebral, vindo a óbito durante o curso da ação. Os réus foram condenados.
- iv) “Todo o tratamento despendido pelo HIJG foi tecnicamente correto e respaldado em literatura médica e científica correlata”, extraído da ação n. 0313951-17.2016.8.24.0023 (BRASIL, 2020a), de Santa Catarina, em que a paciente aforou ação condenatória ao pagamento de indenização por danos morais e pensão vitalícia contra o hospital em virtude de suposta inadequação da conduta médica quanto ao tratamento de bronquiolite do recém-nascido. Foram julgados improcedentes os pedidos.
- v) “Nesse contexto, não há falar em violência obstétrica, pois o parto da apelante ocorreu de forma normal e a laceração, embora não seja normal é uma probabilidade e está

descrita na literatura médica”, retirado da ação n. 0011832-34.2013.8.24.0033 (BRASIL, 2017b), de Santa Catarina, em que a paciente requer indenização a título moral e material em virtude de laceração de períneo ocorrida no momento do parto, que resultou em incontinência fecal.

No que se refere ao estereótipo “prova pericial” (menção em cinco julgados), foram identificados os seguintes trechos:

- i) “No mérito, o voto é pelo provimento do recurso interposto, para o fim de reconhecer a provimento necessidade de realização de perícia médica, declarando a incompetência do Juizado Especial para julgamento da demanda e extinguindo-a sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 51, inciso II, da Lei nº 9.099/95”, retirado do recurso n. 0045144-22.2017.8.16.0182 (BRASIL, 2020b), analisado pela 5ª turma recursal dos juizados especiais do Paraná, o debate versava sobre os meios técnicos utilizados durante o parto, especificamente se as manobras adotadas pelo médico eram ultrapassadas. O recurso foi provido no sentido de reconhecer a necessidade de realização de perícia médica.
- ii) “Oportuno destacar que restou devidamente esclarecido pelo laudo pericial que deveria ter sido realizada a ultrassonografia para verificar a evolução da gravidez e o bem-estar fetal, a fim de ao menos amenizar o sofrimento da parte autora, ensejando os danos daí decorrentes”, extraído da Apelação Civil n. 0310165-96.2018.8.21.7000 (BRASIL, 2018b), do Rio Grande do Sul, em que se discutiu a não solicitação, por parte do médico, de uma ultrassonografia em gestante que apresentava sangramento vaginal. A paciente foi atendida e liberada sem a realização do referido exame por duas vezes e evoluiu com óbito fetal. A decisão de primeiro grau foi reformada e o médico foi condenado.
- iii) “Todavia, referidas ocorrências restaram no campo das meras alegações, não evidenciando a autora que os técnicos que a atenderam tenham cometido grosserias ou deixado de lhe dispensar os cuidados necessários à sua condição clínica. Veja-se que a prova coligida ao processo está adstrita a documentos e às perícias formalizadas em Juízo, estas por intermédio dos laudos às fls. 262-78 e fls. 283-90”, retirado da ação n. 0360633-64.2018.8.21.7000 (BRASIL, 2018a), do Rio Grande do Sul.
- iv) “O *expert* é categórico em afirmar que o procedimento adotado foi correto”, “essa foi a conclusão a que chegou o perito após analisar os prontuários” e “o *expert* concluiu, ainda, que não houve sofrimento do bebê ou risco de vida, pois as avaliações do obstetra e da pediatra que acompanharam o parto indicaram batimentos cardíacos normais e apgar (teste de vitalidade) com *score* alto”, retirados da ação n. 0060393-21.2006.8.24.0038

(BRASIL, 2020c), de Santa Catarina, em que se requer pagamento de indenização a título de dano moral por parte do médico em virtude da liberação (alta) após atendimento. Algumas horas após a liberação, a paciente evoluiu, em outro serviço, com necessidade de cesárea de urgência. O juízo decidiu negar provimento ao apelo e julgar prejudicado o agravo retido.

- v) “O laudo pericial apontou que não havia indicação para a realização de cesariana, que todos os meios e conhecimentos disponíveis foram utilizados no atendimento da paciente e, ainda, que não há nexos causal entre os atos médicos e as queixas postas na inicial”, retirado da ação n. 0336507-81.2017.8.21.7000 (BRASIL, 2017a), do Rio Grande do Sul.

Em relação ao estereótipo “obrigação de meio” (menção em três julgados), foram encontrados:

- i) “A obrigação assumida pelo médico, por sua vez, é de meio e não de resultado. Dessa forma, além da prova do dano e do nexo de causalidade, faz-se necessária a demonstração do agir culposo do profissional”, extraído da Apelação Civil n. 0310165-96.2018.8.21.7000 (BRASIL, 2018b) do Rio Grande do Sul.
- ii) “Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual [...]”, retirado da ação n. 0360633-64.2018.8.21.7000 (BRASIL, 2018a), do Rio Grande do Sul.
- iii) Não por outra razão é que se afirma que a obrigação dos médicos é de meio, não de resultado”, extraído da ação n. 0336507-81.2017.8.21.7000 (BRASIL, 2017a), do Rio Grande do Sul.

No que concerne ao estereótipo “perícia, prontuário e testemunhas” (menção em dois julgados), foram identificados:

- i) “Dessarte, os elementos probatórios acostados aos autos dão conta de que a conduta da enfermeira não se mostrou anormal” e “ouvida em juízo, a enfermeira XX informou que agiu dentro dos padrões de aceitabilidade, com observância ao sossego dos pacientes e controle de visitação”, retirados da ação n. 0225078-75.2018.8.21.7000 (BRASIL, 2018c), do Rio Grande do Sul, discutiu-se a adequação da conduta de uma enfermeira que abordou paciente solicitando a diminuição do número de visitas no quarto do hospital. A paciente requereu indenização pelo excesso na abordagem, pedido negado pelo juízo.

- ii) “A prova dos autos, consistente em prontuário médico, perícia e prova testemunhal não atribui aos réus responsabilidade pelo evento sofrido pela autora. Além disso, com base na prova pericial é possível extrair que o atendimento médico prestado foi adequado e possui respaldo na literatura especializada”, extraído da ação n. 0336507-81.2017.8.21.7000 (BRASIL, 2017a), do Rio Grande do Sul.

Assim, em síntese, os estereótipos identificados nos julgados analisados dizem respeito a quatro categorias: “literatura especializada” (menção em cinco julgados), “prova pericial” (menção em cinco julgados), “obrigação de meio” (menção em três julgados) e “perícia, prontuário e testemunhas” (menção em dois julgados). Da análise, infere-se que são estereótipos identificados em contextos de alusões genéricas, abstratas, esvaziadas e “fetichizadas” às palavras e expressões, utilizadas, por vezes, sem lastro de especificidade, de referência explícita ou de desenvolvimento teórico expresso que os sustente. Trata-se de padrão condizente com a noção de estereótipo normativo, pois depende do significado de uma relação evocativa ideologicamente determinada, ou seja, baseado em uma premissa de legitimidade de que as expressões seriam universalmente inteligíveis e reconhecíveis, com chancela de adequadas e indene a críticas (WARAT, 1995). Isto é, tais palavras e expressões parecem ter sido carregadas de um sentido “universal”, sem uma pormenorização sobre o seu significado particular dentro de cada caso concreto.

No caso da “literatura especializada”, por exemplo, não há uma explicitação sobre qual ação ou omissão do profissional ou estabelecimento de saúde seria adequada/inadequada e quais dispositivos da literatura médica embasariam tal conclusão. Dessa forma, a expressão apenas serve como estereótipo normativo para reforçar “definições persuasivas” em determinado sentido. Isto é, uma espécie de “*prêt-à-porter* significativo” (WARAT, 1995), que permite o controle social ao fornecer modelos de estrutura imutáveis, operando como forma significativa independente das relações sociais. Esse estereótipo possui relação direta com um silêncio identificado em alguns julgados, referente à carência de menção a protocolos técnicos e médicos específicos, ou seja, escassez de apontamento de critérios técnicos objetivos e mensuráveis que embasaram as decisões judiciais. Em vários casos, há nítido encadeamento persuasivo no sentido de assegurar que “a conduta médica foi adequada”, sem adentrar no detalhamento de significado do que isso, de fato, quer dizer.

De igual modo, a expressão “prova pericial” ou alusão que o valha identificada nos julgados ganha ares de significação congelada, imutável, incontestável e incontroversa, como se muito dificilmente as gestantes demandantes e seus prepostos pudessem argumentar contra esse “estatuto”, em razão de uma força semântica ideologicamente conferida. Isto é, um congelamento de sentido associado a um esvaziamento de sua significação de base. Nenhuma das menções à expressão, por exemplo, tratou-a sob o prisma do sopesamento das provas coligidas, apenas se atribuiu à expressão certa carga valorativa positiva sem maiores ponderações quanto à qualidade da referida prova pericial e mesmo quanto à sua ponderação em relação à prova testemunhal e documental.

Em mesmo sentido, o estereótipo trinomial “perícia, prontuário e testemunhas” aparece evocado em dois julgados em um processo de convencimento de ideias, crenças e sistemas de valores introjetados por discursos genéricos. Parece almejar, por assim dizer, legitimidade e reconhecimento universal de justo e apropriado, independentemente das condições do caso específico. Em outras palavras, uma grande carga de vagueza aparece quase redefinindo as características designativas das palavras e expressões, permitindo a alteração do campo denotativo. Vale ressaltar que as decisões analisadas nem sequer anunciam se as testemunhas ouvidas, na maioria das vezes profissionais de saúde, fazem parte do mesmo corpo clínico ou da mesma equipe do profissional acusado. Esse é um exemplo de como o estereótipo “perícia, prontuário e testemunhas” pode encobrir informações sutis e importantes para o entendimento dos casos em suas vertentes interpretativas mais plurais.

Passando para o exame das “definições persuasivas”, quanto à classe “medicina”, identificamos:

- i) “Todavia, como se sabe, a medicina trabalha com variáveis e com a própria fatalidade, sendo quase uma arte”, extraído da ação n. 0336507-81.2017.8.21.7000 (BRASIL, 2017a), do Rio Grande do Sul.
- ii) “Constatado que a intervenção médica, embora ostensivamente presente, não foi suficiente para conter o quadro patológico apresentado, não leva, por si só, à responsabilização”, extraído da ação n. 0060393-21.2006.8.24.0038 (BRASIL, 2020c), de Santa Catarina.
- iii) “Por óbvio, compreende-se o sentimento de angústia de uma mãe que, após o parto de seu filho, não pode tê-lo em casa e usufruir daquilo com que sonhou em sua gestação. Contudo, todos estamos expostos às fatalidades da vida e, em que pese tudo quanto descrito e vivido pela autora, não se verifica nenhuma ação ou omissão ilícita praticada pelos responsáveis pelo atendimento que impliquem, de alguma forma, precariedade ou deficiência do serviço prestado”, retirado da ação n. 0313951-17.2016.8.24.0023 (BRASIL, 2020a), de Santa Catarina.

No que se relaciona à classe “gestante”, identificou-se:

- i) “Informamos que é tecnicamente impossível que uma parturiente não sinta nenhuma dor no trabalho de parto, sendo esta uma ocorrência normal para todas as mulheres que decidem ter filhos, não sendo detectado nada de anormal de condução do trabalho de parto da autora”, retirado da ação n. 0360633-64.2018.8.21.7000 (BRASIL, 2018a), do Rio Grande do Sul.

- ii) “As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes”, extraído da ação n. 0060393-21.2006.8.24.0038 (BRASIL, 2020c), de Santa Catarina.
- iii) “Em que pesem as alegações da apelante, no sentido de que a perícia realizada quase dois anos depois do ajuizamento da ação, não condiz com sua condição física após a realização do parto, depreende-se das demais provas colhidas, que o inconformismo apresentado deve-se ao fato de a decisão proferida ter sido desfavorável à sua pretensão”, “[d]iante desse quadro, não pode a autora atribuir ao Judiciário a responsabilidade pelo insucesso da demanda que ajuizou, quando na verdade, a ação foi protocolizada somente três anos após o procedimento cirúrgico que alegou ter afetado sua saúde e, entre a data do parto e a do ajuizamento da ação, realizou apenas um exame, o qual não corrobora as suas alegações” e “[l]ogo, a falha na prestação do serviço não ficou demonstrada, pois a laceração não foi decorrente de erro médico e pode ter ocorrido por outros fatores, inclusive falta de cooperação (involuntária) da gestante no momento do parto, como ficou comprovado”, extraídos da ação n. 0011832-34.2013.8.24.0033 (BRASIL, 2017b), de Santa Catarina.

Dessa forma, em resumo, quanto às “definições persuasivas”, os excertos identificados dizem respeito a dois grandes grupos, relativos à “medicina” (menção em três julgados) e à “gestante” (menção em três julgados). Veja-se que há formações discursivas que perfilam uma vinculação do signo “ausência de culpa médica” com o signo “limites da medicina e idiosincrasias da ciência médica”, como se o insucesso da recuperação da paciente decorresse, sempre e exclusivamente, de causas externas à atuação médica (“fatalidades da vida”). Outras formações escondem juízo de valor sobre a confiabilidade das alegações da gestante, aplicando carga emotiva associada a “definições persuasivas”. Assim, introduz, como nota designativa, um *plus* de significações emotivas, a partir do qual o limite de denotação da inocência do acusado fica nas mãos do emissor ou de um universo ideológico.

Enfim, são construções com aparência de pressuposto lógico e descrição objetiva, carregadas, todavia, de uma dimensão ideológica não formulada na linguagem jurídica. O resultado, ainda que involuntário, parece ser o de influência e determinação de opiniões convergentes com a vontade do emissor das mensagens.

Em outros fragmentos dos julgados, valora-se o inconformismo da gestante acerca de deliberação judicial anterior e insinua-se que o dano discutido (laceração do trajeto do parto) pode ter ocorrido em razão de sua não cooperação. São “definições persuasivas” em que o emissor torna nítida a carga valorativa da linguagem utilizada, apresentando “constatações” integradas por propriedades designativas selecionadas para fins específicos e predeterminados, assegurando para si o monopólio da constituição do campo denotativo, uma vez que, a partir da construção encadeada, os receptores encontram-se adormecidos para a discussão dos critérios designativos persuasivamente propostos (WARAT, 1995).

Por fim, quanto aos silêncios e às ausências verificados nos julgados, no que tange ao item “noção de adequação”, chama atenção a forma corrente com que a palavra “adequado” é utilizada e o silêncio sobre sua objetiva aceção, como se vê em: “A indicação da internação para o parto, a assistência ao trabalho de parto, o parto, o pós-parto imediato foram adequados”, extraído da ação n. 0336507-81.2017.8.21.7000 (BRASIL, 2017a), do Rio Grande do Sul.

No que se relaciona ao item “princípios bioéticos e direitos fundamentais”, cumpre-nos registrar que não foram identificadas nos julgados menções a princípios bioéticos e aos direitos fundamentais das pacientes. A impressão que se tem ao analisar o conteúdo dos acórdãos é a de que tais esferas permanecem “encobertas” pela violência de gênero e pela VO, passando à margem das discussões e desaparecendo das ponderações exaradas nos autos.

CONCLUSÃO

Tratamos aqui do construto da VO, traduzida como práticas violentas adotadas por profissionais de saúde em desfavor de gestantes. Interessa-nos revelar o reflexo desse fenômeno no Poder Judiciário, identificando qual o panorama jurisprudencial da VO no Brasil e como as decisões judiciais do sul do país mobilizam “definições persuasivas” e “estereótipos normativos” nos discursos utilizados para fundamentar as sentenças. O recorte adotado no artigo engloba, quantitativamente, as decisões de todo Brasil e, qualitativamente, as decisões proferidas na região Sul.

O material selecionado foi analisado em três camadas teórico-metodológicas: (i) análise de discurso; (ii) “estereótipos normativos” e “definições persuasivas” de Warat (1995); (iii) aplicação das categorias waratianas aos discursos jurisprudenciais ligados à bioética e ao bio-direito, proposta por Paula Pinhal de Carlos (2007).

A busca nacional e preliminar de julgados resultou em 84 acórdãos. Destes, 20 foram selecionados para análise qualitativa/de conteúdo, todos da região Sul do país. Após a aplicação dos critérios de exclusão (decisões que apenas mencionavam a expressão “violência obstétrica”, porém não tratavam diretamente do tema), restaram 12 julgados, estes analisados em seu inteiro teor.

Quanto aos resultados quantitativos da pesquisa, destacamos a recorrência da temática da responsabilização civil e da solicitação de reconhecimento de dano moral (11 casos ou 91,6%), sendo dez ações demandadas contra profissionais médicos (83,3%) e uma contra profissional da Enfermagem (8,3%).

Quanto à pesquisa qualitativa, relativa aos julgados da região Sul, na análise discursiva waratiana identificamos: (i) “estereótipos normativos” alusivos a quatro classes: “literatura especializada”, “prova pericial”, “obrigação de meio” e “perícia, prontuário e testemunhas”; (ii) “definições persuasivas” em duas classes: “medicina” e “gestante”; e (iii) silêncios ou ausências em duas classes: “noção de adequação”, “princípios bioéticos e direitos fundamentais”. Destacam-se as classes “literatura especializada” e “prova pericial”. Cada uma apareceu em cinco julgados e foi

empregada em um mesmo contexto, qual seja, o de carência de especificidade, de materialidade objetiva e de metafundamentação¹ que as sustente, comprometendo o alicerce argumentativo das decisões.

Os resultados encontrados apontam indícios de limitações na argumentação jurídica e na racionalidade das decisões examinadas. A reiterada utilização de “estereótipos normativos” e de “decisões persuasivas” e a carência de metafundamentação esvaziam a possibilidade de controle da argumentação dos provimentos decisórios e tornam o sistema instável, uma vez que afastam o diálogo e o contraditório, inclusive quanto à viabilidade de contestação da decisão em instância diversa.

Apenas mencionar de modo abstrato e trivial “estereótipos normativos” e “definições persuasivas” sem anunciar o que elas significam no contexto concreto e por que elas, em tese, correlacionar-se-iam e aplicar-se-iam ao caso específico gera imprevisão, insegurança e instabilidade no sistema jurídico, o que afeta diretamente a garantia dos direitos fundamentais das pacientes gestantes e não colabora com a prevenção e o combate da VO.

AGRADECIMENTOS

As autoras agradecem o fomento à pesquisa por meio do Edital CNPq/MCTI/FNDCT n. 18/2021, Universal); Edital 11/2020: PPSUS – EDIÇÃO 2020/2021 (Fundação Araucária-PR/SESA-PR/Decit/SCTIE/MS/CNPq); e Edital n. 6/2021: PRPPG/UFPR/Funpar (apoio a atividades de pesquisa).

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Helena H. N. *Introdução à análise do discurso*. Campinas: Editora da Unicamp, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Acórdão n. 0313951-17.2016.8.24.0023. AÇÃO CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PENSÃO VITALÍCIA. ATENDIMENTO MÉDICO DE RECÉM-NASCIDO. BRONQUIOLITE VIRAL QUE*

...

¹ Metafundamentação: fundamentação da fundamentação.

EVOLUIU PARA INFECÇÃO BACTERIANA E GENERALIZADA. RESULTADO QUE NÃO PODERIA SER EVITADO. LAUDO PERICIAL QUE CONSTATOU A ADOÇÃO DE MEDIDAS NECESSÁRIAS E CABÍVEIS AO CASO. PROCEDIMENTOS ADEQUADAMENTE REALIZADOS. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSO DO ESTADO CONHECIDO E PROVIDO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. APELO DA AUTORA PREJUDICADO. Relator: Desembargador Jorge Luiz de Borba. 2020a. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Acórdão n. 0045144-22.2017.8.16.0182*. RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMENTÁRIO OFENSIVO ACERCA DE ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO RECLAMANTE EM GRUPO DE FACEBOOK. COMENTÁRIO REFERENTE À REALIZAÇÃO DE PARTO EMERGENCIAL DA RECORRENTE. RECLAMADA QUE ALEGA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. ANÁLISE DOS DOCUMENTOS DOS AUTOS QUE EXIGEM CONHECIMENTO TÉCNICO E ESPECIALIZADO. NECESSIDADE DE PERÍCIA PARA DIRIMIR A CONTROVÉRSIA. PROVA COMPLEXA. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Relator: Manuela Tallão Benke. 2020b. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000010942941/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0045144-22.2017.8.16.0182>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Acórdão n. 0060393-21.2006.8.24.0038*. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CONDUTA REGULAR DO PROFISSIONAL ATESTADA NA PERÍCIA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO EVIDENCIADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “[...] Se o conjunto probatório converge no sentido de que a médica e os demais prepostos dos réus agiram de maneira adequada no atendimento médico dispensado [...] não há que se falar em responsabilidade civil e, conseqüentemente, no dever de indenizar’. (Apelação Cível n. 0008099-31.2010. 8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 16-5- 2017)”. (AC n. 0000218-14.2008.8.24.0031, de Indaial, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 5-2-2019) AGRAVO RETIDO. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU A TESE DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. DESNECESSIDADE DE EXAME DO RECURSO, PORQUE A DECISÃO DE MÉRITO DA APELAÇÃO FOI FAVORÁVEL A QUEM SUSCITOU O TEMA. ART. 488 DO CPC/2015. RECURSO PREJUDICADO. Relator: Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. 2020c. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Acórdão n. 70079954210 (CNJ: 0360633-64.2018.8.21.7000)*. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ENFERMAGEM E DE ERRO MÉDICO COMETIDO PELO

CLÍNICO VINCULADO AO HOSPITAL DEMANDADO. AUSÊNCIA DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO ALEGADO. Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. 2018a. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Acórdão n. 70079449534 (n. CNJ: 0310165-96.2018.8.21.7000)*. APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OMISSÃO NA REALIZAÇÃO DE EXAMES INDISPENSÁVEIS. DANOS MORAIS COMPROVADOS. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. 2018b. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Acórdão n. 70078598661 (n. CNJ: 0225078-75.2018.8.21.7000)*. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM EXCESSIVA. INOCORRÊNCIA. NÃO TENDO OS REQUERENTES COMPROVADO A OCORRÊNCIA DE QUALQUER EXCESSO NA ABORDAGEM DA PREPOSTA DO NOSOCÔMIO DEMANDADO, A QUAL APENAS SOLICITOU A DIMINUIÇÃO DO NÚMERO DE VISITAS NO QUARTO DO HOSPITAL, COM O FITO DE MANTER A TRANQUILIDADE NA MATERNIDADE E PROPORCIONAR SOSSEGO À PUÉRPERA QUE COM ELES DIVIDIA O QUARTO, É DE SER MANTIDO INCÓLUME O JUÍZO DE IMPROCEDÊNCIA PROLATADO. APELAÇÃO DESPROVIDA. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz. 2018c. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Acórdão n. 70075723924 (n. CNJ: 0336507-81.2017.8.21.7000)*. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO VISANDO REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS OCORRIDOS DURANTE PARTO POR SUPOSTO ERRO MÉDICO/MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL REQUERIDO. A PROVA DOS AUTOS, CONSISTENTE EM PRONTUÁRIO MÉDICO, PERÍCIA E PROVA TESTEMUNHAL NÃO ATRIBUI AOS RÉUS RESPONSABILIDADE PELO EVENTO SOFRIDO PELA AUTORA. ALÉM DISSO, COM BASE NA PROVA PERICIAL É POSSÍVEL EXTRAIR QUE O ATENDIMENTO MÉDICO PRESTADO FOI ADEQUADO E POSSUI RESPALDO NA LITERATURA ESPECIALIZADA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE NÃO INDICAM NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA MÉDICA, OU, AINDA, QUE DE ALGUMA FORMA TENHA HAVIDO MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO HOSPITAL. APELO NÃO PROVIDO. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. 2017a. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Acórdão n. 0011832-34.2013.8.24.0033*. APELAÇÃO CÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUTORA QUE TEVE LACERAÇÃO DO PERÍNEO EM GRAU QUATRO E DESGASTE DO OSSO DA BACIA QUANDO DA REALIZAÇÃO DO

PARTO NORMAL. ALEGADA INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA AS ATIVIDADES DO COTIDIANO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. EXAME PERICIAL REALIZADO MUITO TEMPO DEPOIS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, O QUE PODE TER MODIFICADO O QUADRO FÍSICO DA AUTORA. DEMORA QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO, POIS A AÇÃO FOI JUIZADA QUASE TRÊS ANOS PÓS A REALIZAÇÃO DO PARTO. ADEMAIS, LAUDO PERICIAL FUNDAMENTADO, OBJETIVO E CONCLUSIVO. ALEGAÇÃO DE QUE SOFREU VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA DURANTE A REALIZAÇÃO DO PARTO. IMPERTINÊNCIA. LAUDO PERICIAL QUE AFIRMA A POSSIBILIDADE DE LACERAÇÃO DO PERÍNEO CASO O BEBÊ SEJA GRANDE OU A MÃE CONTRAIA O MÚSCULO PERINEAL NO MOMENTO DA EXPULSÃO. PERITO QUE CONSTATOU QUE A AUTORA NÃO APRESENTA NENHUMA PATOLOGIA EM DECORRÊNCIA DO PARTO. TESTEMUNHAS OUVIDAS QUE INFORMARAM A POSSIBILIDADE DE LACERAÇÃO DO PERÍNEO DURANTE O PARTO NORMAL E A CONDUTA ADEQUADA NO TRATAMENTO DO CASO DA AUTORA. DESGASTE ÓSSEO DA BACIA QUE PODE SER CAUSADO PELA GRAVIDEZ (NÃO PELO PARTO) E PELA REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE REPETITIVA. AUSÊNCIA DE FALHA NOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO NOSOCÔMIO E DE PROVAS DO DANO ALEGADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO VERIFICADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 2017b. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão n. 70071906481 (n. CNJ: 0400842-46.2016.8.21.7000). RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS MÉDICOS DEMANDADOS NA LINHA DE TEMPO DOS ATENDIMENTOS PRESTADOS. RESPONDE POR IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA O MÉDICO CLÍNICO GERAL QUE REALIZA PARTO DE GESTAÇÃO A TERMO, INSTRUMENTADO, SEM O NECESSÁRIO CONHECIMENTO DA TÉCNICA OBSTÉTRICA, AUXILIADO POR TÉCNICA DE ENFERMAGEM E MÉDICO ORTOPEDISTA. SEPTICEMIA. RECÉM-NASCIDA COM ANOXIA PERINATAL GRAVE POR SOFRIMENTO FETAL SEM ASSISTÊNCIA DE PEDIATRA, ASSUMINDO O MESMO MÉDICO A FUNÇÃO DE PEDIATRA PARA ESTABILIZAR O QUADRO CLÍNICO DA CRIANÇA. RESPONSABILIDADE PELO ATENDIMENTO IMEDIATO. SEPTICEMIA. CRIANÇA COM GRAVES SEQUELAS E IRREVERSÍVEIS, DECORRENTES DA PARALISIA CEREBRAL, QUE NÃO RESISTIU AO LONGO TEMPO DE TRAMITAÇÃO DO FEITO. DA MESMA FORMA, RESPONDE O MESMO MÉDICO POR NÃO SOLICITAR PRÉVIA ASSISTÊNCIA DE PEDIATRA DURANTE E APÓS A REALIZAÇÃO DO PARTO, REALIZANDO SOZINHO OS CUIDADOS DE REANIMAÇÃO DA RECÉM-NASCIDA. INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DEFERIDAS PELA SENTENÇA DEVEM SER MANTIDAS, À EXCEÇÃO DO PENSIONAMENTO À CRIANÇA, SOB CONDIÇÃO E IMPOSSÍVEL OCORRÊNCIA. APELAÇÃO DA RÉ JANE PROVIDA. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E APELO DO RÉU DÉCIO. Relatora: Des.^a Elisa Carpim Corrêa. 2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 10 maio 2023.

CAMPBELL, Meghan. Cedaw and Women's Intersecting Identities: A Pioneering New Approach to Intersectional Discrimination. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 479-504, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0479.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

CAREGNATO, Rita C. A.; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso *versus* análise de conteúdo. *Texto & Contexto Enfermagem*, Florianópolis, v. 15, n. 4, p. 679-684, out./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/tce/v15n4/v15n4a17.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CARLOS, Paula P. de. *Bioética e biodireito: discursos jurídicos acerca do aborto por grave anomalia fetal*. 2007. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2391>. Acesso em: 13 jun. 2020.

DINIZ, Simone Grilo. Gênero, saúde materna e o paradoxo perinatal. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 313-326, 2009.

D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; DINIZ, Simone G.; SCHRAIBER, Lilia B. Violence Against Women in Health Care Institutions: An Emerging Problem. *Lancet*, [s. l.], v. 359, n. 11, p. 1681-1685, 2002. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(02\)08592-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(02)08592-6/fulltext). Acesso em: 5 maio 2020.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução M. E. Galvo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GILL, Rosalind. Análise de discurso. In: BAUER, Martin; GASKELL, George (orgs.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2003.

JEREZ, Celeste M. *Partos “humanizados”, classe y género en la crítica a la violencia hacia las mujeres en los partos*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura em Ciências Antropológicas) – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

LAPPEMAN, Maura; SWARTZ, Leslie. How Gentle Must Violence Against Women Be in Order to Not Be Violent? Rethinking the Word “Violence” in Obstetric Settings. *Violence Against Women*, [s. l.], v. 27, n. 8, p. 987-1000, 2021.

LÉVESQUE, Sylvie; FERRON-PARAYRE, Audrey. To Use or Not to Use the Term “Obstetric Violence”: Commentary on the Article by Swartz and Lappeman. *Violence Against Women*, [s. l.], v. 27, n. 8, p. 1009-1018, jun. 2021. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1077801221996456>. Acesso em: 6 set. 2022.

REGINATO, Andréa D. de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira R. (org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

RELACAHUPAN – RED LATINOAMERICANAY DEL CARIBE PARA LA HUMANIZACIÓN DEL PARTO Y EL NACIMIENTO, 2017. Disponível em: www.soniacavia.com.ar/relacahupan.com.ar/lared.html. Acesso em: 6 set. 2022.

ROSS, Loretta; SOLINGER, Rickie. *Reproductive Justice: An Introduction*. California: University of California Press, 2017.

SALTER Cynthia L. *et al.* Naming Silence and Inadequate Obstetric Care as Obstetric Violence is a Necessary Step for Change. *Violence Against Women*, [s. l.], v. 27, n. 8, p. 1019-1027, jun. 2021. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33663282/>. Acesso em: 6 set. 2022.

SCHIOCCHET, Taysa; CARLOS, Paula P. de. Novas tecnologias reprodutivas e Direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. *Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 249-264, 2006. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/436>. Acesso em: 5 jun. 2020.

SCHRAIBER, Lilia B.; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; COUTO, Márcia Thereza. Violência e saúde: estudos científicos recentes. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 40, n. spe, p. 112-120, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102006000400016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 5 jun. 2020.

SILVEIRA, Cristina C. A interpretação do/no discurso jurídico. In: COLARES, Virgínia (org.). *Linguagem e Direito*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010.

VEÇOSO, Fábila F. C. *et al.* A pesquisa em Direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [s. l.], v. 1, n. 1, jan. 2014. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/10>. Acesso em: 12 jun. 2020.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*: 2ª versão. Colaboração Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: safE, 1995.

WILLIAMS, Caitlin R. *et al.* Obstetric Violence: A Latin American Legal Response to Mistreatment During Childbirth. *BJOG*, [s. l.], v. 125, n. 10, p. 1208-1211, set. 2018. Disponível em: <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1471-0528.15270>. Acesso em: 6 set. 2022.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. *In*: MACHADO, Maíra R. (org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 249-274. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SCHIOCCHET, Taysa; ARAGÃO, Suéllyn Mattos de. Panorama jurisprudencial da violência obstétrica e análise discursiva das decisões judiciais do sul do Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2321, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202321>

Taysa Schiocchet

DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR), COM PERÍODO DE ESTUDOS DOUTORAIS NA UNIVERSITÉ PARIS I (FRANÇA) E FLACSO (ARGENTINA). POSSUI PÓS-DOUTORADO EM DIREITO NA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA). PROFESSORA ADJUNTA DA FACULDADE DE DIREITO E DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFPR, PROFESSORA VISITANTE DA UNIVERSITÉ PARIS X, ADVOGADA E COORDENADORA DA CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFPR.

taysa_sc@hotmail.com

Suéllyn Mattos de Aragão

DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR), MESTRA EM SAÚDE COLETIVA PELA UFPR, ESPECIALISTA EM MEDICINA DO TRABALHO PELA UFPR, COM TÍTULO CONFERIDO PELA ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA E ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO (AMB/ANAMT). MÉDICA PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ (UNIVALI). PESQUISADORA ASSOCIADA DA CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS BIOTECJUS UFPR E DO GRUPO DE PESQUISA POLÍTICA, AVALIAÇÃO E GESTÃO EM SAÚDE DA UFPR. MÉDICA DA UFPR, MÉDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ (MPPR) E MÉDICA ASSISTENTE TÉCNICA EM DIREITO MÉDICO E ERRO MÉDICO.

suellyn@ufpr.br

Recebido: 27.04.2021

Aprovado: 25.01.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202322>

1 Tribunal Regional Eleitoral do
Pará, Novo Repartimento, Pará,
Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-7503-8092>

2 Universidade Federal do
Maranhão, São Luís, Maranhão,
Brasil

<https://orcid.org/0000-0001-5792-5440>



Ativismo judicial e Justiça Eleitoral em suas funções não judicantes: uma análise crítica

JUDICIAL ACTIVISM AND ELECTORAL JUSTICE IN ITS NON-JUDICIAL FUNCTIONS:
A CRITICAL ANALYSIS

Elder Maia Goltzman¹ e Newton Pereira Ramos Neto²

Resumo

O presente artigo busca responder em que medida o conceito tradicional de ativismo judicial pode ser transplantado para o exercício das funções não judicantes da Justiça Eleitoral, em especial a consultiva e a regulamentar, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Os Tribunais Regionais Eleitorais não fazem parte do escopo, pois cada estado da federação possui um, o que aumentaria a amostra e a complexidade da pesquisa. O texto adota metodologia jurídico-descritiva e analítica, e foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Foi feita revisão de literatura, especialmente por meio de pesquisas desenvolvidas em programas de pós-graduação em Direito e em Ciências Políticas, bem como por meio de revistas especializadas em direito eleitoral. A pesquisa tem por objetivos diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política; discorrer sobre as funções da Justiça Eleitoral e suas peculiaridades; assim como estudar como o ativismo tem impactado as resoluções expedidas e consultas respondidas pelo TSE. As resoluções apontadas como inovadoras no ordenamento jurídico foram escolhidas com base na repercussão acadêmica indicada em outras pesquisas, sobretudo de Salgado (2010) e Coelho (2014), e na análise da Res. n. 23.610/2019. As consultas, por sua vez, foram escolhidas tomando-se por base os julgamentos do ano de 2020, sendo analisadas 61. Destas, 48 não foram conhecidas, e o mérito de 13 foi estudado, apontando-se duas mais relevantes nos resultados.

Palavras-chave

Ativismo judicial; Justiça Eleitoral; Tribunal Superior Eleitoral; função consultiva; função regulamentar.

Abstract

This paper seeks to analyze to what extent the traditional concept of judicial activism can be considered to understand the non-judicial activities of Brazilian Electoral Justice, especially the resolutions and consults of the Superior Electoral Court. The Regional Electoral Courts were not studied since each Brazilian state holds one. This fact would amplify the data and complexity of the research, making it impossible to reach a conclusion. The paper uses both juridical-descriptive and analytical methodologies, and bibliographic and documental research techniques were used. It was made a literature review, especially by the data from Law and Political Science post-graduation programs in Brazil, as well as by journals specialized in Electoral Law, always comparing the information gathered to the resolutions and consults answered by the Electoral Superior Court. The research aims to differentiate judicial activism from the judicialization of politics; discuss the functions of the Electoral Justice and its peculiarities; as well as studying how activism has impacted the resolutions issued and consults answered by the Superior Electoral Court. The resolutions identified as innovative in the legal system were chosen based on the academic repercussion pointed out in other researches, especially the ones carried out by Salgado (2010) and Coelho (2014). The Resolution No. 23610/2019 was also analyzed. The consults, in turn, were chosen based on the judgments of the

year 2020. Sixty one (61) surveys filed at the Superior Electoral Court were analyzed, of which 48 were not known. Thus, the merit of 13 consultations was studied, pointing out two more relevant in the results.

Keywords

Judicial activism; Electoral Justice; Superior Electoral Court; consults; resolution.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como problema de pesquisa avaliar em que medida a Justiça Eleitoral (JE), no exercício de suas funções que não tenham caráter jurisdicional, tem adotado padrões atípicos no sentido de ir além de suas competências estabelecidas. Busca-se compreender se o conceito de ativismo judicial pode ser transplantado para as funções não judicantes que a JE possui. Entre as atribuições próprias desse ramo do Judiciário, dá-se maior atenção à consultiva, já que é exclusividade da JE, não observada nos demais ramos do Judiciário, nem mesmo de forma atípica.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 118, dispõe sobre a estrutura da JE, que é composta do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), dos juízes eleitorais e das juntas eleitorais. Neste artigo, optou-se por analisar os papéis desempenhados pela JE, adotando como parâmetro o TSE, por ser um órgão de cúpula e por ter jurisdição nacional. Além disso, o recorte do objeto fica mais delimitado, sobretudo porque todos os estados e o Distrito Federal sediam um TRE que expede resoluções e responde a consultas, cada um à sua maneira, sem que haja vinculação entre si. Os juízes e as juntas eleitorais não respondem a consultas ou expedem resoluções.

O artigo adota uma metodologia jurídico-descritiva e de cunho analítico (GUSTIN e DIAS, 2015). É descritiva porque tece considerações sobre a problemática estudada a ponto de demonstrar suas características e peculiaridades, e é analítica porque não se detém à descrição, também investiga sob um prisma crítico a matéria sob escrutínio e aponta incorreções percebidas.

A técnica de pesquisa consistiu, em sua maior parte, no levantamento bibliográfico, a fim de identificar o estado da arte acerca da temática. Também foi utilizada a análise documental das resoluções do TSE, da legislação relacionada e dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às ações de controle de constitucionalidade que impugnaram dispositivos editados pelo TSE.

Este artigo tem como objetivo debater o fenômeno do ativismo judicial no contexto da JE, especificamente no exercício de suas funções regulamentar e consultiva. A função administrativa é tratada de maneira breve.

Para atingir os fins propostos, o artigo foi dividido em três partes. Inicialmente, discute-se o que se entende por ativismo judicial, traçando-se distinções conceituais no que toca à judicialização da política. Após, descreve-se a função administrativa e regulamentar da JE, para, em seguida, debater como as resoluções do TSE têm inovado no Direito e agido de maneira ativista. As resoluções apontadas como inovadoras no ordenamento jurídico foram escolhidas com base na repercussão acadêmica indicada em outras pesquisas, sobretudo em Salgado (2010) e Coelho (2014). Dispositivos contidos na Resolução (Res.) n. 23.610/2019 também foram estudados e mencionados.

Por fim, discorre-se sobre a atribuição consultiva da JE, seus requisitos e caracteres especiais e, novamente, há um cotejo das consultas respondidas pelo TSE e o ativismo judicial. As consultas, por sua vez, foram escolhidas tomando-se por base os julgamentos do ano de 2020. Analisaram-se 61 consultas julgadas no TSE; destas, 48 não foram conhecidas. Assim, o mérito de 13 consultas foi estudado, apontando-se duas mais relevantes nos resultados.

1. ATIVISMO JUDICIAL: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HERMENÊUTICA DO TERMO E SUA DISTINÇÃO DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Não há como tratar de ativismo judicial sem antes contextualizar em que sentido a expressão é empregada e em qual espaço-tempo o objeto de estudo está inserido.

As constituições liberais modernas estão alicerçadas na concepção de Montesquieu sobre a separação dos Poderes. A teoria do filósofo francês surge como uma resposta à concentração de poder observada nos Estados absolutistas e visa criar um sistema de contenção do poder pelo poder (CANELA JUNIOR, 2012). No sistema idealizado por ele, os poderes atuariam decidindo dentro de suas esferas de competência, semelhante à forma como se vislumbra a estruturação do Estado nos países ocidentais de hoje (CARLOS, 2017).¹

A CF/88 adota a concepção do poder uno, mas tripartido, quando assevera em seu art. 2º que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ocorre que, “nas últimas décadas, o mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para tribunais, tanto domésticos, quanto supranacionais” (HIRSCHL, 2009, p. 139). Isso, na prática, significa dizer que questões de cunho eminentemente político passaram a ser debatidas e decididas não mais apenas pelo Legislativo, mas também pelo Judiciário.

...

1 Este artigo não visa prover minúcias acerca da separação dos poderes por entender que foge do escopo da proposta. No entanto, para melhor compreensão da temática, consultar Carlos (2017).

Para ilustrar com um dado histórico recente, em junho de 2019, o STF, por maioria, equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo como resultado do julgamento de duas ações relevantes.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, com relatoria do ministro Celso de Mello, e o Mandado de Injunção (MI) n. 4733, tendo por relator o ministro Edson Fachin, reconheceram a mora do Congresso Nacional em legislar sobre a temática e, até que sobrevenha legislação federal, ordenaram a aplicação da Lei n. 7.716/1989 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Não se olvida que, por disposição do art. 22, I, da Carta Magna, compete privativamente à União legislar sobre direito penal e que somente por meio de lei estrita é possível tipificar condutas penalmente relevantes, em homenagem ao princípio da legalidade previsto em seu art. 5º, XXXIX. O comportamento ativo do STF, que acabou por criar uma figura típica por meio de uma construção decisionista, foi considerado indevido por algumas vozes, reputando abusiva a interpretação sob a justificativa de que “a criação de leis é tarefa afeta exclusivamente ao Poder Legislativo. Não se pode transigir com a estrita legalidade penal” (SANTOS e GARCIA, 2019, p. 315).²

Embora exista ampla literatura nacional e estrangeira sobre a matéria,³ ainda, atualmente, suscitam-se questionamentos sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário quando decide questões tidas como políticas por natureza.

Nesse cenário de constante judicialização de aspectos políticos foi que Maus (2000) cunhou a visão do Poder Judiciário como o superego de uma sociedade órfã.⁴ Em sua teoria, pensada a partir da Alemanha do fim dos anos 1980, Maus (2000) defende que tanto a sociedade quanto a família se afastaram da figura do pai. A construção da psique individual, para a

...

2 Por outro lado, é importante tecer um contraponto de que os atores políticos preferem que o Poder Judiciário seja o local de discussão de temas nos quais exista um desacordo moral razoável na sociedade (BARROSO, 2018). Portanto, a deliberação sobre assuntos que sejam divisivos, tais como uniões homoafetivas e aborto, é objeto de judicialização para que se evite o desgaste de debates no parlamento.

3 Por entender o caráter abrangente do texto, indica-se a pesquisa de Barroso (2010).

4 O superego é um elemento da teoria freudiana que divide a estrutura psíquica dos indivíduos em três partes: id, ego e superego. Em síntese, o id é o inconsciente, fonte de energia pulsional e busca a obtenção do prazer imediato, eliminando o desprazer. O ego tem uma parte consciente e outra inconsciente, sendo responsável pela percepção da realidade e do comportamento social para que o sujeito seja considerado civilizado (CARLONI, 2011, p. 4). Já o superego é responsável por estabelecer e manter a consciência moral da pessoa, a partir de ideais e valores internalizados por meio das relações com as figuras parentais (GUANAES e JAPUR, 2003, p. 136).

autora, passou a ser ditada pelas diretrizes oriundas das relações sociais, e não mais pela intermediação paterna.

Após a queda da monarquia alemã, a pensadora sustenta que o povo perdeu um importante símbolo de sua identidade e encontrou como substituto os direitos fundamentais previstos na CF, bem como os intérpretes judiciais (MAUS, 2000).

Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça. (MAUS, 2000, p. 186)

Assim é que o próprio povo legitimou, em sua consciência, o processo de transferência da discussão política para o Judiciário. Não raro os políticos, no imaginário popular, são figuras corruptas, envolvidas em esquemas ilegais para obtenção de vantagens pessoais, enquanto os juízes são idealizados como cidadãos honestos, cumpridores de seus deveres e aplicadores da lei. Funcionam como pais que guiam a família pelo caminho do justo e do correto.

Alguns acontecimentos históricos contribuíram para essa leitura feita pelos sujeitos. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, há um fortalecimento do constitucionalismo e da jurisdição constitucional. A CF deixa de ser lida como um documento político cuja implementação depende de atitudes proativas do Executivo e do Legislativo para ser compreendida como uma norma jurídica que impõe deveres de atuação ao Estado e tem no Judiciário seu intérprete e guardião, especialmente por meio do controle de constitucionalidade (BARROSO, 2010).

Como consequência dessa mudança na forma de pensar o papel institucional do Judiciário e da própria CF, as relações sociais e políticas passaram a ser judicializadas com frequência. Por judicialização da política entende-se que temáticas importantes do “ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSO, 2010, p. 4).

A judicialização da política não é exclusividade do Brasil e pode ser observada ao redor do globo (HIRSCHL, 2009). Apontam-se como principais causas a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral, que minou a confiança da população na classe política; o fortalecimento e a independência do Judiciário; e, especialmente, a conivência da classe política que prefere que o Judiciário decida matérias polêmicas que geram desgaste da imagem junto ao eleitorado (BARROSO, 2010).

A judicialização excessiva também encontra abrigo no arranjo constitucional brasileiro. A Carta Magna de 1988 é analítica, axiológica e com uma gama de direitos e garantias fundamentais que são expressos por princípios. A dignidade da pessoa humana, por exemplo,

insculpida no art. 1º, III, é considerada um fundamento da República Federativa do Brasil. Contudo, por ser um conceito jurídico vago e indeterminado, pode abarcar uma série de situações concretas que dão amparo constitucional aos conflitos, tais como o tempo de espera nas filas em bancos (ALVARENGA e CARVALHO, 2014).

A judicialização da política e o ativismo judicial, embora relacionados, não são sinônimos. A expressão “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos. É usada, geralmente, em tom de crítica à atuação do Judiciário e significa “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2010, p. 9).

O ativismo judicial é visto como uma conduta proativa dos juízes, principalmente na interpretação constitucional (SILVA e GOLAMBIUK, 2017). Refere-se a uma atitude expansiva dos juízes que, deliberadamente, decidem para além das competências previstas no texto constitucional. Por essa razão é que o ativismo judicial é acusado de não possuir legitimidade democrática, uma vez que os magistrados, “mesmo não escolhidos pela vontade popular, ditam as preferências do Estado, intrometendo-se em questões afeitas aos órgãos eleitos pelo povo para tomar estas decisões” (MAIA, 2010, p. 62).

O Brasil não está imune ao comportamento ativista do Judiciário, o que pode ser percebido, inclusive, em decisões do STF (HASSELMANN, 2019). Como o país adota um sistema de controle de constitucionalidade tanto difuso (qualquer juiz de primeira instância pode considerar uma lei inconstitucional se esta for a causa de pedir que dá suporte à ação ajuizada) quanto concentrado (hipótese em que o próprio pedido é a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, caso de competência exclusiva do STF), é possível notar, muitas vezes, uma inclinação ativista na atuação de parcela da magistratura nacional, seja realizando controle de constitucionalidade, seja prolatando decisões aparentemente principiológicas, porém sem base normativa. Os exemplos abundam.

As instâncias inferiores, mais perto do cidadão, estão a todo vapor procurando a melhor maneira de fazer Justiça, ainda que para isso precisem ir além do que diz a lei. A prática, embora comum, ainda é polêmica. É vista com bons olhos por uma parte da comunidade jurídica, que considera importante que o Judiciário supra a inércia legislativa do Congresso. Já outra parte entende que juízes não podem inventar normas, mesmo que seja para garantir direitos. Recentemente, um juiz da cidade de Taperoão (PB) determinou toque de recolher às 21h para menores de 12 anos. Em Conceição de Coité (BA), um juiz condenou um homem por furto, mas não mandou para cadeia. A pena, neste caso, foi arrumar um emprego. Na Paraíba, o toque de recolher imposto teve como base os altos índices de violência na região. Na Bahia, o juiz agraciou o acusado por entender que ele passou a infância e adolescência lançado à sorte, esquecido pelo Estado.

Em Goiás, a titular do Juizado Especial de Águas Lindas criou um projeto chamado Kit Educação, que consiste na compra de material escolar com dinheiro das transações penais.

Juízes de execução criminal de Porto Alegre decidiram há um mês que, sem vagas no sistema prisional, mandados de prisão não deverão ser expedidos no Rio Grande do Sul. (MILÍCIO, 2009)

A JE, que será tema central de análise neste artigo, não passa ao largo desse movimento de maximização política decisória.

Em decorrência de julgados ocorridos sobretudo nos últimos anos, a JE tem sido, por vezes, questionada por agir para além das suas competências, criando obrigações e inovando no Direito. Andrade Neto (2016, p. 283-284) exemplifica com os casos da “verticalização das coligações, [d]o número de vereadores por município, [d]a cláusula de desempenho, [d]a distribuição do fundo partidário e [d]a infidelidade partidária”.

Ocorre que o desenho institucional da JE lhe confere prerrogativas e funções que não são observadas em nenhum outro braço do Judiciário pátrio e que favorecem posicionamentos mais ativistas, como será adiante demonstrado.

A CF/88, em seu art. 121, prescreve que lei complementar (LC) disporá sobre a organização e a competência dos tribunais eleitorais, dos juízes e das juntas eleitorais. O Código Eleitoral (CE) vigente, que data de 1965, por ser anterior ao texto constitucional, foi recepcionado como lei materialmente complementar “na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral” (BRASIL, 2007, p. 2).

A opção do legislador brasileiro foi que, para além de um órgão jurisdicional, a JE concentrasse também as demais atividades relativas à governança eleitoral. Marchetti (2008, p. 866) conceitua governança eleitoral “como o conjunto de regras e instituições que organizam a competição político-eleitoral”. Zauli (2011, p. 260) explana que existe uma gama de arranjos institucionais possíveis para que as eleições ocorram com integridade e que “tais arranjos têm sido captados na literatura de Ciência Política por meio do uso da expressão ‘governança eleitoral’, que procura designar o conjunto de regras e de instituições que definem a competição político-eleitoral”.

A governança eleitoral opera em três níveis: *rule making*, *rule application* e *rule adjudication*. O *rule making* corresponde ao processo legislativo que pauta as regras escolhidas para a corrida eleitoral.

Nesse nível da governança eleitoral é que são determinados, por exemplo, a fórmula eleitoral, os distritos eleitorais, a magnitude das eleições, as datas em que serão realizadas e outras questões legais que permitam aos concorrentes a segurança de como o jogo será jogado. (MARCHETTI, 2008, p. 867)

A seu turno, o *rule application* relaciona-se à aplicação e ao gerenciamento dessas regras, como o registro dos partidos políticos, a inscrição dos eleitores, as regras de transparência, a distribuição das urnas e os demais procedimentos do dia do pleito. É uma instância de

administração do processo eleitoral como um todo. Por fim, o *rule adjudication* refere-se ao contencioso eleitoral e à forma de resolução dos conflitos entre candidatos e demais lides ligadas ao pleito (MARCHETTI, 2008).

É comum que esses três níveis de governança não estejam todos vinculados a um único órgão,⁵ podendo cada país fazer a escolha que melhor atenda às suas necessidades. O órgão de governança pode ter caráter partidário (Colômbia) ou apartidário (Coreia do Sul); pode ser vinculado ao Executivo (Alemanha e Áustria) ou independente dele (Austrália e Canadá).⁶

A estrutura do Organismo Eleitoral (OE)⁷ brasileiro difere dos equivalentes internacionais. Na América Latina, os únicos países que concentram “as atividades da governança eleitoral em único organismo eleitoral, e que excluem o Legislativo de sua formação, são o Brasil e a Costa Rica” (PEREIRA, 2012, p. 44).

Desde sua constitucionalização na Carta Magna de 1934, a formação do OE pátrio permanece basicamente a mesma, com exceção das mudanças ocorridas na CF de 1937. A escolha do Judiciário como OE no Brasil tem por fundamento a ideia de que ele possui a imparcialidade e a autonomia necessárias para garantir a higidez do processo eleitoral e a preservação do interesse coletivo (BARRETO, 2015). Assim, o OE do país é independente, porque não está vinculado ao Executivo (tampouco ao Legislativo), e apartidário, pois os servidores ingressam por concurso e os magistrados são investidos na forma designada pelo texto constitucional.

Em retrospectiva, Zauli (2011, p. 264-265) rememora:

O atual modelo de governança eleitoral utilizado no Brasil surgiu como parte das mudanças institucionais realizadas no Brasil na esteira da Revolução de 1930. Com relação às eleições, tratou-se então de restringir a participação dos Poderes Legislativo e Executivo na organização e execução dos procedimentos eleitorais mediante a criação da Justiça Eleitoral [...]. Ainda que não tenha eliminado de vez todo e qualquer desvirtuamento dos processos eleitorais, a atribuição à Justiça Eleitoral de poderes antes a cargo de outros atores contribuiu para a melhoria dos índices de confiança nos resultados das eleições [...].

...

5 Para compreender as possibilidades de órgãos de governança eleitoral, consultar Marchetti (2008).

6 Dados compilados pelo *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA) e reproduzidos em pesquisa de Marchetti (2008), pelo que pode haver alterações atualmente.

7 Barreto (2015) sintetiza que os OEs têm suas competências estabelecidas em lei ou no texto constitucional e, em regra, são responsáveis pela solução dos litígios entre os competidores (*rule adjudication*) e pelo gerenciamento do processo eleitoral (*rule application*).

O órgão de cúpula do OE nacional é o TSE. A composição do tribunal está disposta no art. 119 da Carta Magna, sendo: três juízes entre os ministros do STF; dois juízes entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ); e dois juízes de notável saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo STF – que, para cada vaga, forma uma lista tríplice com nomes de advogados – e escolhidos por nomeação do presidente da República. Pela regra, o STF faz-se presente por meio de três ministros e ainda interfere na escolha de outros dois (advogados). “No mínimo, podemos dizer que esses advogados serão indicados de acordo com um perfil projetado e esperado pelos ministros da Corte Constitucional” (MARCHETTI, 2008, p. 884). Essa participação do Supremo por intersecção faz com que o TSE, na prática, atue sob forte influência do STF.

Ainda que aja em funções outras que não a judicante, o TSE altera regras da governança eleitoral por interpretação do texto constitucional ou legal.⁸ No entanto, o STF, no exercício da interpretação do texto constitucional, também modifica as normas dos processos eleitorais sem que sejam percebidos conflitos interpretativos entre os dois tribunais. Observa-se que o Supremo acaba “por entender que a interpretação do TSE é a última palavra em matéria eleitoral. Quando o STF decide sobre um tema acerca do qual já recebeu interpretação do TSE, não há divergência entre suas decisões; elas acabam se reforçando” (MARCHETTI, 2008, p. 866).

Dessa forma, mesmo atuando como órgão de governança em questões de *rule making* e *rule application*, o TSE funciona como Corte interpretativa e acaba modificando, criando e extinguindo obrigações sem que haja autorização legal ou controle externo de fundo constitucional por parte do STF. Tratando especificamente da função consultiva, Zauli (2011, p. 272) reflete que “é patente o papel político dos juízes eleitorais quando o TSE exerce uma competência análoga à função de *policy review*, em larga medida desempenhada por tribunais constitucionais no exercício do controle de constitucionalidade”.

Para Zauli (2011, p. 283), “em certa medida, algo semelhante à crítica ao poder de revisão judicial vem ocorrendo com relação à participação da Justiça Eleitoral” nos processos eleitorais no Brasil”. No modelo concentrado brasileiro, os comportamentos proativos eventualmente adotados pelo TSE, como órgão jurisdicional, acabam por se refletir, influenciar e fundamentar condutas similares no desempenho das suas funções de governança eleitoral, com o que por vezes age, também nesses espectros, para além das competências estabelecidas na legislação, como se observa na seção a seguir.

...

⁸ Esse ponto será desenvolvido adiante, quando da análise da função consultiva.

2. A JE E AS SUAS FUNÇÕES EM COTEJO COM O ATIVISMO

A JE brasileira, conquanto seja órgão do Poder Judiciário, tem atribuições outras, para além da judicante, que lhe dão contornos especiais, sendo elas: administrativa, normativa e consultiva.⁹

Quanto à primeira dessas atribuições, é certo que os ramos do Poder Judiciário (justiça estadual, federal, trabalhista, eleitoral e militar) exercem funções administrativas atípicas, tais como licitação para contratação de obras e serviços (art. 37, XXI, da CF/88) e realização de concurso público para provimento de seus cargos (art. 37, II, da CF/88). Contudo, somente a JE tem a responsabilidade de administrar o processo eleitoral (COELHO, 2014).

Nesse sentido é que “sua atuação vai desde a inscrição de eleitores e candidatos até a proclamação de resultados” (SADEK, 2014, p. 8). No Brasil, por expressa disposição constitucional, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e facultativos para os analfabetos, maiores de 70 anos, maiores de 16 anos e menores de 18 anos (art. 14, § 1º). Alistamento é o termo que designa a inscrição do eleitor como tal. A coleta dos dados pessoais e biométricos para emissão do título de eleitor, bem como a gestão desse cadastro, ficam sob responsabilidade da JE, nos moldes do prescrito pela Lei n. 7.444, de 20 de dezembro de 1985, e pela Res. TSE n. 21.538, de 14 de outubro de 2003.

As responsabilidades da JE, como OE responsável pelo *rule application*, passam por tarefas sem as quais os pleitos eleitorais não ocorreriam de forma célere, transparente e democrática (no sentido de amplo escrutínio e participação popular). Citam-se, como casos que representam essa visão, a convocação de mesários (art. 119 e ss. do CE), as audiências públicas de geração das mídias,¹⁰ as cerimônias de preparação das urnas,¹¹ a totalização dos votos, a fiscalização da propaganda eleitoral e o exercício do poder de polícia na propaganda.¹²

...

9 Conquanto haja quem defenda que a função consultiva seja um desdobramento da função administrativa, não constituindo uma competência em si mesma (COSTA, 2016), neste artigo adota-se o pensamento de Zílio (2020), que a considera uma atribuição própria e especial da JE.

10 As mídias aqui tratadas, de acordo com a Res. TSE n. 23.611/2019, referem-se aos dispositivos utilizados para carga da urna, votação, ativação de aplicativos de urna e gravação de resultado.

11 A Res. TSE n. 23.611/2019, art. 66, aponta que a preparação das urnas será realizada em cerimônia pública presidida pelo juiz eleitoral, autoridade ou comissão designada pelo TRE.

12 A Lei Geral das Eleições (Lei n. 9.504/1997) afirma que o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos TREs. O mesmo dispositivo ressalva que o poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

Nesse sentido, a função administrativa da JE não pode ser compreendida como um exercício atípico do poder de administrar. Na organização das eleições e na gestão do cadastro eleitoral, para mencionar dois pilares de sua atuação, é dever constitucional e legal desse ramo especializado do Judiciário executar procedimentos que são administrativos por natureza, como o deferimento de uma transferência de domicílio eleitoral ou a expedição de um diploma.

É importante ressaltar que o controle jurisdicional dos atos administrativos praticados pelo OE na gestão das eleições é realizado por ele próprio, mas agora no papel de órgão jurisdicional. Assim, caso algum material de propaganda irregular seja apreendido mediante o poder de polícia do magistrado, a eventual representação por propaganda irregular ajuizada será julgada pela própria JE. O acúmulo dessas funções em um único organismo faz com que o controle dos atos seja feito por ele mesmo, sem escrutínio externo.

O modelo de governança eleitoral mantido pelo constituinte de 1988, e que foi inserido no Brasil em 1932, com a criação da JE, responde a uma demanda social que busca eleições limpas, portadoras de liberdade e confiabilidade. A JE, nesse diapasão, constitui um “órgão neutro, equidistante das forças político-partidárias, com jurisdição sobre eleitores” (SADEK, 2014, p. 8) e representa a imparcialidade necessária para a organização do pleito, sobretudo porque seus membros e servidores têm vedação ao exercício de atividades vinculadas aos partidos políticos (art. 366 do CE e art. 95, parágrafo único, III, da CF/88).¹³

A segunda função peculiar da JE é a normativa. O CE, em seu art. 1º, parágrafo único, prescreve que o TSE tem o poder de expedir instruções para a sua fiel execução, e no art. 23, IX, afirma que o Tribunal pode expedir as instruções que julgar convenientes à execução do código. O mesmo diploma concede ao TSE e aos TREs (arts. 23, I, e 30, I) a prerrogativa de elaborar seus regimentos internos.¹⁴

Assim, com respaldo na função normativa, o TSE expede resoluções em variadas matérias, que vão desde a requisição de servidores de outros órgãos (Res. TSE n. 23.523/2017) até o

...

¹³ O TSE, em resposta à Consulta n. 1.164, formulada pelo então senador Efraim de Araújo Moraes e relatada pelo ministro Cesar Asfor Rocha, ponderou que o servidor da JE, para se candidatar a cargo eletivo, necessariamente, terá de se exonerar do cargo público em tempo hábil para o cumprimento da exigência legal de filiação partidária, ainda que pretenda concorrer em outro estado da Federação diverso do estado de seu domicílio profissional.

¹⁴ O Projeto de Lei Complementar que institui o Novo Código Eleitoral propõe, no art. 129, § 1º, que, “na hipótese de regulamento que exorbite os limites e atribuições materiais previstos neste artigo, poderá o Congresso Nacional, nos termos da Constituição Federal e de seus respectivos regimentos, sustá-lo com eficácia imediata ou prospectiva, no todo ou em parte, mediante decreto legislativo”. Acredita-se que a proposta seja uma reação às resoluções que inovaram e criaram normas não previstas em lei. Como exemplo, citam-se os arts. 9º e 9º-A da Res. TSE n. 23.610/2019, inseridos pela Res. TSE n. 23.671/2021.

procedimento adotado para a prestação de contas anuais dos partidos políticos em todas as esferas (nacional, estadual, municipal e zonal) (Res. TSE n. 23.604/2019).

Ocorre que, como mencionado, o CE data de 1965 e a CF, de 1988. Por isso, com base em uma interpretação sistemática, sobretudo porque a Lei Maior não permite regulamentos autônomos, pondera-se que a função normativa da JE é constitucional se, e somente se, minudenciar leis existentes, mas não para inovar no ordenamento jurídico criando direitos ou obrigações.¹⁵ “O exercício de expedir regulamentos é legal, porém, o Judiciário não pode usar dessa competência para exasperar sua atuação e, em vez de somente regulamentar a legislação já existente, ampliar, restringir ou criar direitos e deveres que a lei não ordena” (MAIA, 2010, p. 86).

Recentemente, o STF, no julgamento da ADI n. 6.032/2019, declarou parcialmente procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme a CF às normas do art. 47, *caput* e § 2º, da Res. TSE n. 23.432/2014; do art. 48, *caput* e § 2º, da Res. TSE n. 23.546/2017; e do art. 42, *caput*, da Res. TSE n. 23.571/2018. Com isso, afastou qualquer interpretação que permita que a sanção de suspensão do registro ou anotação do órgão partidário regional ou municipal seja aplicada de forma automática, como consequência da decisão que julga as contas não prestadas, assegurando que tal penalidade somente possa ser aplicada após decisão, com trânsito em julgado, decorrente de procedimento específico de suspensão de registro, conforme prevê o art. 28 da Lei n. 9.096/1995.

O principal fundamento da ação foi de que o TSE teria exorbitado de sua função normativa e usurpado a competência legislativa do Congresso Nacional acerca da matéria eleitoral (art. 22, I, da CF/88), e criado sanção diversa da prevista em lei. Ora, “se admitida a expedição de resoluções, seu conteúdo deve estar adstrito aos expedientes de regulamentação da aplicação da lei” (JARDIM, HELPA e SILVA, 2017, p. 256).

Zilio (2019, p. 92) afirma que há reconhecimento de que o TSE tem agido com excesso no uso das resoluções, o que lhes daria uma face ativista. De fato, há casos emblemáticos em que a Corte agiu com excesso de poderes. Com a edição da Res. TSE n. 22.610/2007, ocorreu a criação da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária nas hipóteses de ausência de justa causa para que candidatos eleitos se desfiliassem dos grêmios políticos. Já a Res. TSE n. 23.389/2013 redefiniu a quantidade de deputados federais e, por consequência, readequou as cadeiras das assembleias legislativas e da Câmara Distrital (COELHO, 2014). Essa última, inclusive, julgada inconstitucional pelo STF, no bojo da ADI n. 4.947, por invadir a competência do Legislativo.

...

¹⁵ Consoante será demonstrado adiante, há quem entenda (por exemplo, Salgado [2010, p. 305]) que a função regulamentar, nesses moldes, é inconstitucional.

Entretanto, nem sempre comportamentos ativistas do TSE em suas resoluções são barrados no Supremo. Como apontado, na maioria das ocasiões, acabam encampados pelo STF (MARCHETTI, 2008). A Res. TSE n. 22.610/2007, citada anteriormente, foi objeto da ADI n. 3.999, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, e teve sua constitucionalidade reconhecida. O argumento utilizado foi o de que a norma impugnada surgiu em um contexto excepcional e transitório, como mecanismo de salvaguarda da observância da fidelidade partidária, enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciou.

Outra situação em que o Supremo ratificou uma resolução do TSE que inovou no ordenamento jurídico, indo além do poder regulamentar, foi no julgamento da ADI n. 5.122, que impugnou a Res. TSE n. 23.404/2014. A norma da Corte Eleitoral introduziu a proibição de propaganda eleitoral por *telemarketing* em seu art. 24, § 2º. A base normativa apontada como justificadora foi o art. 243, VI, do CE,¹⁶ assim como o art. 5º, X e XI, da CF.¹⁷

No entanto, a propaganda eleitoral é entendida como um desdobramento da liberdade de expressão no campo político. “Só há que se falar em propaganda política atrelada à ideia de liberdade. E a liberdade da propaganda política decorre diretamente da liberdade de expressão insculpida na Constituição Federal” (PECCININ, 2013, p. 329). Logo, qualquer limitação nesse campo deve ser oriunda de lei em sentido formal e material, com os debates necessários sendo travados pelo parlamento. Osorio (2017, p. 426) estabelece um critério tripartite para qualquer limitação: “(i) o respeito ao princípio da reserva legal, (ii) o objetivo de proteção de outros interesses e valores constitucionalmente tutelados de elevado valor axiológico, e (iii) a observância do princípio da proporcionalidade”.

Não obstante, o STF, ao julgar a ADI n. 5.122, reconheceu a limitação criada pelo TSE como constitucional. Em seu voto, o relator ministro Edson Fachin não só afirmou que inexistia regramento legal na matéria, mas também pontuou que a função normativa do TSE nesse campo é importante.

...

16 “Art. 243. Não será tolerada propaganda: [...] VI – que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; [...]” (BRASIL, 1965).

17 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; [...]” (BRASIL, 1988).

As adaptações legislativas são arrastadas pelo advento de novas tecnologias. A preocupação do legislador em relação às propagandas eleitorais pelos meios de comunicação de massa deve-se ao fato de que a detenção dos instrumentos e meios de comunicação sempre significou o poder de exercer influência no processo político-decisório, criando, assim, a necessidade de um rígido controle nesse setor pela legislação eleitoral.

Assim, a ausência de previsão legal quanto à promoção de campanhas eleitorais por meio das novas tecnologias comunicacionais não significa a permissão para seu uso indiscriminado e irrestrito. É nesse silêncio normativo que a atuação da Justiça Eleitoral por meio de Resoluções ganha maior importância, ao exigir dos partidos políticos e dos candidatos a observância aos princípios e diretrizes traçados pela legislação eleitoral em vigor. (BRASIL, 2018, p. 9-10)

Analisando os fundamentos da decisão, percebe-se que há a limitação de um direito fundamental a partir de ato infralegal, circunstância apta a proporcionar usurpação da competência do Congresso Nacional. O agigantamento da função regulamentar do TSE, que não tem como base legitimadora a CF/88, mas sim o CE, pode se revelar prejudicial à democracia porque fomenta a atuação legiferante de um órgão que, no arranjo institucional previsto na Carta Magna, não tem como atribuição criar leis em seu sentido geral, abstrato e inovador.

Para citar dois exemplos, apontam-se os arts. 9º e 9º-A da Res. TSE n. 23.610/2019, que versam sobre a desinformação na propaganda eleitoral, a seguir transcritos:¹⁸

Da Desinformação na Propaganda Eleitoral

Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiras(os), pressupõe que a candidata, o candidato, o partido, a federação ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se as pessoas responsáveis ao disposto no art. 58 da Lei nº 9.504/1997, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal (Redação dada pela Resolução nº 23.671/2021).

Art. 9º-A.^[19] É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral,

...

¹⁸ Goltzman (2022, p. 106) define desinformação como “conteúdo pensado, criado – ou editado – e disseminado para que uma pessoa ou grupo, idealizador ou contratante, ganhe algum proveito – econômico, político, concorrencial etc. – através do ato de causar dano, utilizando multimeios e elementos da psicologia – vieses, gatilhos emocionais – para manipular, driblar a racionalidade e enganar pessoas em um dado contexto”.

¹⁹ O art. 9-A da Res. n. 23.610/2019 foi revogado pela Res. n. 23.714/2022. Todavia, o texto está praticamente reproduzido no art. 2 desta última: “Art. 2º. É vedada, nos termos do Código Eleitoral, a divulgação

inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação (Incluído pela Resolução nº 23.671/2021). (BRASIL, 2019a)

Inicialmente, afirma-se que é importante e salutar a preocupação que a JE tem tido com o enfrentamento da desinformação relacionada ao processo eleitoral. Foi criado um programa permanente, de cunho não sancionatório e com abordagem multidisciplinar, que, para o pleito de 2022, tem três pilares: informar, capacitar e responder. Informar, porque busca disseminar junto à população informação oficial, confiável e de qualidade. Capacitar, pois visa educar a sociedade para compreender a desinformação e conhecer o processo eleitoral. Por fim, explicar as situações que geram dúvidas e têm potencial de desinformar o eleitorado (BRASIL, 2022).²⁰

A despeito da intenção de resguardar a integridade do pleito, não há correspondente legislativo ao disposto no art. 9º. Trata-se de uma inovação feita pela JE por meio de sua função regulamentar que criou, inclusive, uma presunção aos candidatos: qualquer conteúdo por eles repassado durante a propaganda pressupõe que verificaram a fidedignidade da informação, com possibilidade de persecução penal, a depender do caso concreto.

Ramayana (2019, p. 97) explica que “o poder regulamentar deve situar-se *secundum legem* e *praeter legem*, sob pena de invalidação e, em atendimento ao disposto no art. 5º, inc. II, da CF, pois ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’”. No caso do art. 9º, o que ocorre é a criação do direito, sem qualquer trâmite legislativo, debate no parlamento e sem a existência de lei. Não se percebe base normativa que ampare a prescrição prevista no texto da resolução.

Já o art. 9º-A é a positivação em norma do julgamento realizado pelo TSE no Recurso Ordinário Eleitoral n. 060397598/PR, cujo acórdão data de 28 de setembro de 2021, e teve como relator o ministro Luis Felipe Salomão.

Na origem, foi ajuizada uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral em desfavor do então deputado federal Fernando Destito Francischini, que, no pleito de 2018, disputou e venceu as eleições para o cargo de deputado estadual pelo Partido Social Liberal (PSL), no Paraná.

No dia do pleito, às 16h38min, portanto, próximo ao fim da votação, o candidato iniciou uma *live* na plataforma *Facebook* em que teria afirmado que estava munido de provas que comprovavam fraudes existentes em urnas eletrônicas no estado do Paraná. Conforme registro

...

ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos”.

²⁰ Caso o leitor queira consultar o plano estratégico, para as eleições 2022, do Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação, verificar Brasil (2022).

feito na decisão, o parlamentar aduziu que estava fazendo a denúncia na condição de delegado da Polícia Federal e de deputado federal, condição que lhe concederia imunidade.

O Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE-PR), em seu julgamento, entendeu que o uso indevido dos meios de comunicação não fora configurado, uma vez que este necessitaria da utilização de veículos de imprensa, como rádio, jornal ou televisão, em benefício de determinado candidato, seja pela concessão, em seu favor, de espaço privilegiado na mídia, seja pela crítica abusiva aos demais concorrentes (propaganda eleitoral negativa). Para o regional paranaense, aplicativos de mensagens e contas pessoais em redes sociais não se amoldariam ao conceito legal.

O Ministério Público Eleitoral levou a questão ao TSE. A Corte consolidou o entendimento de que a internet e as redes sociais se enquadram, sim, no conceito de “veículos ou meios de comunicação social” a que alude o art. 22 da LC n. 64/1990. No entendimento do órgão, o art. 22 contém uma definição de tipo aberto.

Assim, nota-se que a conclusão atingida pelo TSE no julgamento do Recurso Ordinário Eleitoral n. 060397598/PR foi consolidada e escrita no art. 9º-A, como se norma fosse. Não é razoável que a Corte Eleitoral coloque seus julgamentos em forma de artigos de resolução quando não existe lei estrita que tenha aquele comando, sobretudo quando se trata do julgamento de um único caso.

Não se pode afirmar, na hipótese do art. 9º-A, que foi uma espécie de posituação da jurisprudência porque nem mesmo jurisprudência se tem, mas tão somente uma decisão que ainda é objeto de debate. Recentemente, o ministro Nunes Marques, inclusive, chegou a afastar a decisão do TSE quando concedeu a Tutela Provisória Antecedente 39. Todavia, o entendimento da Corte Eleitoral prevaleceu após julgamento da Segunda Turma do STF, que restabeleceu a decisão por três votos a dois.

Nesse sentido, é possível perceber que o conceito de ativismo pode ser transladado para a função regulamentar da JE. Ela tem ido além das competências que lhe foram designadas no CE e na CF, e acaba por inovar na ordem jurídica.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar a terceira função especial da JE, isto é, a consultiva, para a qual a próxima seção está destinada.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA FUNÇÃO CONSULTIVA DO JUDICIÁRIO ELEITORAL

Assim como ocorre com a atividade normativa da JE, sua função consultiva não foi prevista na CF vigente. O CE traz, em seu art. 23, XII, que compete privativamente ao TSE “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político”.²¹ Lado outro, o art. 30, VIII,

...

21 O Projeto de Lei Complementar que institui o Novo Código de Processo Eleitoral retira o dispositivo

do mesmo diploma aponta que é de competência privativa dos TREs “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político”.²²

Embora o TSE seja um órgão do Poder Judiciário, responde a consultas, o que é uma peculiaridade da Corte. “O Código Eleitoral fala em resposta, não tendo, portanto, tal manifestação o caráter decisório próprio da função jurisdicional, nem o caráter normativo típico da função regulamentar, pois não há edição de enunciado geral e abstrato” (COELHO, 2014, p. 24).

As consultas são formuladas em forma de perguntas. Os questionamentos não podem versar sobre situações concretas e as respostas obtidas não são vinculantes (MAIA, 2010). Logo, o TSE pode responder à consulta de determinada maneira, mas, em seus julgados, pode mudar ou afastar a tese e decidir de maneira diversa porque a função jurisdicional é regida pelo livre convencimento motivado.

Além disso, a autoridade consulente deve ter jurisdição federal. Nesse sentido, prefeitos, vereadores, deputados estaduais e afins estão impossibilitados de requerer manifestação da Corte para responder aos quesitos.

Prescreve o art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Entretanto, a função consultiva do TSE não promove essa segurança, principalmente porque não vincula a Corte (e nem poderia), já que um instrumento administrativo não pode engessar sua função judicante. Tal atrito gera insegurança, uma vez que as orientações oriundas de consultas podem ser modificadas no curso de processos judiciais.

Por serem destituídas de abstração e generalidade, as consultas não podem ser objeto de controle de constitucionalidade por parte do STF (SALGADO, 2010). É importante ressaltar que as respostas às consultas são feitas na forma de uma resolução, cuja origem repousa não no poder regulamentar, mas sim na função consultiva do TSE. Por isso, mesmo que tenham forma idêntica, o conteúdo é distinto a ponto de uma espécie poder ser atacada em sede de controle de constitucionalidade e a outra, não. Contra os posicionamentos exarados em consulta tampouco cabe recurso (ZILIO, 2019).

Tal qual a função normativa, o órgão de cúpula da JE também tem inovado na ordem jurídica por meio das consultas que lhe são formuladas.

...

correspondente do rol de competências do TSE. Entende-se, portanto, que a função consultiva será extinta caso o Código seja aprovado com a redação atual.

²² Por abarcar todo o território nacional, e em simetria ao raciocínio adotado na análise da função normativa, este artigo terá por foco o papel consultivo do TSE, deixando de lado o dos TREs, porque analisar o papel consultivo de todos os TREs da federação ampliaria muito o escopo da investigação.

A resposta a consultas levou a alterações profundas nas regras do jogo democrático e ao afastamento de dispositivo constitucional expresso. Ainda que o próprio Poder Judiciário faça a leitura constitucionalmente adequada das resoluções e das consultas, na realidade essas manifestações do poder regulamentar da Justiça Eleitoral vêm inovando na ordem jurídica, sem qualquer reação por parte do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, sob seu comando.

Foi assim na “verticalização das coligações” e na possibilidade de decretação de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. (SALGADO, 2010, p. 308)

Outrossim, Salgado (2010, p. 305) defende que as funções normativa e consultiva não foram recepcionadas pela CF/88, que a elas não faz menção. Em sua tese, sustenta que a CF/88, em momento algum, trata de realização de consultas ou expedição de regulamentos por parte da JE. Esses institutos, por estarem previstos no CE, lei anterior à CF/88, não teriam sido recepcionados por esta.

O atual Projeto de Lei Complementar que institui o Novo Código de Processo Eleitoral retira do rol de competências do TSE as respostas às consultas, o que corrobora o entendimento de que o instituto não tem base constitucional e deve ser extirpado do ordenamento jurídico. De fato, ainda que se saiba que o TSE é um órgão de governança eleitoral e não apenas uma corte, não faz sentido que as mesmas autoridades que julgam as lides eleitorais respondam a consultas, mesmo que feitas em tese. Nessa sistemática, corre-se o risco de os julgadores adiantarem posicionamentos pessoais ou tendências que podem refletir sobre ações em curso.

Contudo, há autores que defendem a permanência das consultas no Novo Código. Em nota técnica, a Transparência Eleitoral Brasil (2021, p. 8) pontuou que

muitos dos progressos e avanços do PLP são fruto de respostas a consultas, o que faz ser mais contraditória a sua eliminação. Trata-se de uma função consultiva que acompanhou toda a trajetória da Justiça Eleitoral, desde a sua criação, no Código Eleitoral aprovado pela Lei n. 48/35 que, em seu art. 13, “m”, atribuiu competência ao “Tribunal Superior” para “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe sejam feitas por autoridades públicas ou partidos registrados”.

A despeito da preocupação externada pela entidade, as peculiaridades do OE pátrio fazem com que as consultas sejam respondidas pelos magistrados que julgam os casos submetidos à própria Corte, o que representa, também, uma contradição. Os mesmos julgadores explicarão dúvidas sobre as normas eleitorais e situações que, futuramente, poderão julgar.

Ainda que se considere a função consultiva como constitucional, é inegável que o seu exercício pode tornar um ambiente propício à adoção de posicionamentos de viés nitidamente ativista. A seguir, há dois exemplos de consultas, do ano de 2020, que apresentaram inovações não previstas em lei.

3.1. CONSULTA N. 0603816-39.2017.6.00.0000

A CF, em seu art. 17, § 1º, consagra o princípio da autonomia partidária.²³ Nas palavras de Gomes (2018), a liberdade concedida aos partidos tem quatro desdobramentos. Primeiro, eles podem definir sua estrutura interna; segundo, os grêmios possuem discricionariedade na escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios; terceiro, há autonomia para estabelecer regras sobre sua organização e seu funcionamento; quarto, existe liberdade na adoção dos critérios de escolha e do regime das coligações nas eleições majoritárias. Gomes (2018) rememora que a liberdade não se dá de maneira absoluta, estando vinculada às restrições legais, mormente no que toca à sua criação, ao seu funcionamento, à sua transformação e ao seu financiamento.

Analisando os cargos eletivos ocupados no Brasil, vê-se que a maioria está nas mãos de homens, conforme os dados estatísticos que seguem.²⁴ Na Câmara dos Deputados, em sua 56ª legislatura (2019-2023), dos 543 parlamentares, 467 são do gênero masculino e 76 são do gênero feminino, o que representa aproximadamente 14% das cadeiras ocupadas por mulheres.²⁵

Para a mesma legislatura (2019-2023), das 81 cadeiras do Senado, mulheres ocupam somente 11 lugares.²⁶ Na presidência da República, apenas uma mulher ocupou o posto de presidente do país desde a Proclamação da República.²⁷ Entretanto, as mulheres são minoria apenas em termos de representação política, uma vez que constituem 50,19% do eleitorado nacional.²⁸

...

23 “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária” (BRASIL, 1988).

24 A palavra “homem” aqui empregada denota o conceito de homem cis, isto é, aquele que ao nascer foi designado como homem e ao crescer manteve sua identificação masculina. Entende-se importante fazer essa ressalva porque, tratando-se de representatividade política, essas distinções são relevantes, especialmente diante de um Congresso Nacional que elegeu as primeiras duas parlamentares transgêneras em 2022 (Duda Salabert [MG] e Erika Hilton [SP]).

25 Os dados foram retirados do sítio eletrônico da Câmara (<https://www.camara.leg.br/deputados/quem-sao>).

26 Os dados foram retirados do sítio eletrônico do Senado (<https://www25.senado.leg.br/web/senadores-em-exercicio/-/e/por-sexo>).

27 Dados obtidos no sítio da Biblioteca da Presidência (<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes>).

28 Dados extraídos do sítio do TSE e referem-se ao mês de junho do ano de 2020 (<http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>).

Além disso, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), consoante dados retirados de seu sítio eletrônico, o Brasil possui 5.570 municípios.²⁹ No entanto, nas eleições municipais de 2020 (mandato 2021-2024), somente 658 cidades elegeram mulheres para o Executivo, o que representa 11,8% do total (GUEDES, 2020). Ramos e Silva (2019), tratando das eleições municipais de 2016, afirmam que, dos 57.862 assentos no Legislativo, somente 7.812 (o que representa 14%) foram ocupados por mulheres. Já para o cargo de governador nas eleições gerais de 2018, das 27 vagas, somente uma é ocupada por mulher, no estado do Rio Grande do Norte, gerido por Fátima Bezerra.³⁰

Um estudo realizado pela entidade internacional Parline, que possui um *ranking* mundial de acordo com o número de mulheres que tenham cadeiras nos parlamentos, coloca o Brasil na posição 142, de um total de 193 países pesquisados.³¹ A ausência de mulheres nos cargos políticos tem feito com que o legislador utilize instrumentos normativos que as incentivem a participar da vida pública, mas também as protejam de violências que possam dificultar sua jornada. Recentemente, foi publicada a Lei n. 14.192/2021, a qual estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher.

A norma define como violência política contra mulher toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir seus direitos políticos. No mesmo sentido, o diploma determina que não será tolerada propaganda eleitoral que deprecie a condição de mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino ou em relação à sua cor, raça ou etnia.

Já em 2009, como maneira de incentivar a participação feminina na política, foi editada a Lei n. 12.034/2009, que reformulou o § 3º do art. 10 da Lei Geral das Eleições para estabelecer que, do número de vagas reservado para cada partido concorrer ao Legislativo,³² um mínimo de 30% e o máximo de 70% deverão ser preenchidos por candidaturas de cada sexo.³³

...

²⁹ Dados extraídos do sítio do IBGE, podendo ser aqui consultados: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio>.

³⁰ Dados retirados do sítio do TSE, por meio da aplicação DivulgaCandContas (<https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/>).

³¹ Para consultar os dados: <https://data.ipu.org/women-ranking?month=5&year=2022>.

³² Quando se trata do Legislativo, fala-se apenas dos cargos que contam com eleições proporcionais, o que exclui o de senador, por contar com o sistema majoritário simples.

³³ É a denominada “cota de gênero”. Devido à ausência de mulheres na política, a lei é empiricamente interpretada como a ideia de que cada partido, ao protocolar o Documento de Regularidade de Atos Partidários (DRAP), deve ter, ao menos, 30% dos candidatos que concorrem ao pleito como do gênero feminino. Contudo, em tese, pode haver o inverso: 70% do gênero feminino e 30% do gênero masculino. O TSE já

No ano de 2017, a senadora Lídice da Mata realizou uma consulta junto ao TSE (n. 0603816-39.2017.6.00.0000) sobre a temática, a qual foi respondida em 2020, tendo por relatora a ministra Rosa Weber. O feito tinha dois questionamentos, que seguem: as regras do § 3º do art. 10 da Lei n. 9.504/1997 devem ser aplicadas internamente aos partidos para a composição de suas comissões executivas e de seus diretórios? E, sendo a resposta positiva, os partidos que não cumprirem a cota terão seu pedido de anotação indeferido nos termos da Res. TSE n. 23.465/2015?

Em sessão ocorrida em 19 de maio de 2020, o plenário da Corte Eleitoral respondeu o primeiro quesito positivamente. Em seu voto, a ministra relatora ponderou que, se os partidos devem obedecer às regras para concorrer aos cargos do Legislativo, a mesma orientação deve ser seguida, internamente, quando da disputa dos cargos de suas comissões executivas e de seus diretórios, em todas as esferas (nacional, estadual, distrital e municipal). Para ela, não aplicar a regra, simultaneamente, nos âmbitos interno e externo, constituiria um paradoxo democrático.

O ministro Roberto Barroso, vice-presidente à época, ao votar, propôs que fosse enviado um apelo ao Congresso Nacional para que houvesse a criação de uma normativa que obrigasse os partidos a cumprirem a cota de gênero no âmbito interno e sancionasse as legendas que não cumprissem com a reserva de vagas. A proposta do ministro Barroso foi acolhida pela maioria dos pares.

Quanto ao segundo quesito, a relatora votou negativamente, sendo acompanhada pelos ministros Luís Roberto Barroso, Og Fernandes e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Entretanto, deve-se pontuar que o ministro Edson Fachin abriu divergência, sendo acompanhado pelos ministros Luis Felipe Salomão e Sérgio Banhos. A tese do magistrado, malgrado não tenha formado maioria, foi de que não deveriam ser promovidas as anotações de órgãos de direção partidária cujas legendas não comprovem a observância da reserva de gênero na escolha de seus membros.

Essa consulta formulada ao TSE serve para mostrar uma zona de penumbra na atuação da Corte, que por vezes se inclina para a inovação no mundo jurídico. Sabe-se que o resultado das consultas não vincula as partes e os julgadores, mas a resposta dada ao caso é questionável, do ponto de vista de sua base constitucional, quando se tem em mente a autonomia partidária defendida por Gomes (2018). A CF é expressa ao dar liberdade para que os partidos desenhem a maneira de escolha, formação e o tempo de duração de seus diretórios e comissões.

Como explicado por Gomes (2018), os partidos podem definir a sua estrutura interna. Em obediência ao princípio da liberdade partidária, restrições à autonomia devem estar ancoradas

...

respondeu que transexuais e travestis podem compor a cota do gênero feminino nos autos da Consulta n. 0604054-58.2017.6.00.0000.

em norma, sob pena de desvirtuamento do princípio da legalidade insculpido no art. 5º da CF do Brasil.

Ademais, a regra das cotas de gênero está topograficamente localizada, dentro da Lei Geral das Eleições, na seção que trata do registro de candidatos para o pleito propriamente dito. Interpretar a norma de maneira a enquadrá-la no âmbito interno das legendas é promover um salto interpretativo e criar uma obrigação que o legislador não impôs aos partidos, em um comportamento ativista da JE.

É estreme de dúvidas a importância social que deve ser dada ao incentivo à participação feminina na política. Porém, a função consultiva do TSE deve ser interpretativa e não de fomento ou de criação de uma política pública, que deve partir do Legislativo ou do Executivo. Não só isso. Em sede de consulta, o tribunal deve responder aos quesitos de forma objetiva e fundamentada. Propor que o Legislativo normatize uma opinião dada pelo TSE e, da mesma forma, sancionar quem a descumpra aparenta ser um posicionamento que excede o viés consultivo e acaba por embaralhar as atribuições da Corte.

Ainda assim, por apenas um voto de diferença, a tese do ministro Edson Fachin não prevaleceu. Se o posicionamento fosse vencedor, criar-se-ia, em sede de consulta, uma punição sem substrato legal a instâncias partidárias. A esfera de poder do Legislativo estabelecida pela CF não pode ser esvaziada e as escolhas feitas pelo legislador ordinário não devem ser descon sideradas por outros braços do Estado no exercício de suas funções.

Não se olvida que existe quem defenda uma leitura constitucional da autonomia partidária. Expressando esse pensamento, Salgado e Hualde (2015, p. 78) dissertam:

No Brasil, como afirmado, não há comando legislativo impondo a democracia partidária. A autonomia garantida pela Constituição de 1988 tende a contar com uma interpretação ampla por parte da doutrina e da jurisprudência, por força da resposta às “amarras de antipartidarismo inserido nas Constituições anteriores e nas legislações que regulamentavam a vida política dos partidos políticos”. Parece, no entanto, que a leitura que mais se harmoniza com o sistema constitucional é a de uma autonomia mitigada dos partidos políticos, em face da posição que estes ocupam no Estado brasileiro. Os valores constitucionais recortam a capacidade de auto-organização e funcionamento dos partidos, impondo uma atuação condizente com os princípios republicano e democrático. Os estatutos dos partidos políticos e, de maneira mais enfática, sua prática cotidiana devem fazer eco aos comandos constitucionais, exigências do Estado Democrático de Direito que empresta aos partidos políticos papel protagonista na democracia representativa.

Todavia, a questão que se tem é a forma como tal leitura constitucional é implementada. Deve-se lembrar que consultas são instrumentos de cunho administrativo direcionadas ao organismo de governança eleitoral do Brasil que, embora faça parte do Judiciário, nesse momento não age como Estado-juiz.

3.2. CONSULTA N. 0600306-47.2019.6.00.0000

Outro caso que pode exemplificar como as consultas têm inovado no Direito e criado obrigações aos partidos políticos que não estão previstas em lei está retratado na Consulta n. 0600306-47.2019.6.00.0000. Ela teve como consulente a deputada federal Benedita Souza da Silva Sampaio, que atuou com apoio da organização não governamental Educafro.

Na oportunidade, foram formulados dois requisitos. O primeiro questionamento feito foi se os recursos financeiros e o tempo de rádio e televisão destinados às candidaturas de mulheres, em razão das cotas de gênero, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas, de acordo com o percentual de 50% para cada grupo, dada a distribuição demográfica brasileira. A segunda pergunta foi se deveria haver reserva de 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos mesmos termos da cota de gênero prevista no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, com a consequente destinação proporcional do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita na rádio e na televisão para candidaturas de pessoas negras.

A resposta dada na consulta traz dados importantes sobre a realidade brasileira e sobre o racismo estrutural.³⁴ No entanto, a legislação eleitoral é completamente silente sobre a questão. Ora, se a norma jurídica não trouxe previsão de como os recursos devem ser distribuídos internamente, presume-se que o partido político goza de autonomia para fazê-lo.

No entanto, a resposta do TSE foi diferente. A Corte afirmou que os recursos públicos (tanto do Fundo Partidário quanto do FEFC) e o tempo de rádio e televisão destinados às candidaturas de mulheres, conforme lógica oriunda das decisões judiciais do STF na ADI n. 5.617/DF e do TSE na Consulta n. 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

Salienta-se que a Assessoria Consultiva (Assec), órgão técnico que exara parecer nas consultas submetidas à Corte, opinou pela resposta negativa aos questionamentos ante a necessidade de observância do devido processo legislativo. Considerou a Assec que o exercício do poder normativo no sentido de criar novas cotas em razão da raça configuraria inovação na legislação eleitoral, em desobediência ao processo legislativo pátrio.

O parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral também foi no sentido de que a resposta aos questionamentos deveria ser negativa em decorrência da falta de norma regulamentadora. Mesmo que considerasse a ideia louvável, no entendimento do Ministério Público Eleitoral, a discriminação positiva de candidaturas negras só poderia ocorrer por meio de lei formal.

...

³⁴ Bersani (2018, p. 193) aduz que “o racismo estrutural corresponde a um sistema de opressão cuja ação transcende a mera formação das instituições, eis que perpassa desde a apreensão estética até todo e qualquer espaço nos âmbitos público e privado, haja vista ser estruturante das relações sociais e, portanto, estar na configuração da sociedade, sendo por ela naturalizado”.

No entanto, não foi essa a conclusão a que chegou o TSE. A consulta criou uma obrigação aos partidos políticos sem norma que a fundamente. Trata-se de uma verdadeira política racial, com interferência na autonomia partidária. Conforme apontam Rais *et al.* (2020, p. 34), as eleições devem ser regidas pelo princípio da intervenção estatal mínima. Um exemplo disso, para os autores, é que a Emenda Constitucional (EC) n. 97/2017 garante aos partidos políticos autonomia para definirem sua estrutura interna.

Somente uma lei estrita, como consequência do princípio da legalidade, previsto no art. 5º da CF, pode determinar que os partidos devam agir dessa ou daquela maneira. No vácuo normativo, deve haver a autonomia partidária para gerir seus recursos.

Nesse caso, nem se pode dizer que o TSE agiu como braço do Judiciário em prol de grupos socialmente minoritários exercendo seu papel contramajoritário. Isso porque não se tem uma ação judicial, mas sim uma consulta. A consulta está na esfera de atribuição administrativa da Corte como organismo de governança eleitoral.

É conhecimento disseminado que o Poder Judiciário deve garantir os direitos dos grupos minorizados e vulnerabilizados previstos na CF, exercendo seu caráter contramajoritário. Nas palavras de Leonhardt Junior (2019, p. 55), “a função contramajoritária visa garantir a força normativa da Constituição e a conservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Em caso adverso, os arranjos minoritários seriam perseguidos e, ao final, eliminados”.

Ocorre que criar uma verdadeira política pública no bojo dos partidos por meio de uma consulta é modificar uma sistemática administrativa, dando ares de jurisdição a um instituto que não é exercido pela JE na sua condição de braço do Judiciário.

Portanto, pode-se perceber que também na função consultiva o conceito de ativismo judicial pode ser trasladado. Embora a consulta sirva, em tese, para elucidação de questionamento ou dúvidas que as autoridades com jurisdição federal tenham sobre normas, ela acaba por inovar no Direito sem que haja autorização legislativa. Tal como o Poder Judiciário acaba indo além de suas competências fixadas na CF/88 diante de julgamentos que lhe são submetidos, a JE, quando responde às suas consultas, adota o mesmo padrão de cunho ativista, como se depreende dos dois exemplos citados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política. Esta é compreendida como um fenômeno que transporta os debates de temas eminentemente políticos e com raiz no Legislativo e no Executivo para o Poder Judiciário. Já aquele é uma atitude proativa do Judiciário que, em suas decisões e interpretações legais e constitucionais, deliberadamente age para além de sua competência constitucional, inovando no Direito posto ora para criar obrigações, ora para criar exceções aos regimes jurídicos estabelecidos, sem que haja fundamento normativo.

A JE, como órgão do Judiciário brasileiro, não está imune a decisões ativistas em sua atividade jurisdicional. Porém, devido às suas funções diferenciadas, observam-se comportamentos

ativistas também no exercício de expedição de resoluções e consultas, quando, na verdade, nem uma nem outra podem criar regras jurídicas.

Embora a legislação eleitoral seja antiga e, por vezes, confusa, não é papel do TSE ou dos demais órgãos da JE criar regras jurídicas, proibições, exceções, obrigações e deveres aos atores sujeitos à sua jurisdição, mormente por meio de resoluções e consultas.

Questiona-se, em última análise, a constitucionalidade das consultas. Embora não versem sobre casos concretos, os questionamentos são formulados para que o próprio órgão julgador se pronuncie sobre a maneira como interpreta a legislação, sendo suas respostas não vinculantes, o que gera alguns percalços aos consulentes.

A primeira dificuldade apontada pela ausência de vinculação é que o tribunal pode se manifestar de uma forma em determinada consulta e decidir de outra, o que não é improvável devido à rotatividade dos membros que assumem a função de magistrados eleitorais temporariamente por não mais que dois biênios consecutivos. Assim, os candidatos e os partidos podem adotar todo o procedimento apontado como correto e, futuramente, ser surpreendidos com uma decisão contraditória.

Outra dificuldade pela falta de vinculação ocorre com o oposto disso: o partido ou candidato, ainda que não siga o posicionamento exarado na consulta, pode se livrar de qualquer consequência no momento do julgamento. Imagine a incoerência: uma parte não segue a consulta e sai ilesa, ao passo que a outra parte, que se posicionou da forma que a consulta fora respondida, acaba sendo prejudicada por seguir a orientação.

Por derradeiro, resoluções de cunho ativista acabam por contribuir com a judicialização da política. Os atores do processo eleitoral que se sentem de alguma forma prejudicados com inovações levam a questão até o STF, mormente porque os partidos políticos são legitimados universais na sistemática do controle de constitucionalidade adotado pela CF/88.

Um ramo do Poder Judiciário que assume funções amplificadas para além daquelas comumente reservadas a seus congêneres, cuja competência recai sobre a atuação de agentes políticos e instâncias partidárias e sobre a gestão burocrática das atividades eleitorais, deve preservar o tanto quanto possível a tecnicidade e o comedimento de sua atuação, sob risco de, ao não o fazer, tornar-se ele próprio um fator de instabilidade política e social.

Um comportamento ativista em área tão sensível, sobretudo em momentos de grande polarização como o atual, pode levar a indagações crescentes sobre a legitimidade e a imparcialidade de seus julgados, gerando como consequência, em última análise, seu descrédito constante na sociedade como órgão de mediação de interesses.

As consultas, conquanto tenham teoricamente uma natureza orientadora, revestem-se de inegável traço impositivo, visto que, na prática, ao menos no momento em que são expedidas, antecipam posições e tendências dos próprios integrantes do órgão julgador, aos quais serão dirigidas eventuais pretensões em um futuro próximo.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem às pessoas que avaliaram o artigo pelas contribuições, bem como toda a equipe da Revista Direito GV, em especial sua editora-chefe, pela seriedade na condução do processo e sugestões que enriqueceram o texto final.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Fabia Cristina da S.; CARVALHO, Marco Cesar de. Da espera excessiva em fila de banco: da afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. / UFRGS*, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 1-24, 2014.

ANDRADE NETO, João. Controle e judicialização das eleições: a legitimidade de juízes e tribunais eleitorais para decidirem “questões políticas”. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano (orgs.). *Justiça Eleitoral, controle das eleições e soberania popular*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 277-315.

BARRETO, Alvaro Augusto de B. A Justiça Eleitoral brasileira: modelo de governança eleitoral. *Paraná Eleitoral – Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 189-216, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a política. *Migalhas*, [s. l.], 5 fev. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2020.

BERSANI, Humberto. Aportes teóricos e reflexões sobre o racismo estrutural no Brasil. *Revista Extraprensa*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 175-196, 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Programa permanente de enfrentamento à desinformação no âmbito da Justiça Eleitoral: Plano Estratégico Eleições 2020*. Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/programa-permanentedefrentamento-a-desinformacao-novo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.610, de 18 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Brasília: TSE, 2019a. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019?texto=compilado>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.032, de 5 de dezembro de 2019b*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Prestação de contas de partido político. 3. Sanção de suspensão do órgão regional ou zonal que tenha as contas julgadas não prestadas. Sanção prevista no art. 47, *caput* e § 2º, da Res./TSE 23.432/2014; no art. 48, *caput* e § 2º, da Res./TSE 23.546/2017; e no art. 42, *caput*, da Res./TSE 23.571/2018. 4. Ação julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição. Requerentes: Partido Socialista Brasileiro e Partido Popular Socialista. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752437787>. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, de 13 de junho de 2019c*. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção (MI) n. 4733, de 13 de junho de 2019d*. Direito constitucional. Mandado de Injunção. Dever do Estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia. Discriminação inconstitucional. Omissão do Congresso Nacional. Mandado de Injunção julgado procedente. [...]. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.122, de 3 de maio de 2018*. 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 25, § 2º, da Resolução 23.404, de 05 de março de 2014, do TSE, que dispõe sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014. Vedação à realização de propaganda eleitoral via telemarketing, em qualquer horário. 3. Pressupostos formais da ação observados. [...]. Requerente: Partido Trabalhista do Brasil. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419208/false>. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.947, de 1º de julho de 2014*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito constitucional eleitoral. Art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar n. 78/1993. Definição da representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados. Art. 45, § 1º, da Constituição da República. Proporcionalidade relativamente à população. [...]. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. 1º de julho de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081176>. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.999-7, de 12 de novembro de 2008*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral 22.610/2007 e 22.733/2008. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária. [...]. Requerente: Partido Social Cristão. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança n. 26.604, de 4 de janeiro de 2007*. Direito constitucional e eleitoral. Mandado de segurança impetrado pelo Partido dos Democratas – DEM contra ato do presidente da Câmara dos Deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral – TSE na Consulta n. 1.398/2007. [...]. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente de Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 9 jul. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O controle jurisdicional do processo político no Brasil. *Paraná Eleitoral – Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 183-193, 2012.

CARLONI, Paola Regina. A história e a constituição da Psicanálise: introdução aos principais conceitos freudianos para entender a subjetividade humana. *Revista Eletrônica de Educação da Faculdade Araguaia – Renefara*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 1-14, 2011.

CARLOS, Fabiano G. Separação de Poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317, jan./abr. 2017.

COELHO, Margarete de C. *A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos*. 2014. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

COSTA, Rafael Antônio. As funções da Justiça Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 131-148, jul./dez. 2016.

GOLTZMAN, Elder M. *Liberdade de expressão e desinformação em contextos eleitorais: parâmetros de enfrentamento com base nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GUANAES, Carla; JAPUR, Marisa. Construcionismo social e metapsicologia: um diálogo sobre o conceito de *self*. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, [s. l.], v. 19, n. 2, p. 135-143, maio/ago. 2003.

GUEDES, Aline. Em 2021, mulheres comandarão 658 prefeituras, em apenas 11,8% das cidades. *Agência Senado*, [s. l.], 30 nov. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/30/em-2021-mulheres-comandarao-658-prefeituras-em-apenas-11-8-das-cidades>. Acesso em: 12 jun. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S.; DIAS, Maria Tereza F. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HASSELMANN, Gustavo. Ativismo judicial no STF. Acertos ou desacertos? *Migalhas*, [s. l.], 25 jan. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/294916/ativismo-judicial-no-stf-acertos-ou-desacertos>. Acesso em: 1º jul. 2020.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 251, p. 139-178, 2009.

JARDIM, Torquato; HELPA, Caroline de Fátima; SILVA, Guilherme de Abreu e. Justiça Eleitoral: uma história de intervencionismo judicial: palestra proferida por Torquato Jardim no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 253-262, jul./dez. 2017.

LEONHARDT JUNIOR, Sérgio Elemar. *O Supremo Tribunal Federal e as minorias: uma análise das decisões em demandas relativas à não discriminação e realização do direito de igualdade*. 2019. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2019.

MAIA, Clarissa F. *O ativismo judicial no âmbito da justiça eleitoral*. 2010. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

MARCHETTI, Vitor. Governança eleitoral: o modelo brasileiro de Justiça Eleitoral. *Dados*, [s. l.], v. 51, n. 4, p. 865-893, 2008.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, v. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MILÍCIO, Gláucia. Ativismo judicial estica limites da Justiça. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 12 jul. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>. Acesso em: 3 jul. 2020.

OSORIO, Aline. Conclusão. In: OSORIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 421-443.

PECCININ, Luiz Eduardo. Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral. *Paraná Eleitoral – Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 321-344, 2013.

PEREIRA, Manuela de Souza. Governança eleitoral na América Latina: dispositivos constitucionais comparados. *Debate*, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 41-47, 2012.

RAIS, Diogo *et al.* *Direito eleitoral digital*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2019.

RAMOS, Luciana de O.; SILVA, Virgílio Afonso da. The Gender Gap in Brazilian Politics and The Role of the Electoral Court. *Politics and Gender*, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 315-338, 2019.

SADEK, Maria Tereza A. Justiça Eleitoral e a legitimidade do processo eleitoral. In: SADEK, Maria Tereza A. *et al.* *Justiça Eleitoral*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree; HUALDE, Alejandro P. A democracia interna dos partidos políticos como premissa da autenticidade democrática. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, v. 15, n. 60, p. 63-83, abr./jun. 2015.

SANTOS, Christiano Jorge; GARCIA, Cristina V. A criminalização da LGBTfobia pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista DIREITO UFMS*, Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 294-317, jul./dez. 2019.

SILVA, Fernando Matheus da; GOLAMBIUK, Paulo Henrique. A missão constitucional da Justiça Eleitoral – Entre o ativismo e a autocontenção judicial (Conferência proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral). *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 95-106, jul./dez. 2017.

TRANSPARÊNCIA ELEITORAL BRASIL. *Nota Técnica sobre o PLP 112/2021 do Novo Código Eleitoral*. 2021. Disponível em: <https://transparenciaeleitoral.com.br/wp-content/uploads/2021/09/NOTA-TE%CC%81CNICA-Co%CC%81digo-eleitoral-completa.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

ZAULI, Eduardo M. Justiça Eleitoral e judicialização das eleições no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 255-289, 2011.

ZILIO, Rodrigo L. *Direito eleitoral*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ZILIO, Rodrigo L. Ativismo judicial e Justiça Eleitoral. *Revista Democrática*, Cuiabá, v. 5, p. 87-105, 2019.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GOLTZMAN, Elder Maia; RAMOS NETO, Newton Pereira. Ativismo judicial e Justiça Eleitoral em suas funções não judicantes: uma análise crítica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2322, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202322>

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE DADOS:

O conjunto de dados deste artigo está disponível no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.BWU2BV>.

Elder Maia Goltzman

MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO (UFMA). ANALISTA JUDICIÁRIO DA JUSTIÇA ELEITORAL.

eldergoltzman89@gmail.com

Newton Pereira Ramos Neto

DOUTOR EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP). PROFESSOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO (UFMA). DESEMBARGADOR FEDERAL NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO.

nramosneto@yahoo.com.br

Recebido: 10.08.2021

Aprovado: 25.01.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202323>

1 Universidade Estadual Paulista
"Júlio de Mesquita Filho", Franca,
São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-6998-0092>

2 Universidade Estadual Paulista
"Júlio de Mesquita Filho", Franca,
São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-2430-2818>

3 Universidade Estadual Paulista
"Júlio de Mesquita Filho", Franca,
São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-8436-1249>



Avaliação legislativa das reformas trabalhistas promovidas por meio de medidas provisórias no Governo Bolsonaro

LEGISLATIVE EVALUATION OF LABOR REFORMS PROMOTED THROUGH PROVISIONAL PRESIDENTIAL DECREES IN THE BOLSONARO'S GOVERNMENT

Murilo Gaspar¹, Letícia Rezende Santos² e Artur Marchioni³

Resumo

Desde o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, uma série de mudanças estruturais foram implementadas no Brasil. No âmbito do direito do trabalho, ainda no Governo Temer, foram aprovadas as Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017. E, no primeiro ano do Governo Bolsonaro, essas reformas foram intensificadas com a edição das Medidas Provisórias (MPs) n. 870/2019, 873/2019, 881/2019 e 905/2019. À luz do objetivo declarado dessas alterações legislativas, qual seja a promoção de empregos, este artigo busca responder à seguinte pergunta: quais os impactos das mudanças na legislação trabalhista promovidas pelas MPs editadas pelo Governo Bolsonaro durante o primeiro ano de seu mandato? Para tanto, empregaram-se a avaliação legislativa, como método de abordagem, e a revisão bibliográfica, a análise documental e a sistematização de indicadores sobre emprego, condições de trabalho e economia, como técnicas de pesquisa. Dessa análise, extraiu-se que as modificações introduzidas pelas MPs, além de não se traduzirem em um melhor desempenho econômico, resultam na deterioração das condições de trabalho, sintetizadas em: I) desarticulação de estruturas para planejamento de políticas referentes ao direito do trabalho; II) desvalorização dos sindicatos; III) flexibilização de direitos trabalhistas; e IV) enfraquecimento de instâncias e normas de fiscalização.

Palavras-chave

Direitos trabalhistas; Governo Bolsonaro; medidas provisórias; avaliação legislativa; reformas trabalhistas.

Abstract

Since the *impeachment* of Dilma Rousseff, a series of structural changes have been implemented in Brazil. Within the scope of Labor Law, still under the Temer Government, Laws ns. 13.429/2017 and 13.467/2017 were approved. And, in the first year of the Bolsonaro Government, these reforms were intensified with the issuance of Provisional Presidential Decrees ns. 870/2019, 873/2019, 881/2019 and 905/2019. Considering the stated objective of these legislative changes, namely the increase of employment, the specific aim of this article is to answer the following question: what were the impacts of changes in labor legislation promoted by the PPD's edited by Bolsonaro's Government during the first year of its term? Therefore, legislative evaluation was used as a method of approach, and literature review, document analysis and the systematization of indicators on employment, working conditions and economy, as research techniques. From this analysis it was extracted that the changes introduced by the Provisional Presidential Decrees, in addition to not translating into better economic performance, result in the deterioration of working conditions, summarized in: I) disarticulation of structures for planning policies related to Labor Law; II) devaluation of unions; III) flexibilization of labor rights; and IV) weakening of inspection bodies and norms.

Keywords

Workers' rights; Bolsonaro Government; Provisional Presidential Decree; legislative evaluation; labor reform.

INTRODUÇÃO

Com os propósitos declarados de promover o equilíbrio fiscal, o crescimento econômico e a redução do desemprego, desde o *impeachment* de Dilma Rousseff, uma série de mudanças constitucionais e legislativas vêm sendo implementadas ou discutidas, como a Emenda Constitucional (EC) do Novo Regime Fiscal (EC n. 95/2016), a Reforma da Previdência (EC n. 103/2019) e a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) da Reforma Administrativa (PEC n. 32/2020). No âmbito do direito do trabalho, tivemos, ainda no Governo Temer, a aprovação das Leis n. 13.429/2017 (ampliação das possibilidades de terceirização) e 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). No primeiro ano do Governo Bolsonaro (2019), foram editadas as MPs n. 870/2019, que extinguiu o Ministério do Trabalho (recriado em julho de 2021 para acomodações políticas para incorporação do “centrão” ao Governo); 873/2019, que criou novas regras para o financiamento de sindicatos; 881/2019, denominada Medida Provisória da Liberdade Econômica; e 905/2019, designada como Medida Provisória da Carteira de Trabalho Verde e Amarela.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é responder à seguinte pergunta: quais os impactos das mudanças na legislação trabalhista promovidas pelas MPs editadas pelo Governo Bolsonaro durante o seu primeiro ano de mandato? A resposta a essa pergunta, além dos indicadores empíricos sobre o mercado de trabalho, deve considerar o possível conflito político-axiológico entre o pacto político consubstanciado na Constituição Federal de 1988 (CF/88) e o discurso justificador das MPs – de caráter neoliberal-autoritário –, o qual pode ser sintetizado na afirmação de que os trabalhadores precisariam escolher entre ter empregos ou direitos trabalhistas na forma até então vigente.

Para tanto, empregamos a avaliação legislativa, ou seja, a “metodologia destinada a analisar atos normativos sob o enfoque dos efeitos que eles produzem na sociedade” (SALINAS, 2013, p. 228), compreendendo o estudo tanto dos efeitos – ou seja, das “consequências pretendidas pelo legislador” – quanto dos impactos – “todas as consequências decorrentes da aplicação de uma legislação, ainda que não previstas ou pretendidas por quem a formulou” (SALINAS, 2013, p. 238). Como técnicas de pesquisa, foram utilizadas a revisão bibliográfica, a análise documental (textos normativos e documentos relativos à tramitação das MPs analisadas) e a sistematização de indicadores sobre emprego, condições de trabalho e economia. Sabemos

que os indicadores empíricos apresentam limitações para uma resposta definitiva à questão formulada, em razão do reduzido período que separa a edição das medidas e a conclusão desta pesquisa, bem como devido aos impactos econômicos da pandemia. Entretanto, considerando que as medidas adotadas pelo Governo Bolsonaro no campo do trabalho seguem a mesma lógica daquelas do Governo Temer, e interpretando os dados na perspectiva do contexto político-ideológico em que as normas foram editadas, pode-se aferir alguns dos resultados das políticas de flexibilização adotadas.

Além desta Introdução e da Conclusão, este artigo subdivide-se em três partes: na primeira, discorremos sobre o contexto jurídico-político em que se dão as relações trabalhistas e as reformas empreendidas; na segunda, analisamos as MPs n. 870/2019, 873/2019, 881/2019 e 905/2019, suas justificativas e seu processamento no Congresso Nacional; e na terceira parte realizamos a avaliação legislativa propriamente, à luz dos indicadores disponíveis sobre emprego, condições de trabalho e economia e do contexto jurídico-político da edição das normas.

1. A GARANTIA DOS DIREITOS DO TRABALHADOR NA CF/88

Embora a regulação das relações de trabalho tenha avançado significativamente em 1930, com o governo de Getúlio Vargas – de modo que a partir da Constituição de 1934 todas as constituições brasileiras promulgadas, inclusive a de 1967, previram expressamente direitos trabalhistas –, e, ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) esteja em vigência desde 1943 (LUZ e SANTIN, 2010), a CF/88 representou um verdadeiro marco na solidificação do direito do trabalho.

A Carta Magna de 1988 trouxe, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, os valores sociais do trabalho, além de prever um rol não exaustivo de direitos, no art. 7º, assegurar o direito de greve, no art. 9º, e privilegiar a participação dos trabalhadores nos processos decisórios, nos arts. 10 e 11. Ainda na busca pela materialização dessas garantias, o legislador constituinte procurou fortalecer a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho (MPT), ao mesmo tempo em que buscou dar maior autonomia e independência aos sindicatos.

Contraditoriamente, foi sob a vigência desse documento político tão progressista na proteção social e trabalhista que a agenda neoliberal mais avançou no Brasil. Já na década de 1990, a flexibilização de direitos trabalhistas tornou-se “objetivo estratégico para os empresários brasileiros”, que, inclusive, divulgaram o manifesto *Livre para crescer: proposta para um Brasil moderno*, reprovando os direitos recém-previstos pela Constituição (SILVA, 2019, p. 254). Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, foi empreendida uma série de reformas situadas no âmbito do projeto neoliberal, inclusive com alterações na legislação do trabalho (DRUCK, DUTRA e SILVA, 2019).

Na década seguinte, embora a eleição do Partido dos Trabalhadores (PT) e de um militante sindical para o cargo máximo do Poder Executivo tenha criado alguma expectativa de

refreamento das reformas neoliberais, o que se observou, na verdade, foi a profissionalização e integração desse partido ao sistema político já consolidado (OLIVEIRA, 2006). Apesar do sucesso dos governos petistas em formular algumas políticas públicas direcionadas à implementação do projeto constitucional de um Estado de bem-estar social (CARDOSO e PERES, 2021), por meio de um reformismo fraco (SINGER, 2012) possibilitado pelo *boom* de exportação de *commodities*, os acontecimentos que sucederam evidenciaram a incompatibilidade da Carta Magna de 1988 com a agenda neoliberal.

Os efeitos da crise econômica de 2008 não atingiram o Brasil de imediato, mas a desaceleração da economia no final do primeiro mandato da presidenta Dilma Rousseff (2012-2013) levou à importação das mesmas justificativas e soluções já adotadas em âmbito mundial durante a crise: o superendividamento do Estado foi apontado como o responsável pelos inúmeros problemas da sociedade, e a saída ideal para essa crise seria a adoção *temporária* de medidas de austeridade combinada com a aprovação de reformas estruturais que reduzissem a intervenção estatal por meio da desregulamentação e propiciassem a atração de capital externo por meio do aumento do lucro e da proteção dos altos rendimentos (DARDOT e LAVAL, 2016b).

A falta de capacidade do Poder Executivo em se articular com as lideranças do Congresso Nacional associada à insatisfação popular diante do declínio econômico e dos escândalos de corrupção revelados pela Operação Lava Jato culminaram no *impeachment* da presidenta Dilma, em 2016. Sob o comando do presidente interino Michel Temer – guiado pelo programa pemedebista “Uma Ponte para o Futuro”¹ –, a agenda neoliberal ganhou novo fôlego (DRUCK, DUTRA e SILVA, 2019) – processo, aliás, já iniciado no segundo governo de Dilma Rousseff. No âmbito trabalhista, isso resultou na aprovação das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que trataram, respectivamente, da ampliação da terceirização e da reforma trabalhista.

A reforma trabalhista brasileira situou-se dentro de um conjunto de reformas neoliberais similares implantadas ao redor do mundo após a crise de 2008, que, em geral, objetivaram incentivar a celebração de contratos atípicos e reduzir os direitos dos contratos padrões; modificar regras relativas à remuneração e ao salário mínimo; minorar normas pertinentes à segurança e à saúde do trabalhador; fragilizar a fiscalização pública do cumprimento da legislação trabalhista; e desarticular as organizações sindicais (FILGUEIRAS, KREIN e OLIVEIRA,

...

1 Trata-se de verdadeiro receituário neoliberal, que coloca como “obstáculo para a retomada do crescimento econômico” os “déficits elevados, e a tendência do endividamento do Estado”, ao mesmo tempo em que aponta que a solução desse problema “será muito dura para o conjunto da população, terá que conter medidas de emergência, mas principalmente reformas estruturais” (FUNDAÇÃO ULYSSES GUIMARÃES e PMDB, 2015).

2019). O resultado foi a precarização das relações de emprego, sem diferenças significativas na criação de novos postos de trabalho.

Em 2019, com o início do mandato de Jair Bolsonaro, as diretrizes neoliberais contidas nas modificações promovidas pelo Governo Temer foram radicalizadas (DUTRA e JESUS, 2020). Na seara trabalhista, essa radicalização ocorreu mediante a edição de diversas MPs. O uso desse instrumento legislativo – que tem por características a edição exclusivamente por parte do Poder Executivo, a vigência imediata ante a urgência e a relevância do assunto tratado e uma tramitação posterior célere para conversão em lei – resultou em uma série de modificações relevantes, sem que tenha havido debates aprofundados sobre os temas tratados, ao mesmo tempo em que a rapidez no processo legislativo atendeu aos interesses do mercado. A previsão de um *núcleo duro* de direitos trabalhistas mínimos pela Constituição Cidadã de 1988 – lamentada pelo próprio presidente da República – não vem impedindo o sistemático desmonte dos direitos trabalhistas.

Assim, a avaliação legislativa sobre as normas em matéria trabalhista editadas no Governo Bolsonaro deve ser realizada considerando-se, por um lado, o modelo de Estado Social previsto no pacto político consubstanciado na CF/88 e, por outro lado, o avanço das ideias neoliberais no Brasil e no mundo, que ocorreu de forma quase simultânea, ao que se acrescentam os impactos socioeconômicos da pandemia e, diferentemente dos anos de governo de Fernando Henrique Cardoso, a liderança das reformas por um presidente autoritário, sem compromisso com as instituições democráticas.

O neoliberalismo não deve ser compreendido como uma fase do capitalismo ou mera ideologia ou política econômica: trata-se de verdadeira racionalidade, capaz de “estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas a própria conduta dos governados” (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 15), por meio da internalização da lógica da concorrência “em todos os setores da sociedade, da economia e do Estado”, e da atuação de três potências econômicas e políticas: as empresas multinacionais, os atores financeiros e a oligarquia político-burocrática (DARDOT e LAVAL, 2015, p. 10).

A liberalização do mercado financeiro, com a consequente “financeirização da economia” e a supervalorização do capital especulativo – impulsionada pelo neoliberalismo, na década de 1970 –, contribuiu para a formação de um “capitalismo de cassino”, caracterizado pela ânsia dos investidores internacionais na obtenção do maior lucro possível no menor espaço de tempo, sem se preocuparem com os impactos nas economias reais dos países nos quais estão investindo (SANTOS, 2003), ao mesmo tempo em que provocou o descolamento entre a ampliação dos rendimentos do capital e a produção (FILGUEIRAS, LIMA e SOUZA, 2019), de modo que a busca pela manutenção de investimentos perpassa, muitas vezes, pelas políticas de arrocho dos salários e aumento da exploração (DARDOT e LAVAL, 2015).

A globalização, por sua vez, permitiu a criação de um “exército de reserva industrial, do setor terciário e intelectual” e, simultaneamente, impulsionou a polarização e a competitividade entre territórios – “cidades globais prósperas” *versus* “territórios periféricos abandonados”

— e entre assalariados, criando, também, uma escala de valor de mão de obra, graduada entre “cognitivos” e “executores *taylorizados*” (DARDOT e LAVAL, 2015, p. 10, destaque dos autores). Logo, para se manterem competitivos, os governos tendem a aderir a políticas pautadas nos interesses de mercado, e optam, muitas vezes, pela desvalorização interna, por meio da redução dos salários e da proteção social (DARDOT e LAVAL, 2015).

Paralelamente, as crises econômicas, no capitalismo globalizado, ao propiciarem a criação de reservas de mão de obra, ao mesmo tempo em que geram insegurança social, permitem a transferência dos custos de suas resoluções às camadas mais baixas da sociedade por meio da retirada de direitos (DARDOT e LAVAL, 2015).

Se, de início, a crise econômica mundial de 2008 apontava para uma possível perda de confiança no modelo neoliberal (WADE, 2008) e para a necessidade de se repensar o modelo de globalização (HELD e YOUNG, 2013; HELD, 2014), o que se observou nos anos subsequentes foi a aceleração e o aprofundamento da globalização financeira e de programas neoliberais por meio de uma série de reformas estruturais.

As reformas promovidas pelo Governo Bolsonaro, entretanto, diferem daquelas efetuadas anteriormente, sob a CF/88, por estarem apoiadas, ainda, no autoritarismo como projeto de poder, pautadas em alguns mitos sociais sobre o Brasil que, mediante análise mais detida, não se sustentam, quais sejam: o de que o Brasil é um país harmônico, sem conflitos; de que o brasileiro é, por natureza, avesso à hierarquia; de que o Brasil é um país de democracia plena, sem preconceitos de raça, religião e gênero; e de que o Brasil é um país especial, um paraíso por natureza (SCHWARCZ, 2019).

As tensões sociais inerentes aos aspectos estruturais da sociedade brasileira, cumuladas com essa negação da desigualdade e com o preconceito, resultam na polarização política exacerbada, que caracteriza o atual momento político, com a consequente emergência de dualidades como “nós”, os justos, e “eles”, os corruptos, transformando adversários em inimigos; a descrença e os ataques às instituições; e os ataques às minorias, à imprensa e aos intelectuais.

Simultaneamente, o projeto político com raízes no autoritarismo, capitaneado pelo presidente Bolsonaro, foi assimilado por uma elite econômica brasileira interessada nas reformas estruturais e na fragilização do Estado, instrumentalizado por meio da associação entre o à época presidenciável Jair Bolsonaro, setores militares e o então ministro da Economia, Paulo Guedes, e resultou na aliança entre o autoritarismo e o neoliberalismo no Executivo Federal. No âmbito do direito do trabalho, essa perspectiva liberal-autoritária é estampada na narrativa de que os direitos trabalhistas encarecem a mão de obra, resultando no aumento do desemprego, e exercem papel fundamental no desmonte de direitos historicamente conquistados, isso porque ao trabalhador são apresentadas duas alternativas excludentes: defender os seus direitos ou ter um emprego.

2. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS SOBRE DIREITO DO TRABALHO NO GOVERNO BOLSONARO

Foram editadas quatro MPs durante o primeiro ano do Governo Bolsonaro que promoveram alterações significativas no direito do trabalho, sendo elas a MP n. 870, da Reforma Ministerial, aprovada sob a forma da Lei n. 13.844/2019; a MP n. 873, que previa a contribuição sindical voluntária por meio de boleto e com aprovação prévia e perdeu a eficácia; a MP n. 881, chamada da Liberdade Econômica, que instituiu medidas para proteger o livre mercado, aprovada sob a forma da Lei n. 13.874/2019; e a MP n. 905, do Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, que perdeu a validade com a edição da MP n. 955/2020.

Constata-se que, das quatro medidas provisórias apresentadas pelo Executivo Federal durante o ano de 2019 à guisa de reforma no ordenamento jurídico trabalhista no Brasil, duas foram aprovadas e duas foram vetadas, sendo que uma perdeu a eficácia por não ter sido aprovada pelo Congresso Nacional e outra perdeu a validade por meio da edição de outra MP. A escolha dessas MPs como objeto de estudo, no presente artigo, justifica-se pelo fato de que tais inovações legislativas alteraram o planejamento de políticas referentes ao direito do trabalho ou geraram flexibilização de normas trabalhistas propriamente ditas.

Foram analisados para o presente artigo os seguintes documentos: o texto original de cada uma das MPs e a justificativa enviada pelo Executivo ao Congresso Nacional; as principais modificações sugeridas no Congresso Nacional por meio de emendas parlamentares; os relatórios das comissões especiais criadas para debater as MPs; os projetos de lei de conversão (PLV); o veto do presidente da República; o texto final da legislação decorrente das MPs; o tempo de tramitação no Congresso Nacional, inclusive com mensagens referindo a chegada do prazo para votação sob pena de perda da validade das MPs; assim como as demais informações relevantes durante a tramitação, como a manifestação de entidades sindicais, tanto dos empregadores quanto dos empregados, bem como os votos em separado nas comissões mistas, quando o caso.

2.1. REFORMA MINISTERIAL: MP N. 870/2019, CONVERTIDA NA LEI N. 13.844/2019

A MP n. 870/2019 foi a primeira proposta pelo Governo Bolsonaro, datada do primeiro dia de governo, em 1º de janeiro de 2019. Chamada de Reforma Ministerial, a referida medida promoveu alterações profundas no quadro dos ministérios, extinguindo-os ou fundindo-os; entre as principais, estão a fusão entre os Ministérios da Fazenda, Planejamento e Indústria sob o Ministério da Economia, além da principal alteração em relação ao tema do presente artigo: a extinção do Ministério do Trabalho. As atribuições do Ministério do Trabalho foram distribuídas entre três pastas, quais sejam a da Economia, da Justiça e da Cidadania. Outra alteração que se correlaciona à distribuição de competências entre outros ministérios refere-se à estrutura das Auditorias Fiscais do Trabalho, que passaram a ser subordinadas ao Ministério da Justiça.

Cumpre lembrar, ainda, que a MP n. 726/2016, convertida na Lei n. 13.341/2016, durante o Governo Temer, havia promovido modificação anterior nas competências do Ministério do Trabalho, que, até então, era o Ministério do Trabalho e Previdência Social. Nessa oportunidade, as matérias relativas à previdência foram distribuídas a outros ministérios, especialmente o Ministério de Desenvolvimento Social e Agrário e o Ministério da Fazenda, diminuindo o escopo da atuação coordenada das políticas públicas relacionadas ao trabalho.

A partir da Reforma Ministerial de 2019, a diluição do planejamento de políticas públicas referentes ao trabalho deu-se integralmente, tendo em vista a completa extinção do órgão ministerial. A MP n. 870/2019, em sua proposta original, estabelece que seria competência do Ministério da Economia: a) política e diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador; b) política e diretrizes para a modernização das relações de trabalho; c) fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas; d) política salarial; formação e desenvolvimento profissional; e) segurança e saúde no trabalho; e f) regulação profissional (art. 31, XXX a XXXVII, da MP n. 870/2019).

Durante o processo legislativo, foram apresentadas diversas emendas parlamentares que versavam sobre as alterações promovidas pelo texto original da MP n. 870/2019 referentes à área trabalhista. Foram encontradas 23 emendas que tratavam da manutenção do Ministério do Trabalho, além de outras quatro emendas que propunham retomar o Ministério do Trabalho e Previdência Social. Alternativamente, houve duas emendas que propuseram a criação de ao menos uma estrutura, ainda que esta não tivesse *status* ministerial, para coordenar as ações na área trabalhista.

A Emenda Parlamentar n. 407 propôs, alternativamente à manutenção do Ministério do Trabalho, objeto de outras emendas, a criação da Secretaria Especial do Trabalho, subordinada ao Ministério da Economia, porém mantendo todas as competências relativas ao antigo Ministério do Trabalho. Na justificativa da emenda, alega-se reconhecer que se trata de solução paliativa, não ideal, mas que ao menos manteria maior possibilidade de coordenação nas políticas públicas relativas ao trabalho.

A emenda foi aprovada e passou a fazer parte do PLV n. 10, enviado para sanção presidencial. Todavia, o presidente da República vetou a alteração promovida pelo Legislativo, alegando que o dispositivo havia sido inserido por emenda parlamentar, invadindo matéria de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, com fundamento no art. 84, VI, “a”, da CF/88, e a competência exclusiva de iniciativa de lei que trate da organização administrativa, serviços públicos e pessoal, por parte do Chefe do Poder Executivo, com fulcro no art. 61, § 1º, II, “a”, da CF/88.

Por todo o exposto, verifica-se a compreensão, por parte do Congresso Nacional, da importância da manutenção de estrutura que permita o planejamento e a coordenação das políticas relacionadas ao direito do trabalho, fato que culminou na aprovação, se não das emendas parlamentares que propunham a manutenção do Ministério do Trabalho, ao menos da criação

de uma Secretaria Especial do Trabalho subordinada ao Ministério da Economia que mantivesse as competências que anteriormente competiam ao Ministério do Trabalho.

Todavia, o Executivo federal optou por vetar a alteração promovida pelo Congresso Nacional, e manteve, a esse respeito, o texto original da MP n. 870/2019. No texto da Lei n. 13.844/2019, suprimiu-se a Secretaria Especial do Trabalho com as competências do antigo Ministério do Trabalho, mantendo-se dispersas entre os ministérios as competências sobre o direito do trabalho.

Ademais, modificar as competências dos órgãos implica não apenas prejudicar a coordenação entre as políticas, mas também alterar os aspectos que serão levados em consideração para a elaboração das referidas políticas. Sete emendas parlamentares, que não foram aprovadas e, portanto, nem sequer compuseram o PLV n. 10, tratavam da preocupação dos parlamentares com os aspectos que seriam analisados na elaboração de políticas sobre trabalho sob a égide do Ministério da Economia. Para tanto, incluíam, no art. 31 da MP n. 870/2019, artigo que trata das competências do Ministério da Economia, os seguintes incisos: “X – Avaliação e divulgação dos impactos das políticas econômicas do Governo federal no nível de emprego e renda. XI – Elaboração de estudos especiais para a formulação de políticas econômicas que garantam o pleno emprego” (BRASIL, 2019a, p. 573). Os parlamentares alegaram que, “ao inserir a obrigatoriedade da elaboração de estudos especiais para a formulação de políticas econômicas que garantam o pleno emprego, impõe-se a garantia do trabalho como um norte para o Ministério da Economia” (BRASIL, 2019a, p. 573), além de conferir mais transparência para as ações tomadas na área.

As alterações promovidas na estrutura ministerial implicam privilegiar outros interesses na formulação de políticas em detrimento do direito do trabalho, compreendido pelo Executivo Federal como entrave para o desenvolvimento econômico. De fato, em diversas declarações públicas, o presidente da República manifestou-se nesse sentido, durante a campanha eleitoral e após o início do governo. Na primeira entrevista como presidente, disse: “O Brasil é o país dos direitos em excesso, mas faltam empregos. Olha os Estados Unidos, eles quase não têm direitos. A ideia é aprofundar a reforma trabalhista”. Essa manifestação demonstra, além da associação entre o nível de desemprego e a existência de direitos trabalhistas, a devoção ao modelo neoliberal proposto pelos Estados Unidos da América (EUA).

2.2. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: MP N. 873/2019

A MP n. 873/2019 foi editada pelo Executivo federal em 01/03/2019 e tinha por objeto alterar a CLT para modificar a forma de autorização e pagamento da contribuição sindical, alterando ainda a Lei n. 8.112/1990, suprimindo dispositivo que autorizava o recolhimento em folha de contribuição sindical do servidor público. Entre outras medidas, as contribuições passariam a ser recolhidas por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico enviado à residência do empregado ou, na impossibilidade desta, na sede da empregadora, conforme

previa o art. 582 da MP n. 873/2019, em contraposição ao recolhimento realizado pelo empregador, descontado da folha de pagamento, conforme o mesmo art. 582 da CLT.

Outra alteração promovida pela MP n. 873/2019 diz respeito à necessidade de autorização prévia dos participantes de categorias econômicas ou profissionais liberais para realizar a cobrança das contribuições sindicais, determinando que a autorização deve ser individual, expressa e por escrito; outra alteração relevante é a revogação da alínea “c” do art. 240 da Lei n. 8.112/1990, que prevê o desconto em folha da contribuição sindical do servidor público civil.

A exposição de motivos da MP n. 873/2019 foi assinada pelo à época ministro da Economia, Paulo Guedes, e discorre sobre a compreensão do Governo Bolsonaro sobre a matéria. A justificativa inicia-se com a constatação de que os sindicatos e as entidades representativas são, de acordo com a Convenção n. 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com o art. 8º da Constituição Federal, pessoas jurídicas de direito privado e que, portanto, devem usufruir de independência das autoridades públicas. Sob essa perspectiva, discorre que o custeio dos sindicatos deve se dar por meio de recursos privados, sem interferência, participação ou uso da Administração Pública.

No que diz respeito ao recolhimento em folha dos servidores públicos civis, justifica-se que não se trata de “direito legítimo dos servidores mas sim de um privilégio dos sindicatos, de uma vantagem indevida e custeada pelos impostos pagos pela população brasileira” (BRASIL, 2019b, p. 4). Há, ainda, a compreensão de que somente seria adequada a autorização individual e expressa do contribuinte sindical em detrimento dos mecanismos de negociação e deliberação coletivas.

A exposição de motivos continua, ainda, alegando que “os sindicatos e associações que forem diligentes, fizerem uma representação adequada, prestarem um serviço relevante aos seus membros, receberão as contribuições em dia e sem questionamentos” (BRASIL, 2019b, p. 5). Sobre a urgência e a relevância da proposta, alega-se a necessidade de não ingerência em organizações sindicais e representativas, reafirmando-se o conteúdo da própria MP como motivo para a urgência.

Tanto o texto da MP n. 873/2019 quanto a exposição de motivos demonstram o descaso do Executivo federal pela atuação sindical no Brasil, alterando, substancialmente, por meio de medida com eficácia imediata e de deliberação acelerada no Congresso Nacional, a forma de financiamento das entidades sindicais, dando continuidade ao projeto de desmobilização e fragilização da atuação dos sindicatos, iniciado em 2017, e, de forma reflexa, mitigando a efetivação dos direitos trabalhistas (FILGUEIRAS e LIMA, 2019).

Em 20/03/2019, designou-se a Comissão Mista para análise da matéria, publicando-se seus membros e calendário. A Comissão Mista reuniu-se em apenas uma oportunidade, não havendo deliberações. Nos dias 28/03/2019, 10/04/2019 e 16/04/2019 foram recebidas manifestações externas, majoritariamente de entidades de direitos trabalhistas, sobre a matéria em tramitação. Em 18/04/2019, tendo em vista o exíguo prazo para discussão, prorrogou-se

a vigência da MP por mais 60 dias. Todavia, em 28/06/2019, o prazo total de vigência da MP expirou, sem deliberação do Congresso Nacional, motivo pelo qual a MP n. 873/2019 perdeu a eficácia.

2.3. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA: MP N. 881 / 2019, CONVERTIDA NA LEI N. 13.874/2019

A MP n. 881/2019, que foi aprovada posteriormente com modificações como a Lei n. 13.874/2019, chamada de Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, inclui uma série de dispositivos legais que incidem sobre o direito civil, empresarial, econômico, urbanístico, ambiental e do trabalho.

A MP surge da compreensão do Executivo federal – expressa também em outras oportunidades, tais como nas demais MPs estudadas neste artigo e em outras manifestações públicas – de que o ambiente empresarial brasileiro é limitado por um excesso de ingerência por parte do poder público, impondo diversos obstáculos para o empresário. Nesse entendimento, está contida a concepção de que a suposta abundância de direitos trabalhistas representaria verdadeira barreira ao empregador. De fato, a própria designação escolhida para a MP, de Declaração de Direitos, em paralelo aos direitos proclamados em outros documentos que se utilizam do mesmo termo, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão ou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, demonstra a concepção neoliberal da liberdade econômica como direito humano por excelência. Nesse sentido, a justificativa da MP n. 881/2019 expressa que liberdade econômica “é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo” (BRASIL, 2019c, p. 13).

A justificativa continua explicando que os índices de desemprego, estagnação econômica e falta de crescimento real da renda estão diretamente associados à falta de liberdade econômica, percebendo-a como “cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país”, e que a liberdade econômica, em especial a proteção à propriedade privada, “é mais determinante para o bem-estar da população do que, por exemplo, as características regionais e demográficas de um país” (BRASIL, 2019c, p. 13). Busca-se, com a MP, instituir mecanismos para superar um “Estado irracionalmente controlador”, “antiliberdade e antidesenvolvimento”; e, diante dessa realidade, expressa-se que “nada foi enunciado [na Medida Provisória n. 881/2019] de maneira a privilegiar um em detrimento do outro, como o espírito da verdadeira economia de mercado demanda” (BRASIL, 2019c, p. 14).

Em aspectos gerais, a MP n. 881/2019 é apresentada pelo Executivo federal como um conjunto de dez medidas no sentido de desburocratizar e tornar o meio empresarial mais livre, inclusive no direito do trabalho, literalmente citado no texto normativo. As medidas são elencadas em incisos com os seguintes objetos: I) facilitação para a regulação de atividades de baixo risco; II) flexibilização quanto aos horários e dias de trabalho; III) desregulação

de políticas de preços, conferindo liberdade ao mercado; IV) as normas aplicadas ao particular pela administração devem ser igualmente aplicadas aos demais, tendo em vista a isonomia; V) presunção de boa-fé da atividade econômica; VI) perda de vigência de normas infra-legais que tenham se tornado obsoletas internacionalmente; VII) facilita-se o teste de um novo produto ou serviço, independentemente de autorização prévia; VIII) privilegia-se o pactuado entre as partes no direito empresarial em detrimento das leis, com aplicação subsidiária; IX) prevê que, no caso de descumprimento do prazo pela Administração Pública, pressupõe-se a aprovação tácita; X) equipara o documento digital ao documento físico.

A MP n. 881/2019 sofreu alterações substanciais em duas oportunidades durante o trâmite no Congresso Nacional: inicialmente, houve ampliação do seu escopo e modificação de diversos dispositivos, com adoção de 136 das 301 emendas parlamentares apresentadas, que passaram a compor o PLV n. 17/2019, originário da Comissão Especial instituída para debater a MP. Na Câmara dos Deputados, o projeto sofreu novas alterações substanciais, substituindo-se o PLV n. 17/2019 pelo PLV n. 21/2019, aprovado pela Câmara dos Deputados e posteriormente pelo Senado Federal. Ainda houve veto presidencial a alguns dispositivos, encerrando o trâmite para a aprovação do que veio a se tornar a Lei n. 13.874/2019.

As alterações promovidas na CLT são as seguintes: preferência para a expedição da Carteira de Trabalho e Previdência Social em formato eletrônico, por meio do Ministério da Economia (art. 14, CLT); liberação da obrigação de ponto para estabelecimentos com menos de 20 trabalhadores, anteriormente obrigatório para empresas com no mínimo dez trabalhadores (art. 74, § 2º, CLT); permissão do uso de ponto por exceção, mediante acordo individual, convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho (art. 74, § 4º, CLT).

Outras medidas restritivas de direitos foram suprimidas do texto final, porém surgiram ao longo dos debates legislativos e, conforme será visto no estudo da MP n. 905/2019, foram retomadas posteriormente, são elas: flexibilizar o repouso semanal remunerado de 24 horas, sobre o qual a CLT previa que ocorreria aos domingos, para tornar o dia facultativo, apenas restando o termo “preferencialmente” aos domingos (art. 67, CLT); autorização do trabalho aos domingos, devendo haver descanso remunerado nesse dia ao menos uma vez no período de quatro semanas (arts. 68 e 386, CLT); permissão para substituir domingos e feriados por outro dia de folga compensatória, sem necessidade de remuneração maior (art. 70, CLT); restrições à atividade fiscalizatória do auditor fiscal do trabalho (art. 161, CLT); desobrigação da constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes em empresas com menos de 20 trabalhadores ou micro e pequenas empresas (art. 163, CLT); contratos com remuneração mensal acima de 30 salários mínimos, com as partes tendo sido assistidas por advogados, passariam a ter natureza civil (§ 2º do art. 444, CLT).

O PLV n. 21/2019 foi aprovado na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal apenas em 15/08/2019, com aviso de que o prazo de vigência da MP n. 881/2019 era 27/08/2019, ou seja, apenas 12 dias após o protocolo da matéria no Senado Federal. O prazo de discussão exíguo entre os senadores pressionou, sob pena de voltar ao estado anterior das

alterações promovidas pela MP n. 881/2019, para a aprovação de uma reforma menos abrangente que aquela programada, motivo pelo qual as alterações mencionadas no parágrafo anterior não compuseram o texto final.

Todavia, além das manifestações de representantes do Executivo e do próprio Legislativo, a própria adoção posterior de alguns dos dispositivos propostos nesse momento demonstra a relevância de compreender a pretensão de modificação da seara trabalhista, motivo pelo qual, além da designação de Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, a Lei n. 13.874/2019 foi chamada de Minirreforma Trabalhista.

2.4. CARTEIRA DE TRABALHO VERDE E AMARELA: MP N. 905/2019, REVOGADA PELA MP N. 955/2020

A MP n. 905/2019 foi publicada em 11/11/2019 e instituiu o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, uma modalidade de contratação de trabalhador que tenha entre 18 e 29 anos de idade, cujo salário-base mensal não ultrapasse um salário mínimo e meio nacional, pelo prazo máximo de até 24 meses, que esteja ingressando no primeiro emprego, desconsiderados vínculos anteriores como menor aprendiz, contrato de experiência, trabalho intermitente e trabalho avulso (arts. 1º, parágrafo único, I a IV, 3º e 5º). O programa tinha previsão de durar entre 1º de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2022, todavia, a medida foi revogada posteriormente em 20/04/2020 com a publicação da MP n. 955/2020.

Conforme prevê o texto da MP n. 905/2019, a contratação na modalidade “verde amarela” está restrita aos novos postos de trabalho, utilizando-se como referência a média de empregados entre janeiro e outubro de 2019 (art. 2º, *caput*), ou, ainda, a empresas que tenham perdido no mínimo 30% dos empregados registrados entre outubro de 2018 e outubro de 2019 (art. 2º, § 5º). Ainda, somente podem contratar nessa modalidade empresas com mais de dez empregados, 20% do quadro de empregados registrados e empresas com até dez empregados, dois contratados pela carteira “verde amarela”.

A modalidade de contratação ainda permite o pagamento, ao final de cada mês ou em período inferior avençado entre o empregador e o empregado, da remuneração, do 13º salário e das férias proporcionais (art. 6º). A contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é de 2%, em vez da alíquota-padrão de 8%. O empregador ainda está isento de pagamento da contribuição previdenciária do Regime Geral de Previdência Social, do salário-educação e das contribuições ao Sistema S e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) (art. 9º). No caso de rescisão contratual, aplica-se o art. 481 da CLT, que prevê o direito recíproco de rescisão entre as partes, ficando o empregador dispensado de indenização pelo encerramento antecipado (art. 11).

No que diz respeito ao adicional de periculosidade, a MP permite ao empregador contratar seguro privado de acidentes para os empregados, cobrindo morte acidental, danos corporais, danos estéticos e danos morais. Nessa hipótese, o empregador está obrigado a pagar 5% de adicional de periculosidade, em contraposição aos 30% da regra ordinária. Ademais, a MP

criou limitação aos casos em que há obrigação ao adicional, determinando que somente será devido no caso de exposição efetiva à periculosidade em ao menos 50% da jornada normal de trabalho (art. 15).

Ademais, a MP n. 905/2019 trouxe alterações na CLT, algumas delas referidas anteriormente. Retomou-se, por exemplo, a previsão do art. 67 e ss., no sentido de se permitir o trabalho aos domingos, devendo apenas o repouso semanal remunerado de 24 horas coincidir com os domingos a cada quatro semanas no setor de comércio e serviços e a cada sete semanas no setor industrial. Permitiu-se, ainda, a compensação da folga do domingo ou feriado em data diversa.

Sobre a fiscalização exercida pelos auditores fiscais do trabalho, a medida modificou o art. 626 e ss. da CLT, ampliando as hipóteses em que deve ocorrer o critério da dupla visita, dificultando a aplicação de penalidades em virtude do descumprimento de normas trabalhistas. Ademais, a MP revogou o art. 160 da CLT, dispensando a necessidade de inspeção e aprovação prévia das instalações de trabalho pelas autoridades de segurança e medicina do trabalho.

Na justificativa que acompanha a MP, assinada pelo à época ministro da Economia, Paulo Guedes, declara-se como objetivo “favorecer o empreendedorismo e o ambiente de negócios” e “possibilitar, também, a criação de novos e melhores postos de trabalho”, por meio de uma política que “visa a geração de emprego, ao simplificar a contratação do trabalhador, reduzir os custos de contratação e dar maior flexibilidade ao contrato de trabalho” (BRASIL, 2019d, p. 36).

No trâmite da MP n. 905/2020 no Congresso Nacional foram recebidas, inicialmente, 1.930 emendas parlamentares. A Comissão Especial designada para debater a matéria elaborou o PLV n. 4/2020, que ampliou em muito o escopo da norma, adotando total ou parcialmente 468 emendas parlamentares, tendo sido ainda modificado posteriormente no plenário da Câmara dos Deputados, passando a compor o PLV n. 6/2020.

Além das medidas supramencionadas, o PLV n. 4 incluiu, ainda, as seguintes previsões, mantidas no PLV n. 6: ampliou a possibilidade de contratação por meio do Contrato Verde e Amarelo para pessoas com 55 anos ou mais que não tivessem vínculo formal no período de 12 meses (art. 1º, II); ampliou as possibilidades para adesão entre os jovens de 18 a 29 anos, ao deixar de incluir no conceito de primeiro emprego vínculo formal anterior com até 180 dias de duração; permitiu o uso da Carteira Verde e Amarela para os trabalhadores rurais (art. 17, parágrafo único); ampliou o percentual de empregados nessa modalidade de 20% para 25% (art. 2º, § 1º).

Tendo em vista o prazo exíguo para debate legislativo e a complexidade das medidas propostas pela MP n. 905/2020, na data de 12/03/2020 há um ofício do então ministro da Economia, Paulo Guedes, solicitando celeridade na votação da matéria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Até então, a matéria estava sendo discutida na Comissão Especial designada para o seu estudo. Em 17/03/2020, o relator, deputado Christino Áureo, publicou

o supramencionado PLV n. 4/2020, informando a Mesa da Câmara dos Deputados do curto prazo para debate da matéria. Em 14/04/2020, houve votação no plenário da Câmara dos Deputados, aprovando o texto com algumas alterações, que passaram a constar do PLV n. 6/2020, o qual foi enviado para apreciação do Senado Federal, com a informação de que o prazo máximo para votação era o dia 20/04/2020, portanto, menos de uma semana depois do envio da matéria para o Senado. Apesar das tentativas dos senadores que apoiavam a aprovação da MP, o curto prazo para apreciação de um tema complexo e bastante controverso implicou a edição da MP n. 955/2020, na data de 20/04/2020, que revogou a MP n. 905/2019.

3. RESULTADOS E IMPACTOS DAS REFORMAS TRABALHISTAS REALIZADAS APÓS 2017

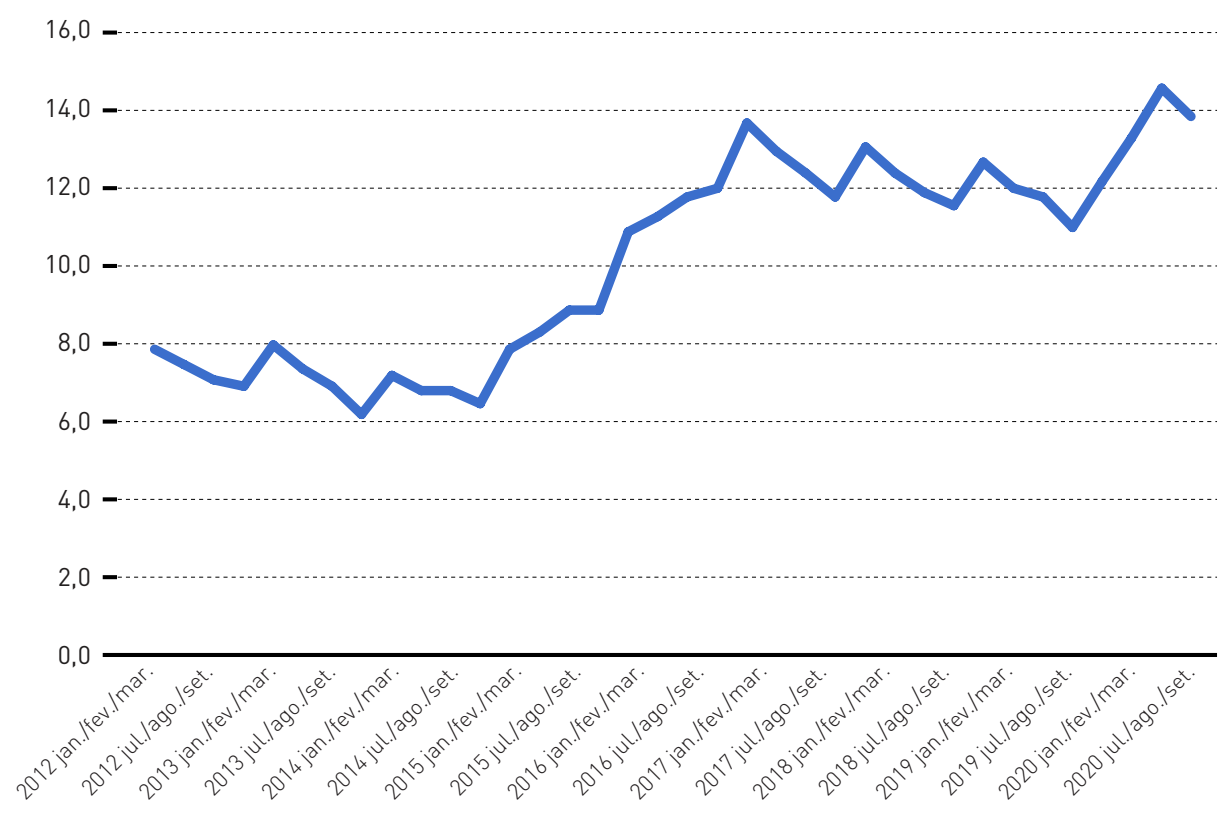
Conforme referido anteriormente, as reformas trabalhistas promovidas durante o Governo Bolsonaro, especialmente anteriores ao período da pandemia de covid-19, são a continuidade das políticas de desregulação do mercado de trabalho iniciadas com a Reforma Trabalhista do Governo Michel Temer. Os direitos trabalhistas, calcados principalmente na CLT, são apontados recorrentemente pelos reformistas como razão da ausência de competitividade do Brasil no cenário internacional e a flexibilização desses direitos compreendida como necessária para a recuperação econômica pós-crise de 2008. Os resultados econômicos apresentados após o início da reforma trabalhista em 2017, entretanto, não corroboram a tese de que, com menos direitos aos trabalhadores, haveria mais geração de emprego e fortalecimento da economia.²

No que se refere ao aumento de empregos no Brasil, um dos objetivos declarados das alterações promovidas na legislação trabalhista, a taxa de desocupação (Gráfico 1) indica leve queda ao longo de 2017 (de 13,7% no primeiro trimestre de 2017 para 11,8% no último trimestre do ano), com relativa estabilidade nos anos subsequentes, que obedeceram a um padrão decrescente ao longo dos trimestres, ocasionado, principalmente, por efeitos sazonais da criação de postos de trabalhos temporários no último período do ano.

...

2 Optamos pela sistematização e comparação dos dados relativos ao período de 2012 a 2020 por duas razões. Em primeiro lugar, valemo-nos da base de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC), elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), iniciada em 2012. Embora exista um banco de dados anterior a esse período – a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios tradicional (PNAD) –, por diferenças de metodologia na coleta e na amostragem, fica impossibilitada a utilização da PNAD para complementar a série histórica da PNADC (*vide* AZAÏS e CARDOSO, 2019, p. 312). Em segundo lugar, em uma análise de conjuntura política e econômica, tem-se o ano de 2013 como marco temporal do advento definitivo da crise que se instalaria no país. Portanto, o recorte proposto permite a visualização da evolução dos indicadores estudados, especialmente após as modificações na legislação trabalhista.

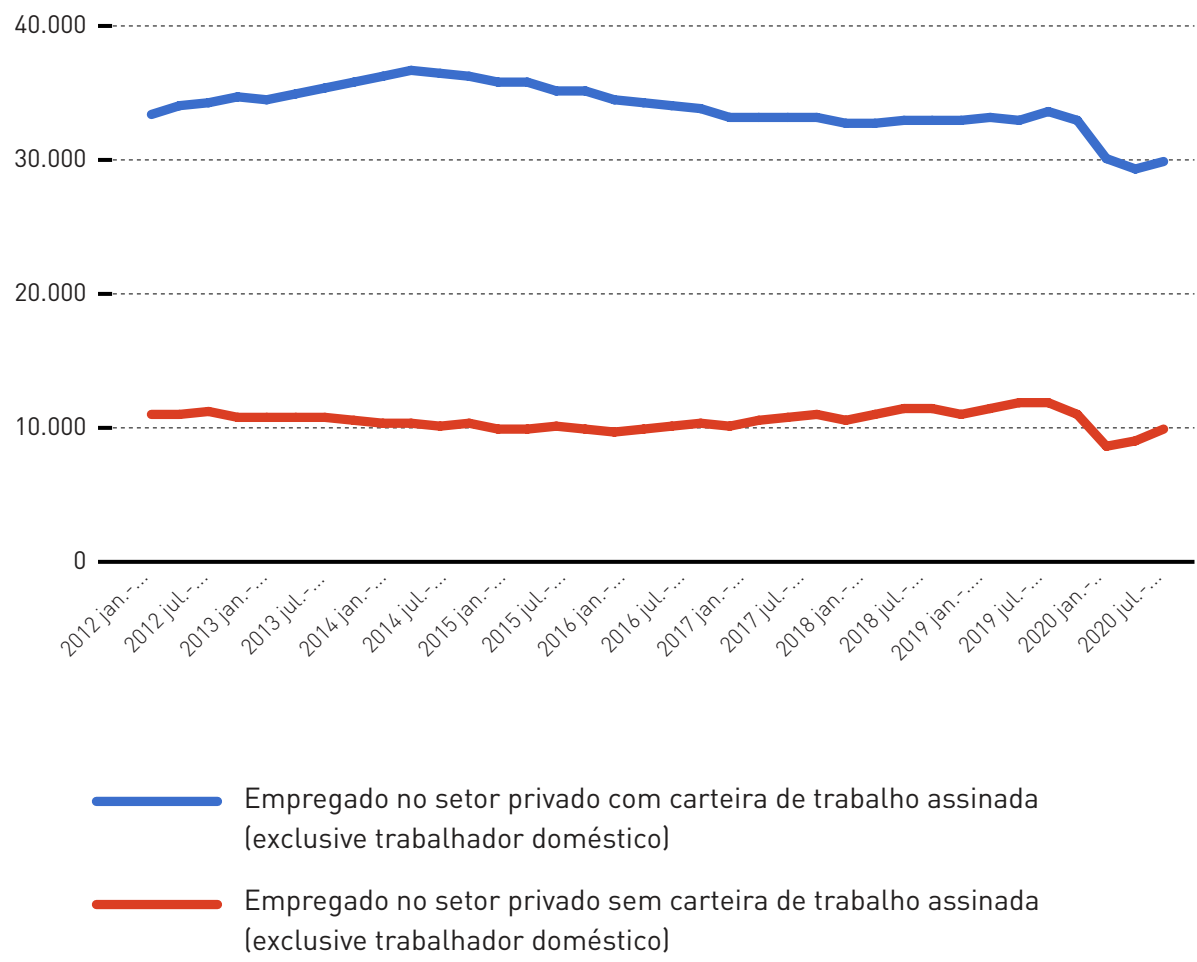
GRÁFICO 1 – **TAXA DE DESOCUPAÇÃO**



Fonte: PNADC – IBGE (2021).

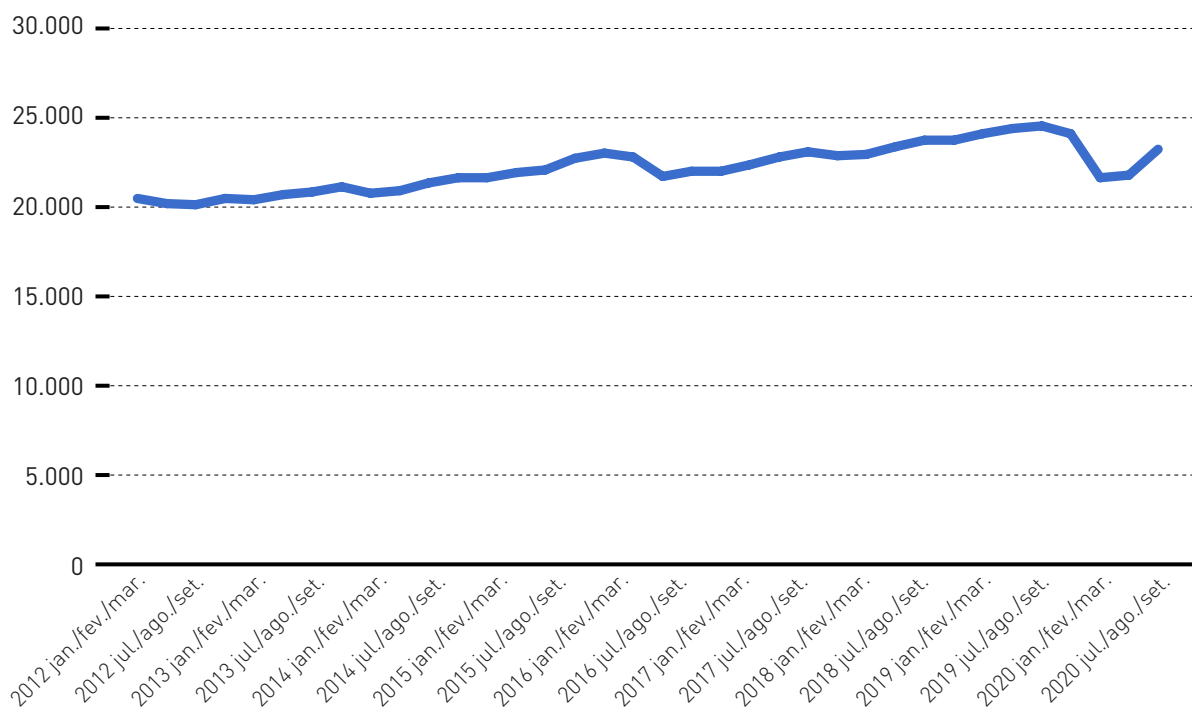
Todavia, essa tênue recuperação é acompanhada pelo incremento do trabalho sem carteira assinada (Gráfico 2), do trabalho por conta própria (Gráfico 3) e da subocupação por insuficiência de horas trabalhadas (Gráfico 4). Desde a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, em novembro de 2017, o número de pessoas empregadas no setor privado manteve-se praticamente estável até o segundo trimestre de 2020 – marcado pelo início do período pandêmico no Brasil –, ao passo que, a despeito de a quantidade de trabalhadores sem carteira assinada ter diminuído no primeiro trimestre de 2018 (de 11.056.000 de trabalhadores no último trimestre de 2017 para 10.657.000 no período consecutivo), fato que pode ser relacionado ao já mencionado efeito sazonal e não necessariamente à consequência da Reforma, manteve-se uma trajetória crescente até o segundo trimestre de 2020. A quantidade de pessoas ocupadas por conta própria seguiu roteiro semelhante: uma ligeira queda no primeiro trimestre de 2018 (de 23.110.000 para 22.871.000), com progressões nos intervalos seguintes.

GRÁFICO 2 – **EMPREGADOS NO SETOR PRIVADO COM E SEM CARTEIRA ASSINADA**



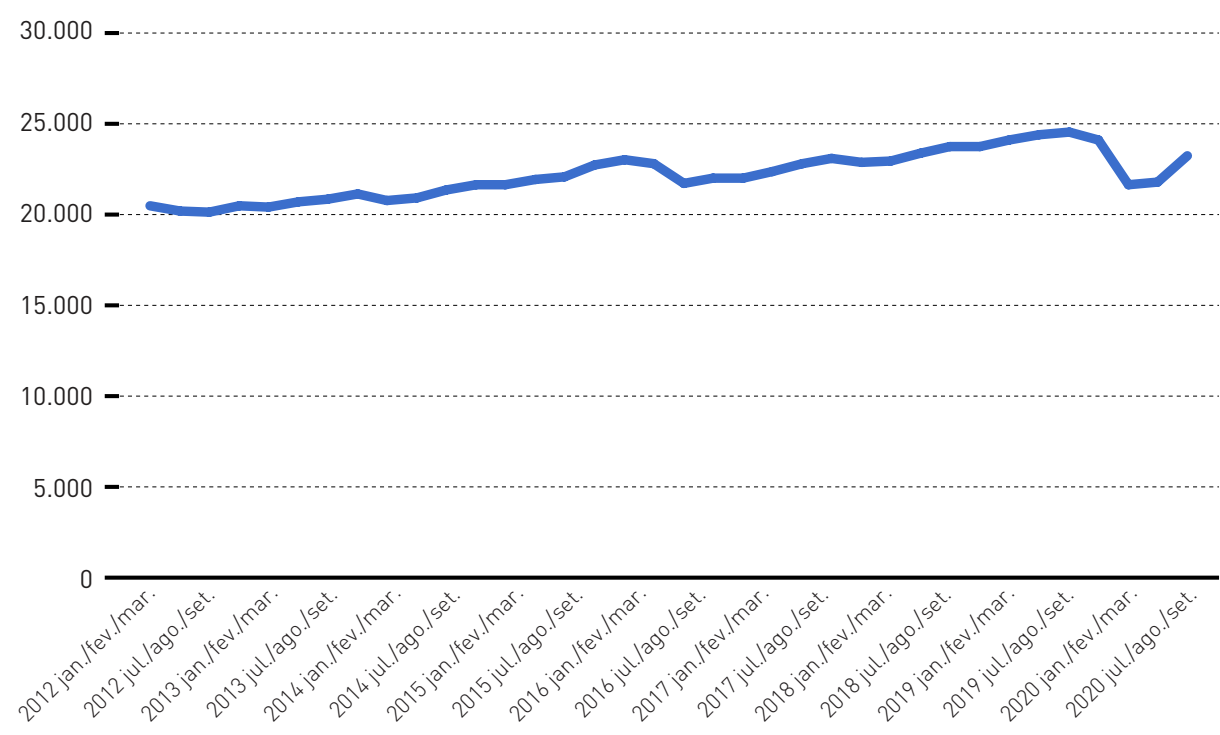
Fonte: PNADC – IBGE (2021).

GRÁFICO 3 – **PESSOAS OCUPADAS POR CONTA PRÓPRIA**



Fonte: PNADC – IBGE (2021).

GRÁFICO 4 – **PESSOAS SUBOCUPADAS POR INSUFICIÊNCIA DE HORAS TRABALHADAS**



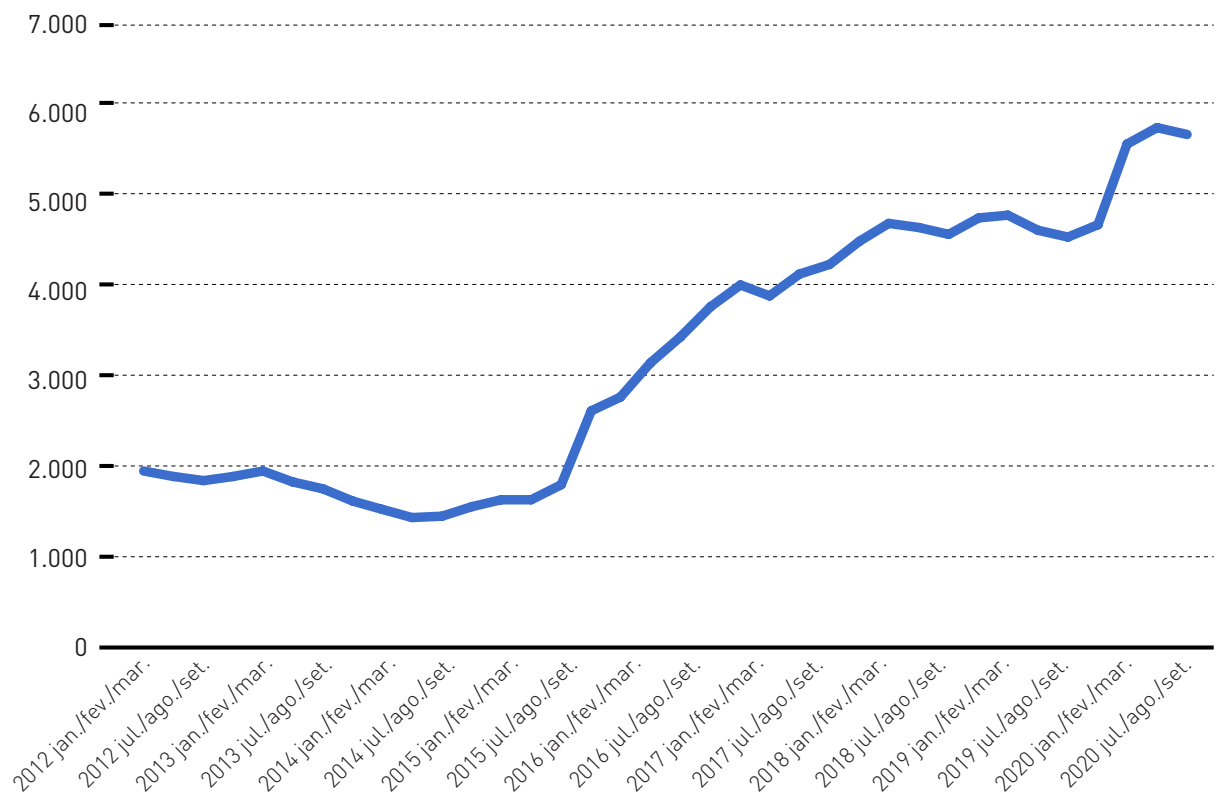
Fonte: PNADC – IBGE (2021).

O indicador de pessoas subocupadas por insuficiência de horas trabalhadas, por sua vez, desenvolve-se de forma progressiva, desde 2015, com ligeiras variações e uma queda significativa no segundo trimestre de 2020, explicada pela diminuição geral da ocupação decorrente da pandemia de covid-19. Além disso, o número de pessoas desalentadas³ (Gráfico 5) e a taxa composta de subutilização da força de trabalho (Gráfico 6) têm aumentado a cada ano, atingindo, constantemente, os maiores números da série histórica.

...

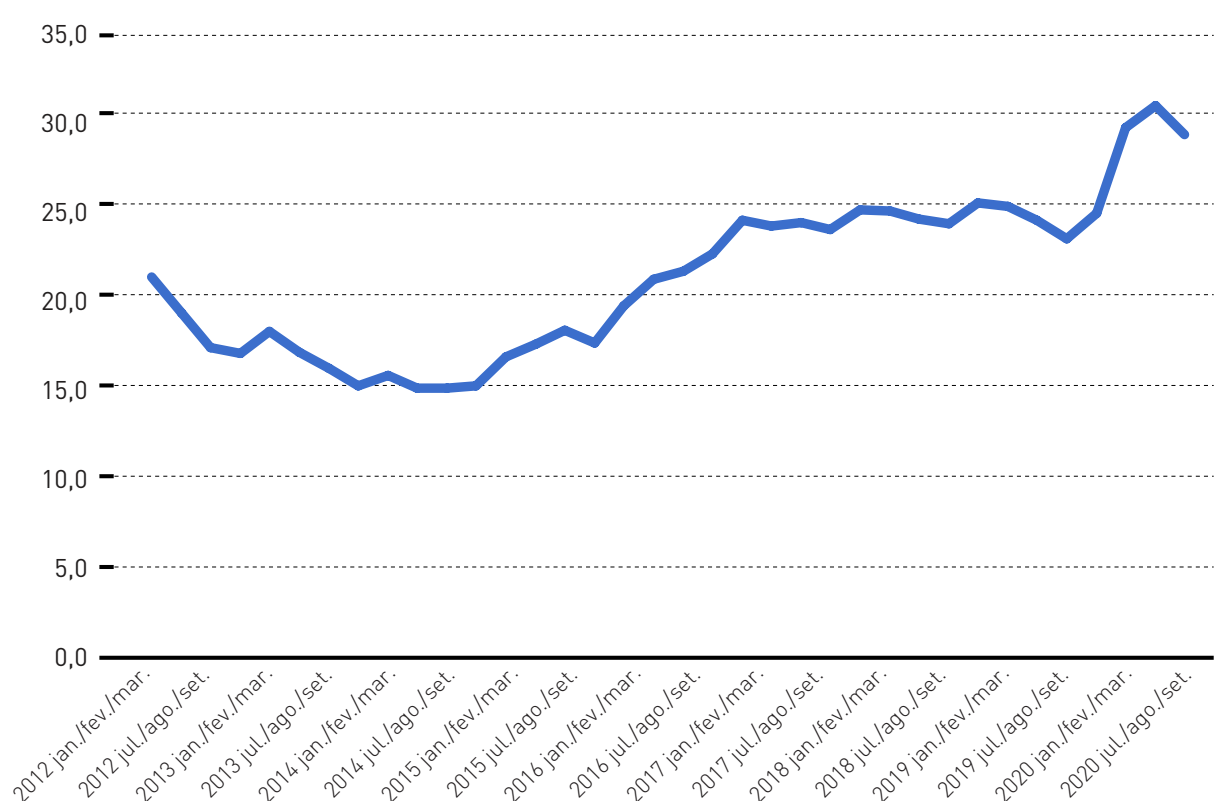
3 Pessoas que desistiram de buscar emprego.

GRÁFICO 5 – **PESSOAS DESALENTADAS**



Fonte: PNADC – IBGE (2021).

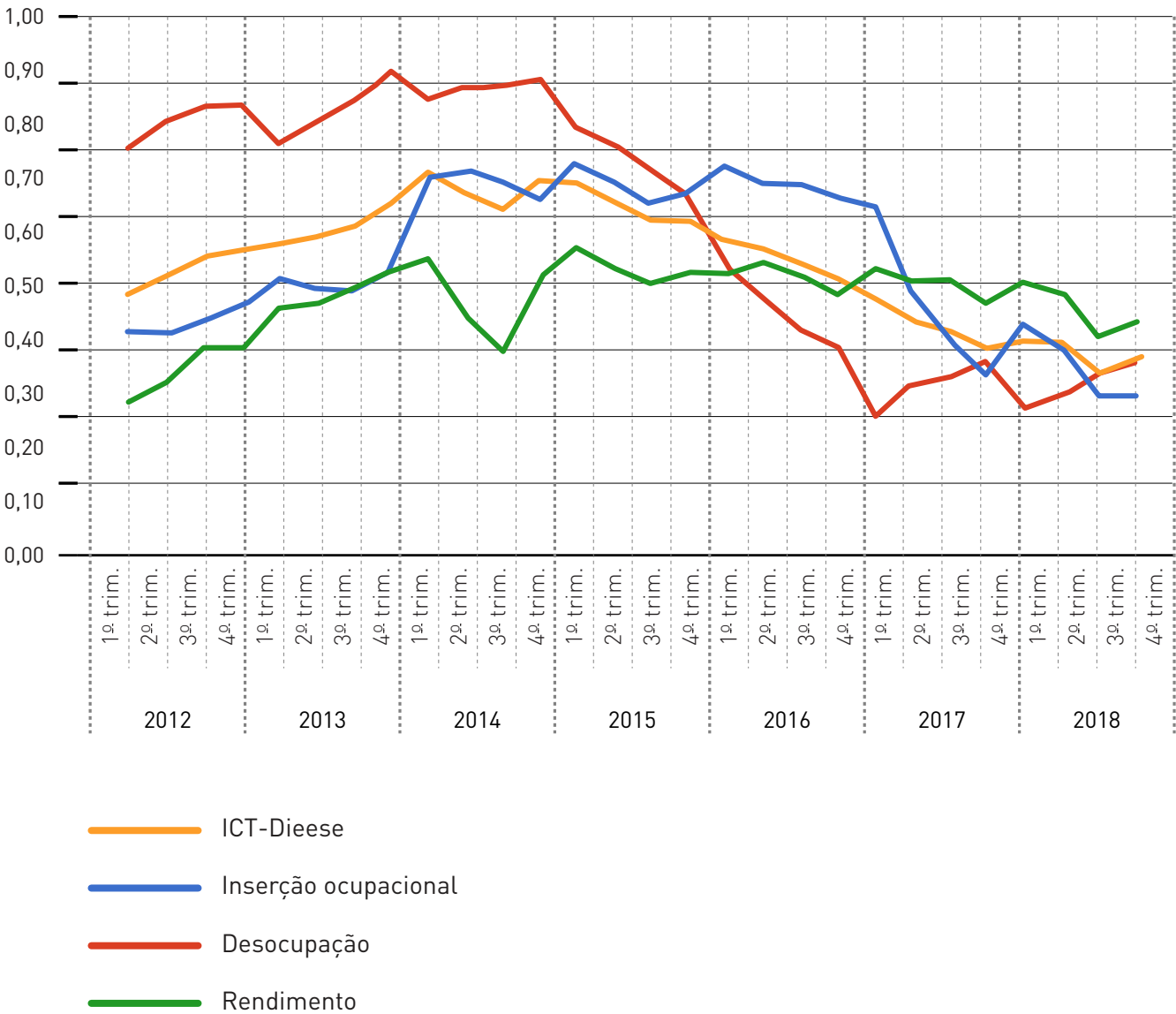
GRÁFICO 6 – **TAXA COMPOSTA DE SUBUTILIZAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO**



Fonte: PNADC – IBGE (2021).

Ao mesmo tempo, o Índice da Condição do Trabalho (ICT) – formulado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), com base em três subíndices: ICT-inserção ocupacional, ICT-desocupação e ICT-rendimento –, que demonstrara melhora significativa entre 2012 e 2014 impulsionada pelas boas condições de inserção ocupacional, pela redução no desemprego absoluto e no desemprego dos responsáveis pelos domicílios, além da elevação do rendimento médio, denota que, entre 2015 e 2018, houve queda expressiva, resultante, em um primeiro momento, da piora no subíndice de desocupação, causada pela elevação do desemprego e pelo aumento do tempo de procura por trabalho, e, posteriormente, da decaída do subíndice de inserção ocupacional, explicada pela redução de empregos com carteira assinada e tempo de permanência no trabalho (DIEESE, 2018) (Gráfico 7).

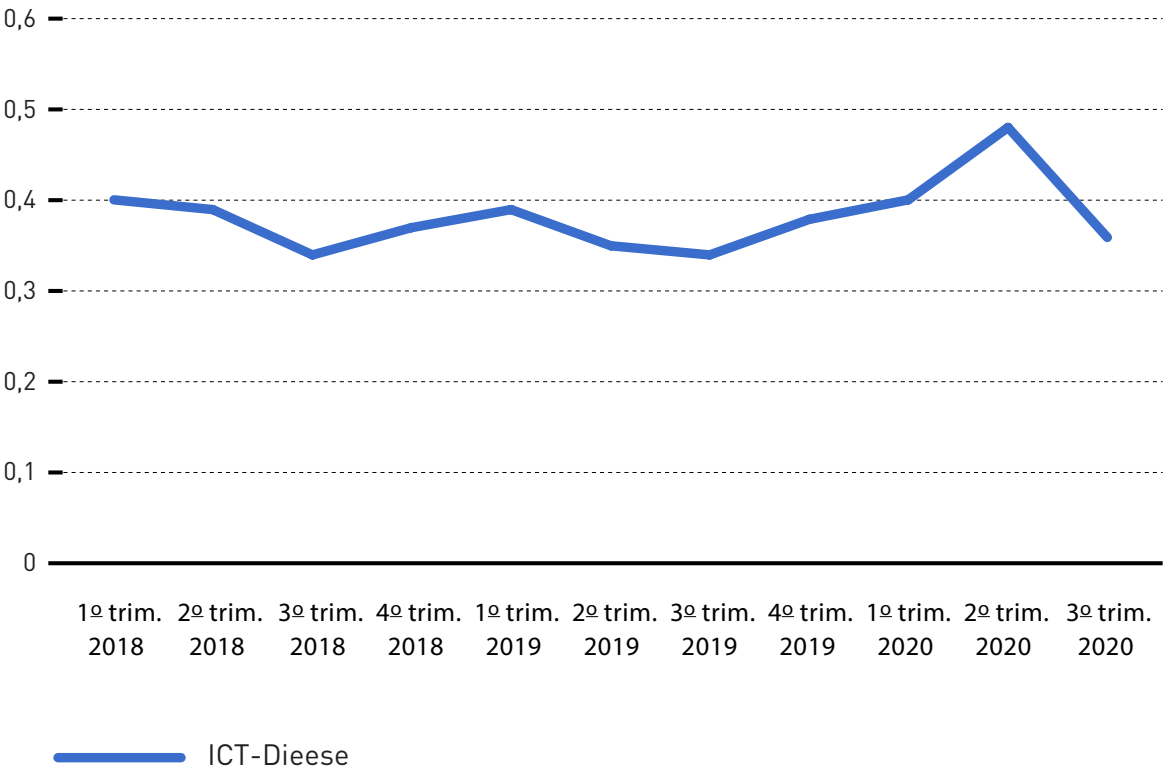
GRÁFICO 7 – **ÍNDICE DA CONDIÇÃO DO TRABALHO (ICT) DE 2012 A 2018**



Fonte: Dieese (2018).

Em 2018, o ICT manteve-se praticamente estável, apresentando ligeira melhora no primeiro trimestre de 2019, em função do movimento sazonal de redução do trabalho temporário e precário do final do ano (DIEESE, 2019a). Nos trimestres seguintes, no entanto, os resultados do ICT evidenciaram piora nas condições do trabalho, especialmente devido à precariedade da inserção dos trabalhadores, com menos contribuições à previdência social e rendimentos inferiores (DIEESE, 2019b, 2019c). A pequena melhora no quarto trimestre de 2019 é atribuída ao já citado efeito sazonal (DIEESE, 2019d). Por fim, o ICT do primeiro trimestre de 2020, embora não abranja os impactos decorrentes da pandemia, já indicava a desaceleração da economia e a estagnação do mercado de trabalho (DIEESE, 2020) (Gráfico 8).

GRÁFICO 8 – ÍNDICE DA CONDIÇÃO DO TRABALHO (ICT) DE 2018 A 2020



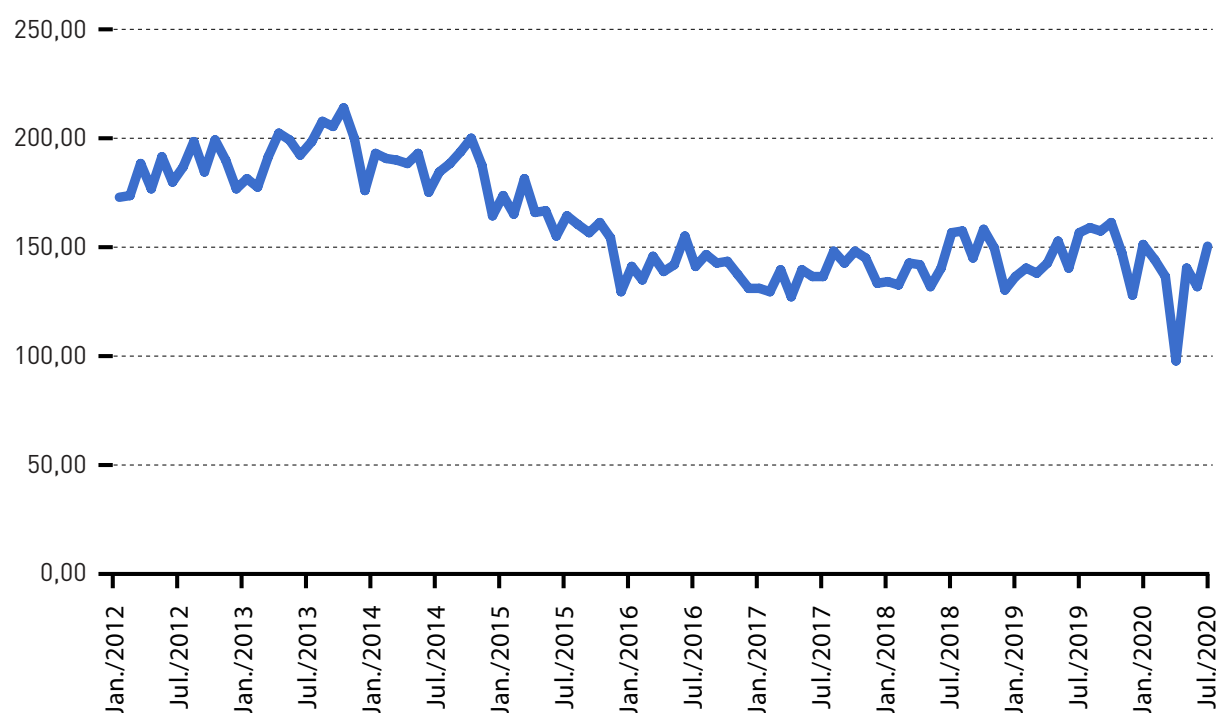
Fonte: Dieese (2020).

Ou seja, os dados relativos ao trabalho demonstram que a lenta retomada dos resultados ligeiramente positivos na taxa de desocupação a partir de 2017 se dá sobre a criação de “ocupações precárias e vulneráveis e com predominância nas atividades ocupacionais com menores exigências de qualificação” (LEONE, TEIXEIRA e BALTAR, 2021, p. 101). Concomitantemente, indicadores econômicos não apontam para qualquer correlação entre flexibilização da legislação trabalhista e melhora na economia.

O nível de atividade, medido por meio do Produto Interno Bruto (PIB), após forte queda entre o segundo trimestre de 2014 e o quarto trimestre de 2016, vem apresentando uma

recuperação demasiadamente lenta, associada, principalmente, aos setores de agropecuária e indústria extrativa, nos quais a participação do trabalho é diminuta, de forma a não constituir decorrência direta das alterações dos direitos trabalhistas (MANZANO, 2021). Ainda, o Indicador de Formação Bruta de Capital Fixo (FBCF), elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), denota estagnação da taxa de investimentos nos últimos anos (Gráfico 9).

GRÁFICO 9 – INDICADOR IPEA DE FBCF



Fonte: FBCF – IPEA (2020).

No mais, os indicadores relativos ao comércio exterior, aferidos por meio da análise da balança comercial realizada pelo Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (Iedi), assinalam um processo de primarização da economia brasileira, privilegiando a produção de produtos básicos perante os bens de maior complexidade industrial. A diminuição de custos diretos com direitos trabalhistas, assim, não promoveu a ampliação da competitividade no cenário internacional, ao contrário, o que se verifica é a contração da exportação, especialmente de produtos industrializados, resultando em menor empregabilidade (MANZANO, 2021).

Logo, apesar de a análise a longo prazo desses indicadores ter sido parcialmente prejudicada pela eclosão da pandemia no segundo trimestre de 2020, considerando-se os resultados obtidos no período posterior às alterações trabalhistas de 2017 e anterior à crise sanitária, bem como as similaridades entre os projetos de flexibilização da legislação laboral dos Governos Temer e Bolsonaro – ou seja, a retirada de direitos historicamente conquistados, com um aumento das liberalidades para os empregadores, pautada em um viés neoliberal –, é possível

constatar que as MPs editadas em 2019 frustram a consecução dos dois principais motivos que as justificaram: a geração de novos empregos e a retomada da economia.

Em primeiro lugar, há que se considerar que essa flexibilização pretendida pelos dois governos se traduz em cortes de direitos e, conseqüentemente, na precarização do trabalho, uma vez que o direito trabalhista já é flexível “para cima”, ou seja, garante direitos mínimos sem restringir a negociação de melhores condições, e no processo de torná-lo mais maleável, obrigações que antes eram flexíveis, isto é, devidas somente em algumas situações, são geralmente eliminadas nas reformas. Em segundo lugar, a própria tentativa de adequar a legislação trabalhista aos anseios do mercado é incongruente e vai de encontro aos escopos do direito do trabalho, que ao regular a demanda por mão de obra, impõe ao empregador o respeito e o cumprimento de determinadas regras independentemente das condições do mercado, buscando equilibrar essa relação tão díspar e desmercadorizar, ao menos parcialmente, a força laborativa (FILGUEIRAS, LIMA e SOUZA, 2019).

Então, as medidas praticadas pela gestão Bolsonaro, ao mesmo tempo em que não se apoiam em resultados práticos positivos, mostram-se descoladas da realidade do mercado de trabalho brasileira e, até mesmo, absolutamente ineptas, caso o objetivo seja, realmente, a redução do desemprego e a alavancagem da economia. Nesse sentido, as MPs n. 870/2019 e 873/2019, ao extinguirem e fragilizarem, respectivamente, organizações coletivas dedicadas à vigilância de direitos trabalhistas, mitigam a capacidade de mobilização social em prol desses direitos, em um cenário de decadência das condições de trabalho, ao passo que as MPs n. 881/2019 e 905/2019 dão continuidade ao projeto de mercadorização da mão de obra, favorecendo contratos atípicos de emprego enquanto relativizam a precarização das condições de trabalho, sem a contrapartida de criação de postos formais de emprego.

CONCLUSÃO

Depreende-se, diante do exposto, que a edição das MPs da Reforma Ministerial n. 870/2019, da Contribuição Sindical Voluntária n. 873/2019, da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica n. 881/2019 e do Contrato de Trabalho Verde e Amarelo n. 905/2019 não se apoia em perspectivas positivas para o mercado de trabalho, tampouco se traduz em um bom desempenho econômico que a justificaria, implicando, em verdade, a precarização de direitos trabalhistas, que pode ser categorizada em: I) desarticulação de estruturas para planejamento de políticas referentes aos direitos trabalhistas, especialmente com a extinção do Ministério do Trabalho e a diluição de suas competências entre outros ministérios; II) desvalorização dos sindicatos como atores na esfera trabalhista, pautada sobre a preferência pela “liberdade individual” do empregado e do empregador, a despeito da vulnerabilidade do primeiro em relação ao segundo; III) flexibilização de direitos trabalhistas; IV) enfraquecimento de instâncias e normas de fiscalização, em especial da Auditoria Fiscal do Trabalho, do MPT e da Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

AZAÏS, Christian; CARDOSO, Adalberto. Reformas trabalhistas e seus mercados: uma comparação Brasil-França. *Caderno do Centro de Recursos Humanos*, Salvador, v. 32, n. 86, p. 253-270, ago. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. *Avulso de Emendas Parlamentares da Medida Provisória n. 870/2019*. 2019a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7916382&ts=1596460765117&disposition=inline>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 873/2019*. 2019b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7922859&ts=1594030823742&disposition=inline>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 881/2019*. 2019c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7946806&ts=1617045223650&disposition=inline>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 905/2019*. 2019d. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8037394&ts=1605647345920&disposition=inline>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CARDOSO, Adalberto; PERES, Thiago Brandão. Modernização da legislação trabalhista em meio a uma pandemia: neoliberalismo como projeto e má-fé como método. In: KREIN, José Dari *et al.* (orgs.). *O trabalho pós-reforma trabalhista (2017)*. São Paulo: Cesit – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2021. v. 1. p. 283-320.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. O neoliberalismo, um sistema fora da democracia. *Revista Fevereiro: Política, Cultura e Teoria*, São Paulo, n. 9, 2015. Disponível em: <https://www.revistafevereiro.com/pag.php?r=09&t=18>. Acesso em: 11 maio 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *O ICT entre o 4º trimestre de 2019 e o 1º trimestre de 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analiseict/2020/062020.html>. Acesso em: 1º ago. 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *O ICT entre o 4º trimestre de 2018 e o 1º trimestre de 2019*. 2019a. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analiseict/2019/022019.html>. Acesso em: 1º ago. 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *O ICT entre o 1º trimestre de 2019 e o 2º trimestre de 2019*. 2019b. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analiseict/2019/032019.html>. Acesso em: 1º ago. 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *O ICT entre o 2º trimestre de 2019 e o 3º trimestre de 2019*. 2019c. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analiseict/2019/042019.html>. Acesso em: 1º ago. 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *O ICT entre o 3º trimestre de 2019 e o 4º trimestre de 2019*. 2019d. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analiseict/2020/052020.html>. Acesso em: 1º ago. 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *Uma análise do período 2012-2018 sob a ótica do Índice da Condição do Trabalho (ICT – DIEESE)*. 2018. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analiseict/2019/estudo2012-2018.html>. Acesso em: 1º ago. 2021.

DRUCK, Graça; DUTRA, Renata; SILVA, Selma Cristina. A contrarreforma neoliberal e a terceirização: a precarização como regra. *Caderno do Centro de Recursos Humanos*, Salvador, v. 32, n. 86, p. 289-306, ago. 2019.

DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Medida Provisória n. 905/2019 Programa Verde Amarelo: a reforma dentro da reforma trabalhista. *Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 1-4, 2020.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo; KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de. As reformas trabalhistas: promessas e impactos na vida de quem trabalha. *Caderno do Centro de Recursos Humanos*, Salvador, v. 32, n. 86, p. 225-229, ago. 2019.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo; LIMA, Uallace Moreira; SOUZA, Ilan Fonseca de. Os impactos jurídicos, econômicos e sociais das reformas trabalhistas. *Caderno do Centro de Recursos Humanos*, Salvador, v. 32, n. 86, p. 231-252, ago. 2019.

FUNDAÇÃO ULYSSES GUIMARÃES; PMDB. *Uma ponte para o futuro*, 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3359700/mod_resource/content/0/Brasil%20-%20Uma%20ponte%20para%20o%20futuro%20Fundação%20Ulysses%20Guimarães.pdf. Acesso em: 19 maio 2023.

HELD, David. Global Governance Apocacalypse Soon or Reform. In: BROWN, Garrett Wallace; HELD, David (eds.). *The Cosmopolitanism Reader*. Cambridge: Polity, 2014. p. 293-333.

HELD, David; YOUNG, Kevin. From Financial Crises to the Crises of Global Governance. In: HELD, David; ROGER, Charles (eds.). *Global Governance at Risk*. Cambridge, UK: Polity, 2013. p. 170-201.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC)*, mar. 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=series-historicas>. Acesso em: 22 maio 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Indicador Ipea de Formação Bruta de Capital Fixo (FBCF)*. Maio 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2020/07/indicador-ipea-de-fbcf-maio-de-2020/>. Acesso em: 22 maio 2023.

LEONE, Eugenia; TEIXEIRA, Marilane; BALTAR, Paulo. Impactos da reforma trabalhista sobre o mercado de trabalho. In: KREIN, José Dari *et al.* (orgs.). *O trabalho pós-reforma trabalhista (2017)*. São Paulo: Cesit – Centro de Estudos Sindicais e da Economia do Trabalho, 2021. v. 1. p. 80-113.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LUZ, Alex Faverzani da; SANTIN, Janáina Rigo. As relações de trabalho e sua regulamentação no Brasil a partir da revolução de 1930. *História*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 268-278, dez. 2010.

MANZANO, Marcelo Prado Ferrari. Impactos econômicos da reforma trabalhista. In: KREIN, José Dari *et al.* (orgs.). *O trabalho pós-reforma trabalhista (2017)*. São Paulo: Cesit – Centro de Estudos Sindicais e da Economia do Trabalho, 2021. v. 1. p. 56-77.

OLIVEIRA, Francisco de. A dominação globalizada: estrutura e dinâmica da dominação burguesa no Brasil. In: BASUALDO, Eduardo M.; ARCEO, Enrique (orgs.). *Neoliberalismo y sectores dominantes*. Buenos Aires: CLACSO, 2006. p. 265-291.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 229-249, jul./dez. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá ser o direito emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio 2003.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Mauri Antônio da. Os reflexos da crise econômica sobre os direitos trabalhistas no Brasil. *Revista Katálisis*, Florianópolis, v. 22, n. 2, p. 252-272, maio/ago. 2019.

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

WADE, Robert. Financial Regime Change? *New Left Review*, [s. l.], n. 53, p. 5-21, set./out. 2008.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GASPARDO, Murilo; SANTOS, Letícia Rezende; MARCHIONI, Artur. Avaliação legislativa das reformas trabalhistas promovidas por meio de medidas provisórias no Governo Bolsonaro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2323, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202323>

Murilo Gaspardo

LIVRE-DOCENTE EM TEORIA DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” (UNESP). DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). MESTRE EM DIREITO DO ESTADO E BACHAREL EM DIREITO PELA USP.

murilo.gaspardo@unesp.br

Letícia Rezende Santos

MESTRANDA EM DIREITO NA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” (UNESP). BOLSISTA DA FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO (FAPESP) – PROCESSO N. 2021/03234-9. BACHARELA EM DIREITO PELA UNESP.

leticia.rezende@unesp.br

Artur Marchioni

MESTRANDO EM DIREITO NA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” (UNESP). BACHAREL EM DIREITO PELA UNESP.

artur.marchioni@unesp.br

Covid-19 e tutela de direitos na Justiça Federal: atores, interesses e temas da judicialização da pandemia

COVID-19 AND PROTECTION OF RIGHTS IN FEDERAL JUDICIARY: ACTORS, INTERESTS AND ISSUE AREAS OF THE PANDEMIC JUDICIALIZATION

Ricardo Silveira Ribeiro¹

Resumo

Este artigo estima um modelo estatístico explicativo dos fatores que determinaram a tutela judicial de direitos em casos relacionados ao tema covid-19 na Justiça Federal do Brasil. Por meio do uso de um método de análise estatística multinível, os resultados revelaram que as probabilidades de obtenção da tutela judicial dependem de uma complexa interação entre características processuais que identificam os perfis de autores, seus interesses subjacentes e o tema envolvido na discussão. Análises dos diferentes perfis de ações judiciais também evidenciaram que estados, Distrito Federal e municípios foram os autores de maior sucesso na obtenção de decisões judiciais favoráveis em demandas associadas ao tema da flexibilização da aplicação de regras jurídicas. Evidências ainda sugerem que a Justiça Federal não se deixou contaminar com a “polarização”, preferindo, por razões jurídicas, a manutenção do *status quo* a alocar direitos em favor de autores de qualquer um dos extremos do momento político atual.

Palavras-chave

Covid-19; Justiça Federal brasileira; política judicial; polarização; direitos.

Abstract

This paper estimates a statistical model that explains the factors that have determined the judicial protection of rights in cases related to the theme covid-19 in the Brazilian Federal Judiciary. Using multilevel statistical analysis method, the results revealed that the probabilities of obtaining judicial protection depends of a complex interaction between procedural characteristics that identify the profiles of authors, their underlying interests and the topic involved in the discussion. Analyses of the different lawsuit profiles also showed that states, the Federal District and municipalities were the most successful authors in obtaining favorable judicial decisions in demands associated with the subject of making the application of legal rules more flexible. The model also suggests that the Federal Judiciary did not allow itself to be contaminated with “polarization”, preferring, for legal reasons, the maintenance of the status quo to allocating rights in favor of authors from any of the extremes of the current political moment.

Keywords

Covid-19; Brazilian Federal Judiciary; judicial politics; polarization; rights.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo propor um modelo explicativo dos fatores que determinaram a tutela judicial de direitos pela Justiça Federal em processos relacionados ao tema covid-19. A partir de um modelo estatístico multinível, estimaram-se as probabilidades de obtenção de uma decisão judicial favorável durante o período de 16 de março a 30 de junho de 2020, quando, em todo o Brasil, em maior ou menor grau, as instituições estavam adotando medidas iniciais de enfrentamento da pandemia e havia ainda muita incerteza no marco normativo a ser adotado pelo Governo Federal.

Nesse período, a Justiça Federal teve de arbitrar diversos conflitos propostos por uma ampla gama de autores, desde pessoas físicas em busca da revisão de cláusulas contratuais de financiamento estudantil até pedidos para a execução de atividades em teletrabalho. Atores situados nos polos opostos do debate político nacional também bateram às portas do Poder Judiciário em busca de proteção judicial em favor de suas próprias agendas. No ambiente dessa recente polarização política (PEREIRA, MEDEIROS e BERTHOLINI, 2020; HUNTER e POWER, 2019), todos esses grupos alegavam “direitos” contrapostos a serem protegidos, por mais antagônicas que algumas dessas demandas pudessem parecer. Nas políticas públicas, os conflitos entre o Governo Federal e os entes subnacionais (ABRUCIO *et al.*, 2020) funcionaram como catalizadores de ações coletivas propostas por atores jurídicos e por unidades subnacionais (estados, municípios e Distrito Federal – DF) para resolverem problemas de coordenação na execução de políticas sanitárias.

A repercussão dessa conjuntura no fluxo processual da Justiça Federal é clara: em um ambiente de múltiplas “urgências” e de baixos custos para os autores ajuizarem ações, os incentivos para o incremento de demandas relacionadas, estritamente, ao coronavírus são previsíveis.

O choque exógeno da pandemia também criou a “tempestade perfeita” para o aumento da discricionariedade judicial. Afora as razões clássicas reportadas pela literatura para se conceber a decisão judicial como um subproduto de escolha diante de interpretações possíveis dos textos normativos – incerteza do ambiente (DAHL, 1957) e indeterminações normativas (KELSEN, 1997) –, a atipicidade dos temas discutidos durante o momento inicial da pandemia aumentou a probabilidade de o juiz deparar-se com “casos novos” (RIBEIRO, 2011), com características significativamente diferentes das demandas usualmente decididas pela Justiça Federal.

Assim, em um contexto de incerteza e necessidade de rápida tomada de decisão sobre qual a melhor escolha a fazer dentro de uma cesta de múltiplas possibilidades de interpretação, este artigo, por meio do uso de métodos de análise quantitativa (regressões multiníveis e testes estatísticos), testa a hipótese de que a tutela a direitos é simultaneamente determinada por fatores jurídicos e extrajurídicos relacionados aos perfis dos autores, aos interesses subjacentes, ao tipo de jurisdição e aos temas levados ao Poder Judiciário Federal.

O curto período analisado não permitiu uma conclusão sobre como os processos judiciais serão julgados ao final. Para tanto, seria necessário aguardar o prévio esgotamento das instâncias

recursais, e, conforme esclareceremos na terceira seção deste artigo, a amostra baseou-se em informações disponibilizadas pela Advocacia-Geral da União (AGU) em *site* entre 16 de março e 30 de junho de 2020. Não houve, então, tempo suficiente para que a maioria dos casos fosse julgada. Por essa razão, foram analisadas, predominantemente, decisões interlocutórias.

Não se deve concluir, contudo, que essas decisões, por não serem de mérito, possuem pouca importância. Para quem precisava de uma proteção imediata, a concessão de uma liminar ou tutela provisória de urgência foi fundamental. Pode ter evitado a inscrição do nome de um ex-estudante de baixa renda em um cadastro de restrição ao crédito; pode ter assegurado o direito de um servidor com saúde debilitada a trabalhar em sua residência (teletrabalho); pode ter garantido a importação imediata de ventiladores mecânicos a serem utilizados em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) de hospitais públicos ou privados. Não é difícil imaginar que muitas dessas decisões interlocutórias terminam por resultar em efeitos irreversíveis no mundo dos fatos, tendo natureza satisfativa. Para além disso, há a importância histórica de se fazer um mapeamento de como a Justiça Federal reagiu à emergência sanitária, isto é, se esteve disposta ou não a proteger direitos e em quais condições.

Com isso, espera-se contribuir com a literatura em política judicial no Brasil, dado que essa área interdisciplinar permanece excessivamente centrada na análise empírica das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), e, como lembra Da Ros (2017, p. 86), o STF é apenas um entre “uma constelação imensa e diversificada de órgãos judiciais [...] Brasil afora”. Há, portanto, a necessidade premente de desenvolvermos metodologias e testes de hipóteses sobre o comportamento de outros órgãos do Poder Judiciário ao decidir, notadamente, porque trabalhos recentes sobre esse território desconhecido se preocupam apenas com estatísticas descritivas da judicialização em temas muito específicos – políticas de saúde, previdência e assistência social (DINIZ, MACHADO e PENALVA, 2014; INSPER, 2019, 2020; NOGUEIRA e CAMARGO, 2017; WANG *et al.*, 2014; WANG e VASCONCELOS, 2015) –, com pouca ou nenhuma ênfase na explicação de como múltiplos fatores podem, simultaneamente, influenciar, em maior ou menor grau, as decisões judiciais em interações estatísticas complexas.

Pretende-se, portanto, suprir essas lacunas e oferecer aos leitores uma estratégia de pesquisa a ser seguida na análise quantitativa de decisões da Justiça Federal. Para tanto, o artigo está organizado em cinco seções. Na primeira, haverá rápida apresentação do debate na Ciência Política sobre modelos de comportamento decisório do Poder Judiciário. Na segunda seção, enfatizaremos a necessidade de utilização de uma modelagem estatística multinível para compreender como os casos foram decididos pela Justiça Federal. Na terceira, serão apresentados os dados e as variáveis utilizadas no modelo estatístico, e, por fim, nas duas últimas seções serão abordados as estatísticas descritivas, o modelo estatístico adotado, os resultados e as interpretações dele decorrentes.

1. LIMITAÇÕES DOS MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL NA LITERATURA EM POLÍTICA JUDICIAL

O presente artigo busca explicar como a Justiça Federal decidiu casos relacionados à covid-19 nos primeiros momentos da deflagração da pandemia. Na retórica judicial do cotidiano forense, a explicação deveria restar centrada no exame de textos normativos ou precedentes judiciais previamente estatuídos. A decisão judicial, para essa visão, seria inferida por mera dedução do direito positivo, com grande objetividade e sem apelo a quaisquer fatores extra-jurídicos, como ideologias, crenças ou circunstâncias estratégicas. Os magistrados obedeceriam a uma espécie de “modelo legal” (*legal model*) de comportamento decisório, no qual a discricionariedade judicial seria anulada ou, ao menos, severamente mitigada pelo direito estatuído em regras e precedentes vinculantes.

Evidências empíricas sugerem, contudo, que esse “modelo legal” está longe de ser capaz de explicar o comportamento dos juízes ao decidirem processos. Com frequência, pesquisas em política judicial denunciam que as amarras do direito positivo são tênues para afastar as incertezas do caso e a própria discricionariedade judicial. Desse modo, entre os cientistas políticos há relativo consenso de que o processo decisório judicial é uma espécie de subproduto do contexto e dos comportamentos políticos dos juízes. Permanece em aberto, todavia, quais fatores seriam candidatos a variáveis explicativas determinantes desses comportamentos.

Para um primeiro grupo de pesquisadores, os adeptos ao modelo “atitudinal” (*attitudinal model*), o comportamento político manifestar-se-ia no fato de juízes decidirem de acordo com as suas preferências políticas sinceras. Decisões judiciais, por consequência, seriam uma decorrência da incidência de crenças, ideologias ou visões de mundo pessoais do magistrado, e, nesse sentido, o comportamento judicial poderia ser explicado por um exame prévio das preferências dos juízes sobre diversos temas (SEGAL, 1997 e 1998; SEGAL e SPAETH, 2002). Não é o direito positivo, portanto, que indica como um caso concreto será julgado; na verdade, são as preferências *ex ante* dos magistrados as melhores preditoras dos resultados de seus julgamentos.

Um segundo grupo de cientistas políticos objeta, contudo, que esse é um quadro muito simplificado do comportamento político dos magistrados. Para esse grupo, o comportamento judicial deve ser explicado como uma espécie de “jogo” no qual os juízes interagem, estrategicamente, com outros “jogadores” (*players*) dentro ou fora do órgão judicial. Nesse ambiente, magistrados seriam obrigados a levar em consideração, ao julgarem, as ações de outros atores políticos relevantes. Seriam, então, atores políticos sofisticados: ao anteverem que a decisão de determinado modo poderia trazer consequências negativas para o Poder Judiciário ou para eles mesmos, prefeririam interpretar e aplicar o Direito a fim de minimizar prejuízos (EPSSTEIN e KNIGHT, 1998; BERGARA, RICHMAN e SPILLER, 2002). Apenas julgarão de acordo com suas preferências sinceras se inexisterem riscos adicionais. Em situações políticas adversas, poderiam ser até mesmo forçados a recuar para evitar enfrentamentos diretos com

os Poderes Executivo e Legislativo. Por essa razão, esse modelo, agrupado aqui sob o nome de modelo “estratégico” (*strategic model*), entende que o juiz, ao julgar, obedece às premissas do comportamento racional da “teoria dos jogos” e, por uma espécie de “indução reversa” (*backward induction*), maximizaria sua “função recompensa” (*payoff function*) ao interagir com os demais jogadores relevantes.

A despeito de esses serem os modelos tradicionais de investigação do processo decisório judicial, é preciso esclarecer que este artigo, por razões *metodológicas, teóricas e empíricas*, seguirá outra via analítica. Metodologicamente, não se tentará testar o modelo atitudinal, porque este foi desenvolvido para explicar decisões finais de mérito (SEGAL e SPAETH, 2002). Esta pesquisa, contudo, baseia-se em uma amostragem de processos nos quais predominam decisões interlocutórias em juízos de cognição sumária, pois, dentro dos limites temporais ditados pelo curso da pandemia, poucos processos registraram sentenças que permitissem a validação ou a refutação desse modelo. A maioria das decisões analisadas, portanto, não se enquadra nos moldes do modelo preditivo atitudinal. No Brasil, também não há disponibilidade de dados sobre o perfil ideológico de cada magistrado da Justiça Federal, se liberal ou conservador. Desse modo, características pessoais desses sujeitos serão levadas em consideração por via indireta, como se verá na seção posterior ao discutirmos o uso de modelos multiníveis.

Por uma razão análoga, não serão realizados testes específicos para a refutação do modelo estratégico, pois seus pressupostos teóricos aplicam-se, como regra, aos denominados “jogos da separação de poderes” (*separation of powers games*) (BERGARA, RICHMAN e SPILLER, 2002) ou a situações de autopreservação institucional do Poder Judiciário em ambientes políticos adversos (*institutional maintenance model*) (SEGAL, WESTERLAND e LINDQUIST, 2011). Como essas situações estratégicas, na literatura, tendem a ser observadas entre atores políticos relevantes (ex.: Suprema Corte, Congresso Nacional, presidente da República), a chance de observação de tais jogos ou comportamentos de autopreservação institucional seria maior no âmbito dos casos julgados pelo STF ou em julgamentos de grande repercussão nacional. Nossa amostra de processos, contudo, limitou-se a examinar decisões judiciais proferidas por juízos de primeiro grau, turmas recursais e Tribunais Regionais Federais (TRFs), razão pela qual é implausível esperar a ocorrência de situações estratégicas frequentes entre esses juízes e o presidente da República e/ou o Congresso Nacional.

Ceteris paribus, a dispersão ao redor do país de ações judiciais e seus efeitos jurídicos, usualmente, locais ou regionais também diminuem os incentivos para que os atores políticos relevantes tenham interesse em exercer pressões políticas diretas ou ameaças sistemáticas sobre os magistrados da Justiça Federal, de modo que perde força o vigor explicativo do modelo estratégico adotado pela literatura. Ressalvadas, portanto, circunstâncias excepcionais ou locais de determinado caso, assume-se a pouca significância desse modelo na explicação do modo como a maioria significativa dos processos foi julgada pela amostra analisada.

Motivações de ordem teórica também indicam que decisões judiciais podem ser movidas por razões atitudinais, estratégicas ou legais em diversas situações concretas. Preferências do julgador, custos da decisão, limitações de tempo, vieses cognitivos, incertezas do caso, observância de precedentes ou mesmo idiossincrasias de cada julgador compõem um amplo espectro de possíveis explicações para o modo como se decidem casos concretos (GEYH, 2010; DANZIGER, LEVAV e AVNAIM-PESSO, 2011; EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2013). Isso significa que, em vez de procurar validar ou refutar modelos tão gerais de comportamento, esperamos observar, na realidade dos julgamentos, uma espécie de *modelo misto* (*mixed model*), no qual “múltiplos comportamentos” judiciais podem ser observados a depender das variáveis independentes envolvidas no processo decisório (RIBEIRO, 2011).

Afora essas ponderações metodológicas e teóricas, evidências empíricas relativamente recentes, decorrentes da análise do comportamento do STF, indicam que o Poder Judiciário decide de forma legal, estratégica ou atitudinal a depender das circunstâncias do caso a ser julgado (KAPISZEWSKI, 2011 e 2012; RIBEIRO, 2012; ARLOTA e GAROUPA, 2014; FERREIRA e MUELLER, 2014; GOMES NETO, 2015).¹ Estatisticamente, portanto, tem sido difícil a refutação definitiva de qualquer dos modelos em benefício de um único capaz de explicar a variedade de comportamentos judiciais em um fenômeno, nitidamente, multicausal. Configura-se, dessa forma, mais promissor testar hipóteses menos restritivas e explorar os dados de modo incremental em busca de regularidades que ajudem a entender os determinantes da decisão judicial. Por essa razão, em lugar de modelos “gerais”, focaremos a análise, dentro da disponibilidade de dados, na esfera de explicação dos “microcomportamentos” judiciais ao decidir e de sua relação com as características do caso e do contexto, mensurados por meio de variáveis que acessem direta ou indiretamente fatores relevantes. Essa é a orientação do artigo, pois não há teoria que possa ditar como o modelo explicativo deverá ser construído.

Além disso, no Brasil, as pesquisas quantitativas sobre o Poder Judiciário, historicamente, centram-se em estatísticas descritivas e no cruzamento de informações em tabelas, sem maior preocupação com modelos de estatística inferencial. Como ainda alertou Da Ros (2017) ao

...

1 Gomes Neto (2015) encontrou evidências de que as decisões judiciais, nos pedidos de suspensão junto ao STF, são mais bem explicadas pela “combinação das abordagens atitudinal e estratégica”, o que favorece a conclusão de que resta inviável a adoção de um só modelo explicativo de decisão como determinante do comportamento das cortes. Não encontrou evidências, contudo, em favor do uso do modelo legal. A despeito disso, seu resultado parece ser consistente com o tipo de demanda analisada pelo autor, os pedidos de suspensão. Nesse caso, a legislação autoriza que a autoridade judicial competente decida, com alto grau de discricionariedade, sobre a conveniência e oportunidade da manutenção ou não dos efeitos de uma decisão judicial impugnada. Por *design* normativo, o magistrado está autorizado a decidir a partir de argumentos consequencialistas sobre a preservação da segurança, saúde, economia e ordem públicas.

revisar as principais pesquisas do país em política judicial, não há produção teórica significativa sobre os órgãos do Poder Judiciário que não integram as Cortes Superiores. Portanto, o objeto deste artigo – a Justiça Federal – é uma grande incógnita sob os pontos de vista teórico e empírico.

Por fim, na literatura internacional, também inexiste uma teoria de como juízes decidem em pandemias. Como demonstraram Ginsburg e Versteeg (2020), as análises explicativas da atuação do Poder Judiciário em circunstâncias excepcionais são focadas em crises de segurança nacional. Esse tipo de crise, contudo, tem características muito diferentes da crise sanitária decorrente da pandemia de covid-19. Há uma lacuna teórica sobre o tema, e, por essa razão, este artigo tem natureza exploratória. Nosso objetivo é analisar os dados empíricos sobre a judicialização da pandemia na Justiça Federal para, com isso, desvendar fatores relevantes à explicação do comportamento judicial ainda não reportados pela literatura. Em virtude da estratégia metodológica utilizada – estatística inferencial –, pretendemos obter conclusões sobre o quanto cada um desses fatores influenciou a proteção a direitos nos momentos iniciais da pandemia.

2. BREVE DESCRIÇÃO DO PAPEL DA JUSTIÇA FEDERAL E DO “ANINHAMENTO” ESTRUTURAL DE SEUS ÓRGÃOS: NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE UMA ANÁLISE ESTATÍSTICA MULTINÍVEL

No Brasil, a Justiça Federal é a estrutura do Poder Judiciário composta de juízes federais e TRFs. Na esfera não criminal, seu principal papel é julgar ações judiciais de interesse direto ou indireto da União, das autarquias, das fundações públicas e das empresas públicas federais (art. 109, I e VIII, da Constituição Federal – CF/88). Por essa razão, a maior parte de toda a judicialização contra atos do Governo Federal começa em ações movidas por interessados na primeira instância da Justiça Federal, isto é, junto aos juízes federais.

Cada juiz federal, por sua vez, está vinculado a apenas uma das seções judiciárias espalhadas em cada uma das 27 unidades federativas do Brasil (estados e Distrito Federal). Dentro de cada seção, com frequência, são criadas unidades menores, denominadas subseções, com o objetivo de otimizar a divisão espacial do trabalho dos juízes federais, e, como estes atuam em varas federais dentro de cada seção ou subseção judiciária, não é difícil perceber que estão vinculados a uma estrutura interna própria organizada em níveis.

Para fins estatísticos, o primeiro nível dessa estrutura interna é composto de processos judiciais eletrônicos, denominados tecnicamente “observações” ou “casos”. O juiz federal que decide cada incidente ou questão nesse processo eletrônico poderia ser considerado um segundo nível de análise, usualmente denominado “sujeito”, “grupo” ou “cluster”. Como processos judiciais distintos, com características diferentes, tendem a ser julgados de forma análoga pelo mesmo julgador, seria desejável incluir, no banco de dados, características individuais de cada magistrado, como perfil ideológico, idade, tempo de

magistratura, que pudessem explicar, em cada processo judicial, como determinado juiz federal decide.

Informações sobre essas características pessoais de cada magistrado, contudo, não são fáceis de coletar e dificilmente estarão disponíveis no futuro próximo. Para contornar esse problema, este artigo utiliza um modelo estatístico capaz de levar em consideração essas diferentes características e esses perfis por meio da observação de como cada seção ou subseção judiciária decide os casos. A intuição por trás dessa estratégia metodológica é simples: processos julgados por uma mesma seção ou subseção estão sujeitos às decisões judiciais de vários juízes que trabalham compartilhando informações, modelos de peças processuais e substituem-se em férias, licenças ou afastamentos legais. Desse modo, a despeito de não se observar, estatisticamente, as características individuais de cada magistrado para fins de análise estatística, pode-se construir um modelo que considere o fato de esses magistrados estarem agrupados em uma seção ou subseção, influenciando-se, reciprocamente, para obter informações relevantes sobre quais são os fatores decisivos no processo de alocação de direitos em favor de determinada parte.

Acrescenta-se, ainda, que seções e subseções judiciárias que pertencem a um mesmo TRF também tendem a ser afetadas pelas decisões de sua própria segunda instância. Nesse caso, como as seções e subseções funcionam como um segundo nível de análise e cada uma delas está vinculada a somente um TRF, é possível inferir que cada TRF pode figurar como um terceiro nível de análise em nosso modelo, o *supercluster*.

Toda essa relação entre observações, *cluster* e *supercluster* é classificada pela literatura especializada como “aninhada” (do inglês “*nested*”, cf. SKRONDAL e RABE-HESKETH, 2012), pois cada processo judicial pertence a apenas uma seção ou subseção judiciária, que, por sua vez, está vinculada a apenas um TRF, tendo nossas unidades de análise de primeiro nível (processos judiciais eletrônicos) maior probabilidade de serem julgadas da mesma forma em cada segundo nível (seção ou subseção judiciária) e em cada terceiro nível (seu TRF) quando comparadas a ações que tramitam em outras seções ou subseções judiciárias vinculadas a TRFs distintos.

Por exemplo, a Ação Civil Pública n. 1010805-66.2020.4.01.3900 está aninhada na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Pará, a qual, por sua vez, está aninhada no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). Essas relações de “aninhamento” tendem a fazer com que processos julgados na mesma seção judiciária do Pará tenham maior probabilidade de conterem padrões decisórios semelhantes, ao menos quando comparados a processos julgados na seção judiciária de Sergipe, que estão vinculados à competência do TRF da 5ª Região.

Como é difícil mensurar, diretamente, o quanto cada seção ou subseção judiciária (*cluster*) e respectivo TRF (*supercluster*) podem influenciar decisões judiciais em processos, a literatura recomenda, metodologicamente, modelos estatísticos capazes de levar em consideração esses efeitos provocados pelos “aninhamentos” por meio da estimação de regressões multiníveis

com erros adicionais denominados “efeitos aleatórios” para o segundo e terceiro níveis (GUO e ZHAO, 2000; SKRONDAL e RABE-HESKETH, 2004; STATA CORP, 2015a).

A análise empírica preliminar dos dados coletados para este artigo confirmou a necessidade de utilização dessa abordagem multinível. O teste clássico para isso indicou que a modelagem adotada teria um desempenho significativamente melhor quando comparada a modelos estatísticos de regressão logística tradicional.² Um cálculo do coeficiente da correlação intraclass (*Intraclass Correlation Coefficient* – ICC) revelou que, aproximadamente, 13% da variação nas chances de obtenção da tutela de direitos pelo autor pode ser explicada pela tendência de os processos judiciais, em uma mesma seção ou subseção judiciária, serem decididos da mesma forma. Para a literatura (BICKEL, 2007), essa magnitude é suficientemente alta para adotarmos um modelo de regressão multinível.

Testou-se, ainda, a adequação de um modelo com três níveis, incluindo a seção/subseção e o TRF respectivo como segundo e terceiro níveis, respectivamente, isto é, *cluster* e *supercluster*. Mais uma vez, houve uma rejeição da hipótese nula de adequação de um simples modelo de regressão logística com uma magnitude um pouco maior e com significância ao menor nível. Somados, os valores das ICCs das seções/subseções e do vínculo a determinado TRF resultaram em uma variação de, aproximadamente, 14%, o que sugere maior adequação de um modelo em três níveis.

3. DADOS, VARIÁVEL DEPENDENTE E VARIÁVEIS INDEPENDENTES

Os dados do presente artigo resultam do processamento de informações divulgadas no Painel covid-19 – Processos Judiciais (AGU, 2020). O período da análise abrange o intervalo temporal entre 16 de março e 30 de junho de 2020, momento no qual o *site* da AGU registrava um total de 1.659 processos e uma proporção de sucesso do órgão jurídico da ordem de 71% no indeferimento de liminares e tutelas provisórias contra o Governo Federal.

Dada a fonte do banco de dados, não se deve esperar que a análise reflita a atuação da Justiça Federal em todo o seu espectro de papéis. Primeiro, porque, para garantirmos uma amostragem significativa, delimitamos um subconjunto de demandas a serem analisadas estatisticamente, quais sejam, as ações judiciais de competência da primeira instância da Justiça Federal. Ações originárias dos TRFs, portanto, não foram objeto de análise, pois seu quantitativo foi muito pequeno (apenas sete processos). Informações sobre pedidos de suspensão e recursos de agravo de instrumento também foram suprimidas com o objetivo de se evitar uma contagem duplicada de um mesmo caso, pois os resultados desses recursos já foram computados pela variável dependente.

...

2 O teste consiste em estimar um modelo multinível nulo ou incondicional, isto é, sem a presença de variáveis independentes, para a variável identificadora da seção ou subseção. Com isso, calcula-se a ICC.

Uma segunda observação também precisa ser apontada: como os processos estão centrados na atuação da AGU em defesa da União e de suas autarquias e fundações públicas, o artigo não abrange a defesa em juízo de empresas públicas e sociedades de economia mista federais. Demandas tributárias, cujo acompanhamento compete à Procuradoria da Fazenda Nacional, e ações criminais também foram excepcionais e de pouca representatividade estatística, não sendo possível obter conclusões sobre o comportamento do Poder Judiciário Federal nessas duas áreas temáticas.

Quanto à delimitação do período de pesquisa, estabeleceu-se como marco final o dia 30 de junho de 2020, pois houve a necessidade de ulterior processamento das informações em um novo banco de dados, com coleta de dados complementares e cruzamento dos processos com a base de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2020). Apesar de, em tese, ser desejável o prosseguimento da extração de dados sobre as demandas, destaca-se que o *site* da AGU (2020) parou de divulgar o monitoramento de novas ações sobre covid-19 a partir do dia 9 de setembro de 2020. Como consequência, a maior parte das decisões judiciais analisadas teve natureza interlocutória (ex.: liminar, tutela provisória, indeferimento), pois não houve um transcurso temporal suficientemente grande para que pudessemos observar o julgamento de mérito do caso por sentença ou acórdão.

Desse modo, o artigo não tem como antecipar se os autores das demandas analisadas terão sucesso ou não ao final do processo, quando do trânsito em julgado. Tais resultados somente poderão ser coletados no futuro, normalmente após o julgamento pela segunda instância ou, em algumas situações, somente após apreciação da demanda pelos Tribunais Superiores via recurso especial e/ou extraordinário. Apesar dessa limitação, a pesquisa teve a finalidade restrita de examinar as respostas do Poder Judiciário à situação emergencial. É um modelo explicativo da tutela nesse período de emergência sanitária. Não é, assim, uma proposta de explicação de como os juízes federais e os desembargadores federais decidirão processos em casos não relacionados ao choque externo da pandemia ou em momento posterior à emergência sanitária. Nesse sentido, as conclusões sobre como o Poder Judiciário, efetivamente, decidiu *nesse contexto histórico específico* são estatisticamente válidas.

Outro ponto relevante é que a simples obtenção de tutela provisória de urgência pode ser tudo que a parte autora desejava naquele momento histórico. Por exemplo, muitos ex-alunos de universidades ajuizaram demandas para flexibilizar o prazo para pagamento do financiamento estudantil e renegociar seu contrato. O simples deferimento da tutela provisória representou grande ganho para esse grupo, pois evitou a emergência de encargos e a restrição de seu nome em sistemas de proteção ao crédito. Estudantes do último ano do curso de Medicina também ajuizaram demandas para antecipar sua colação de grau e, com isso, começarem a trabalhar em hospitais. Os que conseguiram tutela provisória, nesses casos, foram extremamente bem-sucedidos independentemente da decisão final de mérito.

Quanto à amostra, foi suficientemente grande para fazer estimações inferenciais sobre o comportamento do Poder Judiciário durante o período da emergência sanitária. Em 21 de

abril de 2021, o *site* da AGU registrava o ajuizamento de 1.514 ações, enquanto à época de nosso levantamento foram examinados dados de 1.268 processos judiciais distribuídos em 27 seções da Justiça Federal em todos os cinco TRFs do país.³ Como no período do fechamento da coleta de dados, em 30 de junho de 2020, não havia decisões judiciais para todos os processos, a amostra efetivamente utilizada, nas regressões, abrange um total de 992 processos judiciais distribuídos entre 165 grupos ou *clusters* de segundo nível (seções e subseções judiciárias) e cinco *superclusters* de terceiro nível (TRFs).

Nas seções e subseções judiciárias, computou-se, no mínimo, um processo decidido e, no máximo, 95 processos decididos em um mesmo *cluster*. Em média, cada seção ou subseção decidiu, aproximadamente, seis processos. Embora haja seções e subseções com uma quantidade pequena de processos judiciais nelas decididos (ex.: um ou dois), em análises estatísticas multiníveis, amostras relevantes procuram maximizar o número de diferentes grupos ou *clusters* a serem examinados, tendo a quantidade de unidades que os compõem um papel de menor relevância para fins de inferência (BICKEL, 2007). Como temos uma quantidade significativa de processos em alguns *clusters* e uma quantidade de *clusters* superior a 20 em nossa amostra, não se deve, simplesmente, descartar *clusters* com uma quantidade ínfima de unidades, pois isso diminui a quantidade de informação para fins de inferência (SKRONDAL e RABE-HESKETH, 2012).

Quanto à variável dependente, é binária e avalia o sucesso parcial ou total da pretensão do autor em obter alguma medida protetiva de seu direito logo após o ajuizamento da ação judicial. Se o pedido inicial de liminar ou tutela provisória foi deferido, deferido em parte ou mesmo se houve tempo de a demanda ser julgada procedente ou procedente em parte, seja por uma decisão de primeiro grau ou de grau superior, considera-se que o Poder Judiciário Federal acolheu parcial ou totalmente a tese alegada pelo demandante, tendo sido o resultado computado como sucesso para fins estatísticos (sucesso parcial ou total = 1; fracasso = 0).⁴

As variáveis independentes aferem a influência dos três níveis de análise do modelo multinível sobre a probabilidade ou chance de sucesso na obtenção da tutela junto à Justiça Federal. No primeiro nível, o das características do processo judicial eletrônico, foram concebidas variáveis para identificar os *autores* da demanda, a *área temática do caso* (objeto processual), o *tipo de jurisdição* e o *tipo de interesse* defendido.

...

3 A amostra é inferior ao número total divulgado pela AGU porque não se analisaram ações judiciais ou recursos propostos em outras instâncias do Poder Judiciário (eg.: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Justiça do Trabalho).

4 Não usamos um modelo ordinal porque a frequência de decisões parcialmente favoráveis foi muito baixa, de apenas 34 casos, e a “assunção das chances proporcionais”, típica do modelo ordinal (LIU, 2016), seria pouco crível nessa circunstância.

Os *autores* foram classificados em oito categorias distintas, de acordo com o perfil encontrado na amostra: pessoas físicas, entidades associativas, Organizações não Governamentais (ONGs), atores jurídicos, sociedades empresárias, estados/municípios/Distrito Federal, partidos políticos e União/AI.⁵ Denominamos “entidades associativas” as pessoas jurídicas que representam grupos de interesse, como associações, sindicatos, federações e confederações, sejam elas em defesa de trabalhadores, servidores públicos ou empresários. O termo “ONGs” deve ser visto como um rótulo bem genérico para entidades privadas sem fins lucrativos que se dedicam a atividades de interesse público (ex.: saúde, educação). Na categoria “sociedades empresárias”, foram incluídas atividades de pessoas jurídicas que objetivam, economicamente, o lucro, sejam elas tecnicamente espécies societárias ou não à luz do direito empresarial. A categoria “União/AI” identifica demandas ajuizadas pela União, autarquias ou fundações públicas federais.

“Atores jurídicos”, por fim, compreendem o Ministério Público (federal ou estadual), a defensoria pública (da União ou estadual) e a Ordem dos Advogados do Brasil (sede ou seccionais). Esse grupo foi segregado em uma categoria própria, porque, de acordo com a literatura em política judicial, espera-se que tenham um desempenho melhor que o de outros grupos.

As peculiaridades do caso concreto foram analisadas por meio de uma classificação do *tema da demanda* (ex.: uso da cloroquina, requisições de equipamentos médicos). Para melhor compreensão, haverá esclarecimentos sobre suas categorias na seção seguinte deste artigo, quando apresentaremos todos os temas que compõem a amostra. Quanto ao perfil processual da demanda, classificamos o processo em função do *tipo de jurisdição*, se individual ou coletiva. A jurisdição coletiva compreendeu não só as classes processuais tradicionais do processo civil coletivo (ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo), mas também as ações ajuizadas pela União e pelas entidades subnacionais que defendem, na verdade, o interesse do Estado e, com isso, direta ou indiretamente, protegem, na acepção jurídica, o interesse público (“interesses difusos” da sociedade).⁶

Em relação ao tipo de interesse, as ações foram enquadradas em uma das cinco categorias de interesse a seguir: (i) individual não político; (ii) empresariais/lucrativos; (iii) corporativos; (iv) sociais/públicos; (v) individual político. O interesse individual não político é uma espécie de categoria *default*, pois se aplica quando a ação não se enquadra nos demais rótulos

...

5 A sigla “AI” refere-se à Administração Indireta.

6 Na amostra, as ações judiciais da União, do Distrito Federal, dos estados e dos municípios são de natureza “pseudoindividual” (NEVES, 2016), pois as decisões judiciais que as julgam têm efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*. Isso nos fez tratar as ações judiciais no rótulo das “ações coletivas”, independentemente da espécie de classe processual utilizada.

e foi promovida por pessoa física. Se a demanda busca proteger interesses de pessoas jurídicas com atividade lucrativa ou o interesse de trabalhadores (inclusive servidores públicos), o interesse foi classificado como empresarial/lucrativo ou corporativo, respectivamente. Interesses de natureza estritamente social ou pública, que não beneficiam os autores direta ou indiretamente com a apropriação de recursos públicos, foram classificados como de interesse social/público.

O interesse individual político ficou reservado para demandas de pessoas físicas que buscam invalidar ou proibir atos do Estado em nome da defesa de interesses difusos ou coletivos. Apesar de a classificação poder soar estranha, é fácil identificar esse tipo de demanda na prática jurídica, pois seus autores valem-se de um tipo específico de ação judicial, a ação popular, para tentar obter condenações contra o Estado em temas que extrapolam seu interesse meramente individual (ex.: anulação da campanha publicitária do Governo Bolsonaro “o Brasil não pode parar”).

No segundo nível de análise, o da seção ou subseção judiciária julgadora (*cluster*), foi criada uma variável para indicar o órgão julgador e, em um terceiro nível, uma variável que identifica cada um dos cinco TRFs no Brasil.⁷ Não foi possível, contudo, utilizar variáveis com outras características das seções, subseções ou TRFs. Isso porque a principal fonte de microdados sobre o Poder Judiciário, a Base de Dados do CNJ (2020), tem foco estritamente gerencial e é utilizada para subsidiar a elaboração anual dos relatórios do “Justiça em Números” (CNJ, 2019). Suas informações, portanto, são centradas em custos, produtividade e eficiência do Poder Judiciário e é difícil imaginar, teoricamente, que variáveis muito estranhas ao conteúdo do processo judicial sejam relevantes para explicar os resultados da variável dependente.

A despeito disso, como Epstein, Lanes e Posner (2013) sugerem que fatores usualmente não apontados pela teoria podem afetar a função utilidade judicial (*judicial utility function*), resolvemos testar, em caráter exploratório, se o excesso de trabalho ou a maior eficiência de determinada seção judiciária afetam a disposição dos juízes a decidir favoravelmente aos autores. Espera-se que seções lotadas de processos tutelem menos os direitos, pois os juízes, teoricamente, não disporiam de tempo para analisar as especificidades do caso ainda

...

7 Determinantes relativos ao *design* institucional da Justiça Federal não foram aferidos, pois o objeto da pesquisa dirige-se a processos dentro desses órgãos e não há variação nas regras de acesso à justiça e de organização institucional que justifiquem variáveis com essa abordagem. A organização institucional das cortes é extremamente importante para entender os incentivos subjacentes à judicialização (GINSBURG, 2003; RIOS-FIGUEROA e TAYLOR, 2006), mas, por óbvio, análises desse tipo são comparativas e exigem avaliação de variações institucionais entre diversas organizações do Poder Judiciário ou entre países. Este não é o caso.

na fase inicial do processo, diferentemente das seções mais eficientes, que teriam maior atenção à proteção dos direitos da parte autora, dada sua melhor capacidade de gestão do fluxo processual.

Para testar essas hipóteses, foram usadas duas variáveis relativas às seções judiciárias, a Taxa de Congestionamento Líquida (TCL) e o Índice de Eficiência Judicial (EFF) (ou IPC-Jus), calculados pelo CNJ para o ano de 2018. A primeira mensura o grau de represamento dos processos sem solução, comparados ao total de um ano (excluídos os suspensos ou em arquivo provisório), enquanto a segunda tenta mensurar, comparativamente, a eficiência de cada unidade judiciária. Detalhes sobre os conceitos de ambas as variáveis podem ser obtidos no relatório “Justiça em Números” (CNJ, 2019), e seus valores, para cada seção, podem ser consultados na Base de Dados do CNJ (2020).

Não utilizamos variáveis independentes para mensurar características de cada TRF. A importância dos *superclusters*, portanto, será aferida pela estrutura do próprio modelo,⁸ pois não encontramos, no CNJ, dados atualizados sobre as duas variáveis da Base de Dados que poderiam melhor explicar o papel da corte regional nessa fase inicial do processo, os “Agravos de Instrumento providos pelos TRFs (ainda que parcialmente)” e os “Agravos de Instrumento julgados pelos TRFs”. Ambas as variáveis não contemplam dados desde o ano de 2015.

4. ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS

Na Tabela 1, estão descritas as frequências absoluta e relativa de cada tipo de autor responsável pelo ajuizamento das 1.268 ações judiciais da amostra. Nela resta claro que 60,96% das ações sobre covid-19 foram ajuizadas por pessoas físicas em busca de proteção judicial, enquanto, em um segundo lugar bem abaixo do percentual mencionado, estão ações ajuizadas por entidades associativas (associações, sindicatos, federações e confederações), com frequência relativa de 11,75%.

...

8 Isso significa que, tecnicamente, o modelo multinível será capaz de levar em consideração o efeito de determinado processo pertencer a um TRF específico para fins de cálculo dos coeficientes das variáveis independentes. Como se verá, os coeficientes obtidos nessas regressões são denominados “efeitos fixos” e possuem interpretações equivalentes às obtidas por regressões tradicionais. Os “efeitos aleatórios”, contudo, representam fontes adicionais de erro que modelam a influência não observada de o processo judicial pertencer, ao mesmo tempo, a uma mesma seção/subseção judiciária e a um mesmo TRF.

TABELA 1 — AUTORES

	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM
PESSOA FÍSICA	773	60,96
ENTIDADE ASSOCIATIVA	149	11,75
ONG	68	5,36
ATOR JURÍDICO	107	8,44
SOCIEDADE EMPRESÁRIA	75	5,91
ESTADO/MUNICÍPIO/DF	88	6,94
PARTIDO POLÍTICO	5	0,39
UNIÃO/AI	3	0,24
TOTAL	1,268	100

Fonte: Elaboração própria a partir de AGU (2020).

Na Tabela 2, mapeamos os interesses de cada um desses autores nas diversas ações judiciais.

TABELA 2 — AUTORES *VERSUS* INTERESSES

	INDIVIDUAIS	LUCRATIVOS	CORPORATIVOS	SOCIAIS/PÚBLICOS	IND. POLÍTICOS	TOTAL
PESSOA FÍSICA	625	0	0	0	148	773
%	80,85	0	0	0	19,15	100
ENTIDADE ASSOCIATIVA	0	8	71	70	0	149
%	0	5,37	47,65	46,98	0	100
ONG	5	5	7	51	0	68
%	7,35	7,35	10,29	75	0	100
ATOR JURÍDICO	0	0	1	106	0	107
%	0	0	0,93	99,07	0	100
SOCIEDADE EMPRESÁRIA	3	71	0	1	0	75
%	4	94,67	0	1,33	0	100
ESTADO/MUNICÍPIO/DF	0	0	0	88	0	88
%	0	0	0	100	0	100

(continua)

PARTIDO POLÍTICO	0	0	0	5	0	5
%	0	0	0	100	0	100
UNIÃO/AI	0	0	0	3	0	3
%	0	0	0	100	0	100
TOTAL	633	84	79	324	148	1,268
%	49,92	6,62	6,23	25,55	11,67	100

Fonte: Elaboração própria a partir de AGU (2020).

De maneira surpreendente, 19,15% das ações ajuizadas por pessoas físicas tiveram objetivos de ordem política, como obstar a recomendação do uso de cloroquina pelo presidente, proibir campanhas publicitárias do Governo Federal ou mesmo vedar qualquer confronto do Governo Federal com as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS). Essa não é uma proporção trivial, pois se espera que pessoas físicas ajuízem demandas para defesa de seus interesses individuais. O ambiente de polarização política, contudo, parece haver gerado incentivos para que levassem ao Poder Judiciário demandas coletivas, aumentando a proporção de ações com objetivo político em relação às de interesse estritamente individual.

Das 149 ações judiciais promovidas por entidades associativas, 47,65% defenderam interesses corporativos, 46,98% interesses sociais e 5,37% interesses lucrativos. Atores jurídicos dedicaram 99,07% de suas ações a temas sociais, enquanto estados, Distrito Federal e municípios ingressaram com ações judiciais para discutir demandas de interesse exclusivamente público. Como se espera, sociedades empresárias, em 94,67% dos casos, ingressaram com ações para defender, exclusivamente, seus interesses lucrativos.

Por fim, quanto às áreas temáticas judicializadas, identificamos um total de 36 temas na amostra. Cerca de 85,41% das ações judiciais, contudo, abrangem apenas dez temas mais frequentes. São eles: provisão de profissionais de saúde (33,91%), revisão de contratos (13,88%), implementação de políticas sociais (12,38%), tentativa de os servidores obterem benefícios remuneratórios em razão da pandemia (6,23%), pedido de autorização para a realização de teletrabalho ou afastamento do servidor (4,81%), obstrução às campanhas publicitárias do Governo Jair Bolsonaro (3,71%), implementação de políticas de isolamento mais rígidas (3,39%), pedidos de flexibilização de normas sanitárias ou de minimização da burocracia nessa área (2,6%), flexibilização tributária ou tarifária (2,37%) e, por fim, tentativa de impedir requisições administrativas de insumos e equipamentos de saúde pelo Poder Executivo Federal (2,13%).

Essa classificação detalhada do objeto da demanda permite identificar os principais temas das ações sobre covid-19. Para fins estatísticos, contudo, um modelo com tamanha quantidade

de categorias dificulta bastante a análise de padrões nos modelos de regressão. Por isso, essas categorias foram agrupadas apenas em quatro grandes “macrotemas” a serem incluídos no modelo estatístico: flexibilização de regras; políticas públicas; polarização; outros.

Essa classificação é autoexplicativa. Se o autor deseja obter alguma relativização das regras jurídicas sob o argumento de que a pandemia o afetou negativamente, a área temática será classificada como “flexibilização de regras”. Demandas que pedem algum tipo de obrigação de fazer do Estado, seja para proteger o interesse individual (ex.: obter auxílio emergencial para si próprio) ou coletivo (ex.: políticas de saúde para quilombolas), foram classificadas na categoria “políticas públicas”. Demandas alinhadas com os debates “pró” e “contra” políticas ou manifestações públicas do presidente Jair Bolsonaro foram categorizadas como relacionadas à “polarização” (ex.: contra a cloroquina, a favor do isolamento, contra o isolamento). Por fim, temas não classificados em uma dessas três categorias foram rotulados como “outros”, como uma espécie de categoria *default*.

5. MODELO ESTATÍSTICO DE TUTELA JUDICIAL DE DIREITOS E PERFIS PROCESSUAIS

Nesta seção, faremos a estimação de vários modelos de regressão multinível para aferir o melhor ajuste aos dados e estimar as probabilidades de tutela judicial de direitos. Optamos por concentrar em tabelas os detalhes técnicos, para evitar textos mais longos e possibilitar que o leitor menos familiarizado com estatística possa se concentrar na interpretação dos modelos e nos resultados da pesquisa. Atenta-se que, como não há literatura prévia que oriente a forma funcional a ser adotada para a compreensão do processo decisório da Justiça Federal, a abordagem terá como base a sugestão de Luke (2004) e, a partir de um modelo *baseline*, progressivamente serão incorporadas variáveis independentes e de maior complexidade.

As Tabelas 3 e 4 estimaram nove modelos de regressão multinível para uma variável dependente binária (decisão judicial parcial ou totalmente favorável = 1). Os seis modelos da Tabela 3 são de “interceptos aleatórios”, com diferenças relacionadas apenas à inclusão progressiva de variáveis independentes. Os três outros modelos da Tabela 4 são de “coeficientes aleatórios” e distinguem-se por permitirem que coeficientes de variáveis independentes variem entre as diferentes seções e subseções judiciárias. No modelo 7, permitiu-se que o coeficiente da variável independente *interesse* variasse entre as diversas seções e subseções; no modelo 8, a variação entre seções e subseções foi fixada para a variável independente *autores* e, por fim, no modelo 9, houve a adoção da forma funcional do modelo 8 com a inclusão de um termo de interação entre as variáveis independentes *interesse* e *autores*.

TABELA 3 — REGRESSÕES COM INTERCEPTOS ALEATÓRIOS

	<i>RANDOM INTERCEPT</i>					
	<i>MODEL 1</i>	<i>MODEL 2</i>	<i>MODEL 3</i>	<i>MODEL 4</i>	<i>MODEL 5</i>	<i>MODEL 6</i>
<i>FIXED EFFECTS</i>						
INTERESSE						
EMPRESARIAIS/LUCRATIVOS	-1.03*** (0.37)	-2.98*** (1.08)	-3.14*** (1.11)	-3.19*** (1.13)	-3.15*** (1.11)	-3.19*** (1.11)
CORPORATIVOS	-0.63 (0.39)	-2.78** (1.09)	-3.00*** (1.13)	-3.09*** (1.16)	-3.00*** (1.13)	-3.02*** (1.13)
SOCIAIS/PÚBLICOS	-0.13 (0.19)	-3.28*** (1.03)	-3.31*** (1.07)	-3.42*** (1.11)	-3.32*** (1.06)	-3.33*** (1.06)
IND. POLÍTICO	-3.51*** (0.73)	-3.64*** (0.74)	-2.93*** (0.76)	-3.24*** (1.20)	-2.93*** (0.76)	-2.95*** (0.76)
AUTORES						
ENTIDADE ASSOCIATIVA		2.13** (1.05)	2.30** (1.09)	2.07 (1.27)	2.31** (1.09)	2.32** (1.09)
ONG		1.33 (0.95)	1.60 (1.01)	1.44 (1.10)	1.61 (1.01)	1.62 (1.01)
ATOR JURÍDICO		3.32*** (1.07)	3.90*** (1.13)	3.69*** (1.29)	3.92*** (1.13)	3.92*** (1.13)
SOCIEDADE EMPRESÁRIA		1.84* (1.09)	2.09* (1.12)	2.12* (1.14)	2.10* (1.12)	2.12* (1.12)
ESTADO/MUNICÍPIO		4.42*** (1.07)	4.76*** (1.13)	4.54*** (1.29)	4.77*** (1.13)	4.76*** (1.13)
<i>OMITTED</i>						
UNIÃO/AI		4.35** (1.89)	5.16** (2.07)	4.95** (2.16)	5.18** (2.07)	5.16** (2.06)
1.INTERESSE*1.AUTORES						
1.INTERESSE*2.AUTORES						

(continua)

TEMA						
POLÍTICAS PÚBLICAS		-0.51	-0.52	-0.52	-0.53	
		(0.35)	(0.35)	(0.35)	(0.34)	
POLARIZAÇÃO		-1.42***	-1.42***	-1.42***	-1.40***	
		(0.46)	(0.46)	(0.46)	(0.46)	
OUTROS		-0.33	-0.33	-0.34	-0.34	
		(0.39)	(0.39)	(0.39)	(0.39)	
JURISDIÇÃO			0.32			
			(0.96)			
TCL				1.00		
				(2.67)		
EFF					-1.54	
					(1.20)	
CONSTANT	-0.94***	-1.12***	-1.09***	-1.09***	-1.62	-0.14
	(0.20)	(0.19)	(0.19)	(0.19)	(1.43)	(0.76)
RANDOM EFFECTS						
VAR[_CONS[CORTE]]						
CONSTANT	0.10	0.04	0.05	0.05	0.07	0.11
	(0.11)	(0.07)	(0.08)	(0.08)	(0.11)	(0.13)
VAR[_CONS[CORTE>ID_ORGAO_JUD]]						
CONSTANT	0.46	0.73	0.69	0.69	0.66	0.58
	(0.23)	(0.30)	(0.29)	(0.29)	(0.30)	(0.28)
OBSERVATIONS	996	992	992	992	992	992
NUMBER OF GROUPS	5	5	5	5	5	5

STANDARD ERRORS IN PARENTHESES

*** P < 0.01, ** P < 0.05, * P < 0.1

Fonte: Elaboração própria a partir de AGU (2020).

TABELA 4 — REGRESSÕES COM COEFICIENTES ALEATÓRIOS

	RANDOM COEFFICIENT		
	MODEL 7	MODEL 8	MODEL 9
<i>FIXED EFFECTS</i>			
INTERESSE			
EMPRESARIAIS/LUCRATIVOS	-2.71**	-2.35*	-0.92
	(1.20)	(1.24)	(1.80)
CORPORATIVOS	-2.84**	-3.06**	-3.53**
	(1.23)	(1.27)	(1.66)
SOCIAIS/PÚBLICOS	-3.13***	-3.13***	-3.91**
	(1.15)	(1.20)	(1.55)
IND. POLÍTICO	-2.44***	-3.49***	-3.49***
	(0.85)	(0.83)	(0.83)
AUTORES			
ENTIDADE ASSOCIATIVA	2.48**	2.67**	3.33**
	(1.15)	(1.26)	(1.63)
ONG	1.94*	2.08*	2.83*
	(1.08)	(1.17)	(1.45)
ATOR JURÍDICO	4.14***	4.31***	5.15***
	(1.19)	(1.29)	(1.62)
SOCIEDADE EMPRESÁRIA	2.12*	1.82	0.48
	(1.16)	(1.29)	(1.80)
ESTADO/MUNICÍPIO	4.85***	4.88***	5.68***
	(1.20)	(1.28)	(1.62)
<i>OMITTED</i>			
UNIÃO/AI	5.00**	5.49**	6.30**
	(2.16)	(2.26)	(2.48)
1.INTERESSE*1.AUTORES			-2.84
			(2.64)

(continua)

1.INTERESSE*2.AUTORES			-1.84
			(2.60)
TEMA			
POLÍTICAS PÚBLICAS	-0.67*	-0.71*	-0.75**
	(0.36)	(0.37)	(0.38)
POLARIZAÇÃO	-1.60***	-1.88***	-1.91***
	(0.48)	(0.50)	(0.51)
OUTROS	-0.40	-0.42	-0.46
	(0.42)	(0.42)	(0.43)
JURISDIÇÃO			
TCL			
EFF			
CONSTANT	-1.19***	-1.19***	-1.20***
	(0.18)	(0.18)	(0.18)
RANDOM EFFECTS			
VAR[_CONS[CORTE]]			
CONSTANT	0.01	0.01	0.00
	(0.04)	(0.04)	(0.04)
VAR[_CONS[CORTE>ID_ORGAO_JUD]]			
CONSTANT			
VAR[_CONS[CORTE>ID_ORGAO_JUD]]			
CONSTANT	1.01		
	(0.35)		
VAR[_CONS[CORTE>ID_ORGAO_JUD]]			
CONSTANT		1.03	1.09
		(0.34)	(0.36)
OBSERVATIONS	992	992	985
NUMBER OF GROUPS	5	5	5
STANDARD ERRORS IN PARENTHESES			
*** P < 0.01, ** P < 0.05, * P < 0.1			

Fonte: Elaboração própria a partir de AGU (2020).

Os nove diferentes modelos multiníveis estimados sinalizaram resultados importantes, quando avaliados em conjunto. Em quase todos, variáveis relacionadas aos perfis dos *autores* e aos seus *interesses* tiveram significância estatística. Quanto aos diferentes temas julgados, as ações relativas à “polarização” tiveram maiores chances de indeferimento da tutela provisória de urgência ou improcedência quando comparadas a decisões de flexibilização de regras. Esses resultados foram bastante consistentes.

No entanto, o tipo de jurisdição do processo, se individual ou coletiva, o acúmulo excessivo de processos na seção judiciária ou o maior grau de eficiência da seção judiciária para processar feitos não interferiram na disposição ou não a tutelar direitos. Foram, simplesmente, irrelevantes para explicar qualquer decisão do Poder Judiciário Federal. Quanto ao tipo de jurisdição, isso ocorreu porque as proporções de tutela a direitos, nas ações individuais e coletivas, foram, aproximadamente, as mesmas, sem diferenças significativas. A Taxa de Congestionamento Líquida (TCL) e o Índice de Eficiência Judicial (EFF) também não tiveram significância porque as distribuições de ambos são muito parecidas: o exame das médias, medianas e variâncias das distribuições da *TCL* e do *EFF* nos processos em que houve a tutela de direitos e nos processos em que essa tutela não ocorreu revelou que não houve grande variação do grau de congestionamento e de eficiência nas diversas seções judiciárias analisadas. Testes estatísticos (teste de independência e teste t) também confirmaram essa constatação. Em termos didáticos, isso significa que as seções em que os processos foram julgados tinham níveis de congestionamento e de eficiência muito parecidos quando comparadas entre si mesmas.⁹

Em suma, a análise comparativa dos diferentes resultados evidencia que a Justiça Federal não é indiferente a “quem” ajuíza a ação e quais são seus “interesses” subjacentes. As características do caso também foram relevantes para explicar o sucesso dos autores. Isso porque o Poder Judiciário Federal esteve aberto a algum nível de flexibilização de regras para proteção a direitos, mas esteve avesso a intervir em demandas relacionadas aos clássicos temas da “polarização”.

Quanto ao ajuste, verificou-se que o modelo estatístico mais adequado aos dados foi o de número oito (modelo 8), de coeficiente aleatório para *autores* e com as variáveis independentes *autores*, *interesse* e *tema*.¹⁰ A partir dele, estima-se que a probabilidade média de obtenção

...

⁹ Infelizmente, os dados do CNJ não permitem analisar a *TCL* e o *EFF* em um menor nível de agregação, pois existem informações apenas para as seções judiciárias. Se esses indicadores fossem calculados para cada subseção ou por vara, talvez essas variáveis tivessem significância.

¹⁰ Para verificação do modelo mais adequado, foram realizados testes de razão de verossimilhança (LRT) e calculadas as estatísticas *Akaike Information Criterion* (AIC) e *Bayesian Information Criterion* (BIC). Especialmente com amparo na análise comparativa dos BICs, houve forte evidência a favor do modelo 8, consoante critérios de julgamento sugeridos por Raftery (1995).

de uma decisão favorável durante esse momento inicial de judicialização dos temas da pandemia foi de 24,58%, com margem de variação de 21,01% a 28,15%, para menos ou para mais (intervalo de confiança [IC] de 95%).¹¹ Como na amostra a proporção de sucesso na obtenção de uma decisão parcial ou totalmente favorável foi de 26,71%, é possível verificar que nosso modelo 8 previu a probabilidade média de tutela a direitos de modo consistente com os dados coletados, pois a proporção observada na amostra está dentro de nossa margem estimada.

Apesar de essa probabilidade de tutela a direitos parecer muito baixa, é importante lembrar que a amostra é essencialmente composta de decisões relativas à análise de pedidos de liminar ou de tutela provisória de urgência, pois, como já se esclareceu, não houve tempo suficiente para a instrução e o julgamento definitivo das demandas. Não é absurdo, portanto, imaginar que o Poder Judiciário tenderá a ter mais cuidado na concessão da tutela nesse momento inicial.

Com base nos resultados do modelo 8, também é possível calcular, estatisticamente, as diferentes probabilidades de tutela a direitos com base na comparação entre diferentes autores, interesses e temas decididos em cada processo judicial. Esse tipo de probabilidade é denominado, tecnicamente, “efeito marginal médio” (*Average Marginal Effect* – AME) (LONG e FREESE, 2014; WILLIAMS, 2012).¹²

Utilizando essa abordagem, verificamos que, em média, prevaleceu a proteção a interesses individuais de natureza não política. Defender outros tipos de interesse diminuiu a probabilidade de tutela de direitos nos processos judiciais. Mais precisamente, interesses empresariais/lucrativos, corporativos, sociais/públicos e individuais políticos diminuíram as probabilidades de obtenção de decisão favorável em 26,7% ($p < 0.01$), 31,8% ($p < 0.001$), 32,3% ($p < 0.001$) e 34,3% ($p < 0.001$), respectivamente, quando comparados a interesses individuais não políticos.

Não houve, ainda, diferenças estatisticamente significativas entre os interesses empresariais/lucrativos, corporativos, sociais/públicos e individuais políticos, quando comparados entre si. Isso significa, por exemplo, que não houve predisposição em beneficiar interesses empresariais em detrimento dos sociais ou proteger mais os interesses sociais em detrimento dos empresariais. Não houve, simplesmente, distinção no modo como a Justiça Federal viu esses demais interesses, pois nenhum deles recebeu maior ou menor probabilidade de proteção judicial.

...

11 Estimamos a probabilidade por meio do comando *margins* do Stata 14 (STATACORP, 2015b).

12 O conceito de “chance” não se confunde com o de “probabilidade” em Estatística. Preferimos usar esse último, pois sua interpretação é mais intuitiva para o leitor. Apesar dessa escolha, as conclusões foram as mesmas quando analisamos o modelo 8 por meio do uso de “razões das chances condicionais”, calculadas por meio da consagrada fórmula: $(e^{(\text{fixed effect})} - 1)$.

Se tomarmos as ações judiciais de pessoas físicas como referência, ajuizar ações por meio de entidades associativas, ONGs, atores jurídicos e entidades subnacionais aumentou, em média, as probabilidades de obtenção de uma decisão bem-sucedida em 33,5% ($p < 0.01$), 25,6% ($p < 0.06$), 53,6% ($p < 0.001$) e 59,9% ($p < 0.001$), respectivamente.

Ressalta-se que, de maneira análoga à já reportada pelas pesquisas sobre Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) no STF (BURGOS, VIANNA e SALLES, 2007; CARVALHO NETO, 2005; CARVALHO, BARBOSA e GOMES NETO, 2014; RIBEIRO, 2012; TAYLOR, 2006; VIANNA *et al.*, 1999), os resultados evidenciaram que atores jurídicos possuem maior probabilidade de sucesso na obtenção de decisões favoráveis, ao menos quando comparados a pessoas físicas ou empresas. Os entes subnacionais também tiveram destaque na tutela a direitos nesse momento histórico. Não houve, contudo, distinção significativa em probabilidade de tutela a direitos entre ações ajuizadas por sociedades empresárias e pessoas físicas.

Os dados indicam, ainda, que não houve viés em favor de empresas ou interesses específicos distintos do interesse individual não político. Se existiu algum viés, foi em favor da proteção ao interesse individual não político. Defender esse tipo de interesse, de fato, aumentou a probabilidade de obtenção da tutela a direitos.

Na análise dos temas, demandas relacionadas à polarização diminuíram em 19,5% a probabilidade de tutela judicial quando comparadas às de flexibilização da aplicação de normas ($p < 0.001$), e diminuíram em 10,2% a probabilidade de tutela judicial quando comparadas à judicialização de políticas públicas ($p < 0.05$). Outras demandas concernentes à covid-19 não classificadas tiveram uma probabilidade 13,6% maior de sucesso ($p < 0.05$) quando comparadas às de polarização. Ações relacionadas a políticas públicas tiveram uma probabilidade 9,3% menor de sucesso que as relativas à flexibilização ($p < 0.05$).

Fica evidente, portanto, que variáveis relacionadas a *atores*, *interesses* e *temáticas* foram relevantes para explicar as razões pelas quais, em maior ou menor grau, o Poder Judiciário Federal esteve disposto a tutelar direitos. A despeito disso, uma observação atenta das diferentes magnitudes (intensidades) e direções (para mais ou para menos) das probabilidades indica que suas relações são complexas e podem resultar em conclusões contraintuitivas. Por exemplo, atores jurídicos como o Ministério Público tendem a ser bem-sucedidos quando comparados a pessoas físicas, mas, se defenderem interesses sociais em temas relacionados à polarização em processos judiciais, isso pode demonstrar um desempenho significativamente abaixo do esperado, dado que as probabilidades associadas a cada uma das categorias das variáveis possuem magnitudes e direções diferentes.

Deve-se ter em mente, portanto, que a probabilidade de obtenção de uma tutela a direitos depende da interação entre os diversos fatores relacionados ao tipo de autor, aos interesses e aos temas decididos em cada seção ou subseção judiciária. Esse fato torna importante o exame das probabilidades de sucesso por meio da técnica de análise conjunta dos efeitos desses diversos fatores em “perfis” ou “tipos ideais” (LONG e FREESE, 2014) de ações judiciais presentes

em nossa amostra. Com isso, consegue-se analisar, comparativamente, os diferentes padrões de demandas judiciais ajuizadas na Justiça Federal.

Como nossos dados sugerem forte judicialização de pessoas físicas sobre temas relacionados à flexibilização da aplicação de regras para a proteção a interesses individuais não políticos, usaremos esse primeiro padrão de demanda como base inicial para aferir diferenças entre probabilidades com outros perfis. Intuitivamente, denominaremos esse perfil “referência”, para contraste com outras espécies de ações judiciais “típicas”, “usuais” ou “comuns” observadas em nossa amostra.

TABELA 5 — TIPOS DE AÇÃO JUDICIAL E PROBABILIDADE (P) DE TUTELA DE DIREITOS

PERFIS DE AÇÕES JUDICIAIS	P	IC (95%)		SIGNIFICÂNCIA
01. PESSOA FÍSICA + INTERESSE INDIVIDUAL + FLEX. DE REGRAS	0.271	0.216	0.327	
02. PESSOA FÍSICA + INTERESSE POLÍTICO + POLARIZAÇÃO	0.002	0.002	0.007	SIM (P < 0.001)
03. ASSOCIAÇÃO + INTERESSE CORPORATIVO + FLEX. DE REGRAS	0.210	0.080	0.341	NÃO
04. ONG + INTERESSES SOCIAIS + FLEX. DE REGRAS	0.130	0.009	0.251	SIM (P < 0.05)
05. ONG + INTERESSES SOCIAIS + POLÍTICAS PÚBLICAS	0.073	0.008	0.153	SIM (P < 0.001)
06. EMPRESAS + INTERESSES LUCRATIVOS + FLEX. DE REGRAS	0.192	0.059	0.325	NÃO
07. ENTIDADES SUBNACIONAIS + INTERESSE PÚBLICO + FLEX. DE REGRAS	0.612	0.479	0.745	SIM (P < 0.001)
08. ENTIDADES SUBNACIONAIS + INTERESSE PÚBLICO + POLARIZAÇÃO	0.250	0.089	0.411	NÃO
09. ATOR JURÍDICO + INTERESSES SOCIAIS + POLÍTICAS PÚBLICAS	0.354	0.211	0.497	NÃO
10. ATOR JURÍDICO + INTERESSES SOCIAIS + POLARIZAÇÃO	0.169	0.038	0.299	NÃO
11. PESSOA FÍSICA + INTERESSES SOCIAIS + POLÍTICAS PÚBLICAS	0.011	0.015	0.036	SIM (P < 0.001)

Fonte: Elaboração própria a partir de AGU (2020).

A Tabela 5 demonstra que o perfil 01 (“referência”), as ações judiciais de pessoas físicas para a defesa de interesses pessoais não políticos no tema flexibilização de regras jurídicas, teve uma probabilidade de decisão favorável de 27,1%, com intervalo de confiança entre 21,6% e 32,7%. Em todos os demais perfis, apenas entidades subnacionais tiveram uma probabilidade muito maior de sucesso quando defenderam o interesse público em demandas para a flexibilização da aplicação de regras jurídicas a seu favor. Tiveram, na verdade, uma probabilidade duas vezes maior de obtenção de uma decisão favorável, de 61,2% (perfil 07).

Atores jurídicos, entretanto, embora tenham probabilidade superior de obtenção de decisão favorável no perfil 09, de 35,4%, não apresentaram diferença estatisticamente significativa de desempenho em relação ao perfil 01. Isso significa que podem ter tido maior sucesso apenas por puro acaso. Percebiam, ainda, que as probabilidades de sucesso dos perfis 02, 04, 05 e 11 foram significativamente inferiores às do perfil 01, sendo essas demandas malsucedidas em relação ao perfil 01.

Diante desses resultados, não resta dúvida de que distinguir o tipo de autor é extremamente relevante em qualquer modelo estatístico de análise do comportamento político do Poder Judiciário. A despeito disso, os efeitos das diferentes categorias de autores variam de seção/subseção para seção/subseção e são altamente impactados pelos interesses e pelas temáticas subjacentes dos casos levados ao Poder Judiciário. Mesmo autores tradicionalmente reportados como bem-sucedidos pela literatura, como os *atores jurídicos*, tiveram desempenho compatível com o de outros autores em qualquer caso trivial, e, de fato, os únicos que conseguiram resultados significativamente melhores que a referência (perfil 01) foram os entes subnacionais, ainda assim em ações judiciais de interesse público para a defesa da flexibilização de regras jurídicas em razão da pandemia.

É importante destacar que o Poder Judiciário, consistentemente, decidiu de modo desfavorável em demandas relacionadas aos temas da “polarização”. Em razão dessa constatação, é tentador chegar à conclusão de que, com isso, preferiu não se envolver, deliberadamente, em qualquer dos polos do espectro político em virtude de sua independência institucional. Como os magistrados federais possuem um feixe de prerrogativas constitucionais (vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios e inamovibilidade) e, ao mesmo tempo, certas garantias institucionais de desestímulo à interferência política direta dos demais Poderes (concurso público para o provimento de cargos em primeira instância e autonomia orçamentária), o não envolvimento nos temas da polarização seria uma consequência esperada. Os dados, contudo, sugerem duas outras possíveis explicações para esse último resultado.

A primeira centra-se no seguinte fato: cerca de 44% das demandas sobre “polarização” resultaram de discussões sobre o aumento ou a diminuição do isolamento social. O tema do isolamento, contudo, já havia sido tratado pelo STF no final de março de 2020, tendo a Corte legitimado as medidas sanitárias da União, dos estados e dos municípios, considerando-as válidas e sem aparente grau hierárquico (STF, 2020). É provável, portanto, que o Poder Judiciário Federal tenha evitado aumentar ou diminuir restrições para além das já impostas pelo marco normativo atual, devidamente legitimado pelo STF. A opção, portanto, foi pelo quadro do *status quo* definido por nossa própria Corte.

No outro espectro, 40% dos processos sobre “polarização” estiveram relacionados ao controle judicial da legalidade das campanhas publicitárias do Governo Federal ou à manutenção do isolamento do presidente da República. São temas, portanto, repetitivos e de natureza coletiva. Em demandas com essas características, por razões estritamente jurídico-processuais (ex.: conexão, continência), o juiz do caso análogo ou repetitivo deixará de deferir

liminar/tutela provisória e o remeterá ao juiz federal que primeiro analisou o tema, para julgamento conjunto de todos os casos por um só juiz competente. Com isso, evitam-se decisões contraditórias decorrentes de entendimentos diferentes de juízes pertencentes a bases territoriais distintas. Demandas desse tipo, portanto, levam a uma maior probabilidade de sucesso da advocacia pública na defesa dos entes federais, com o consequente fracasso do autor na obtenção de uma tutela provisória de urgência ou liminar.

Por isso, o aparente insucesso dos autores que pretenderam judicializar temas relacionados à “polarização” foi motivado por razões de ordem jurídica – a formação de um precedente vinculante do STF e óbices de natureza processual.

Quanto aos entes subnacionais, os dados indicam que o Poder Judiciário legitimou as demandas de interesse público dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, atendendo às necessidades regionais e locais de flexibilização de regras jurídicas durante a pandemia. Não é simples, contudo, interpretar esse resultado, pois a visão corrente na literatura é a de que a federação brasileira concentra *de facto* poderes em torno da União, e grande parte dos autores advoga a hipótese de que as decisões do STF teriam um viés histórico em favor da centralização do poder em torno da União (GOMES, CARVALHO e BARBOSA, 2020; OLIVEIRA, 2009; SILVA *et al.*, 2020).¹³

Se a hipótese fosse válida para outras instâncias do Poder Judiciário, deveríamos esperar que os entes subnacionais não fossem tão bem-sucedidos, mas, nos dados analisados, não se encontrou tendência a viés decisório contra os estados, os municípios e o Distrito Federal. Isso não significa dizer, contudo, que o Poder Judiciário, após a decisão do STF, passará a favorecer a descentralização federativa. Os fatores explicativos do sucesso dos entes subnacionais na defesa dos interesses públicos foram motivados, em verdade, por circunstâncias conjunturais que tenderão a se atenuar com o fim da pandemia. Nesse momento histórico, conflitos federativos relativos à definição dos limites das medidas restritivas à circulação de pessoas e à primazia das restrições em infraestruturas públicas federais levaram o STF (2020) a decidir, na ADI n. 6.341, que todos os entes políticos possuíam competências para combater o vírus por meio de atos administrativos e normativos, não havendo superioridade do Governo Federal sobre as demais entidades subnacionais.

No campo político, essa decisão do STF foi percebida como uma derrota do presidente em favor dos governadores dos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro (URIBE e RODRIGUES, 2020). Em aparente reação, o chefe do Poder Executivo passou a adotar o discurso

...

¹³ Este artigo não valida essa hipótese, pois análises estatísticas mais robustas de diversas ações julgadas pelo STF entre 1988 e 2010 não indicaram viés em favor da União (ARLOTA e GAROUPA, 2014). Esses resultados divergentes da literatura sugerem que há a necessidade, ainda, de um trabalho futuro de maior amplitude estatística, para que se possa obter uma conclusão geral sobre o tema.

de que o STF havia retirado seus poderes para coordenar, em âmbito nacional, os esforços de combate à pandemia e, com isso, politicamente, utilizou uma estratégia política conhecida como *blame-shifting* (escusa de responsabilidade), isto é, atribuir a responsabilidade do combate à pandemia – e de seu eventual fracasso – aos governadores e prefeitos, para, com isso, livrar-se dos custos políticos da crise sanitária.¹⁴

Em seguida, o presidente indicou um militar da ativa como ministro da saúde, o General Eduardo Pazuello, que passou a emitir sinalizações sucessivas à imprensa de obediência irrestrita às ordens do chefe do Poder Executivo. Isso resultou em enormes custos reputacionais para o Governo Federal perante outros entes da federação, pois as expectativas políticas dos governadores e prefeitos passaram a ser de total alinhamento do ministro aos comandos do presidente, que se mostrava pouco sensível à necessidade de coordenação dos esforços de combate à pandemia em todo o país.

Estados e municípios passaram, então, a fazer uso de ações judiciais para resolver problemas de coordenação e de execução de políticas públicas que, em princípio, poderiam ser equacionados por meros protocolos de atuação intergovernamental e boa interlocução política entre os diferentes níveis. É provável que, nesse processo, o Poder Judiciário Federal tenha percebido que os entes subnacionais seriam os principais responsáveis pela provisão de serviços de saúde e pela implantação de medidas sanitárias difíceis nos âmbitos local e regional. Optou, portanto, por tutelar as necessidades urgentes dos entes políticos nesse momento histórico de tensão política no início da pandemia, sendo a conjuntura propícia a esse sucesso apenas circunstancial.

CONCLUSÃO

Este artigo apresentou um modelo estatístico explicativo dos determinantes da tutela judicial de direitos pela Justiça Federal em processos judiciais relacionados ao enfrentamento da pandemia de covid-19. Seus resultados, além de serem historicamente relevantes, revelaram que as probabilidades de tutela de direitos dependem de uma complexa interação entre características que identificam os autores, seus interesses subjacentes e o tema envolvido na discussão. Demonstram, ainda, que os efeitos da tipologia do autor da ação judicial variam significativamente entre diversos níveis da Justiça Federal, o que sugere a necessidade de utilização, pela literatura em política judicial, de modelos estatísticos multiníveis para explicar o processo decisório judicial e obter, corretamente, as probabilidades de tutela de direitos.

Análises dos diferentes perfis de ações judiciais também evidenciaram que, por razões conjunturais, estados, Distrito Federal e municípios foram os autores de maior sucesso na

...

¹⁴ Para um aprofundamento do conceito de *blame-shifting* (ou *blame avoidance*), cf. Bartling e Fischbacher (2011) e o clássico artigo de Fiorina (1982).

obtenção de decisões judiciais favoráveis em demandas associadas ao tema da flexibilização da aplicação de regras jurídicas em razão da pandemia. Na verdade, a probabilidade de obtenção de decisão favorável pelos entes subnacionais foi duas vezes superior às demandas usualmente decididas pela Justiça Federal no mesmo período. Evidências ainda sugerem que a Justiça Federal, por razões jurídicas, não se deixou contaminar com temas relacionados à “polarização” e preferiu a manutenção do *status quo* a alocar direitos em favor de autores de qualquer dos polos políticos “pró” e “contra” o ex-presidente Jair Bolsonaro.

O curto período de emergência analisado não permite inferir conclusões sobre como a maioria dos processos será julgada no futuro, pois, em média, o tempo de duração do processo de conhecimento na Justiça Federal de 1º grau é de um ano e dois meses entre o ajuizamento e o momento da sentença (CNJ, 2019). A análise estatística, contudo, esclareceu o perfil da judicialização e as regularidades do comportamento judicial durante a emergência sanitária. Revelou, ainda, que o Poder Judiciário Federal não apresentou nenhum viés em favor da proteção de sociedades empresárias nem privilegiou interesses lucrativos em detrimento de interesses corporativos e sociais.

O artigo contém três limitações relevantes. A primeira resulta de sua natureza exploratória. Como observamos na primeira seção, não existem modelos teóricos capazes de orientar quais variáveis utilizar em uma pesquisa sobre o processo decisório da Justiça Federal. O fato de investigarmos como o Judiciário decidiu casos durante a pandemia apenas tornou tal análise mais complexa, pois inexiste teorias explicativas sobre como os juízes decidem em circunstâncias excepcionais como essas. Isso nos obrigou a adotar a estratégia de construirmos vários modelos, do nível mais simples ao mais complexo, para, por meio de testes estatísticos, identificarmos o mais adequado ao caso. Em outras palavras, deixamos os dados e os testes “decidirem” o modelo mais adequado, pois inexiste literatura prévia específica sobre o tema.

Uma segunda limitação relevante deste artigo foi a impossibilidade de comparar o processo decisório judicial durante o momento histórico da pandemia ao modo como os juízes federais decidem em situações de “normalidade”. Como inexiste dados disponíveis sobre essas decisões judiciais, fica, para o leitor, como sugestão de pesquisa futura, avaliar, comparativamente, a partir do modelo teórico desenvolvido neste artigo, como o Poder Judiciário tutelava direitos em momento anterior à pandemia, para que se possa traçar diferenças significativas nos perfis de judicialização e proteção a direitos em contextos históricos absolutamente diferentes. Como esses dados não estão disponíveis, adverte-se que será necessário coletar amostras com representatividade nacional. A partir delas, contudo, é possível categorizar informações de acordo com os critérios e com a metodologia desenvolvidos neste artigo.

Por fim, o artigo não analisou se as chances e probabilidades de sucesso podem ser explicadas por diferenças na qualidade de atuação dos advogados e dos demais atores no processo. Examinar esse efeito envolveria avaliar, criticamente, a qualidade das peças processuais

sob o ponto de vista de algum *benchmark* ainda não disponível. É possível, contudo, que parte do sucesso ou do fracasso na obtenção de uma tutela judicial seja explicada por diferenças qualitativas na atuação dos atores responsáveis pelas peças processuais. Sugere-se uma melhor análise dessa possibilidade com base no *framework* multinível desenvolvido neste artigo.

AGRADECIMENTOS

O autor agradece à Luciana Ribeiro pela leitura e pela discussão crítica do artigo. Agradece também por todas as sugestões e críticas da editora-chefe e dos(as) pareceristas anônimos(as) da Revista Direito GV.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz *et al.* Combating COVID-19 under Bolsonaro's Federalism: A Case of Intergovernmental Incoordination. *Brazilian Journal of Public Administration*, [s. l.], v. 54, n. 4, p. 663-677, 2020.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU. COVID-19 – Processos Judiciais. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZGM4OTk4ZmYtZjAzYi00MjdhLTlhYjMtZGE1MmFiMWJlZDM3IiwidCI6IjRkNzlkMzdhLTFlNGUtNGEzOS05ZmRlLWYxNjMxY2I2MDdkNCJ9>. Acesso em: 1º jul. 2020.

ARLOTA, Carolina; GAROUPA, Nuno. Addressing Federal Conflicts: An Empirical Analysis of the Brazilian Supreme Court, 1988-2010. *Review of Law Economics*, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 137-168, jul. 2014.

BARTLING, Björn; FISCHBACHER, Urs. Shifting the Blame: On Delegation and Responsibility. *The Review of Economic Studies*, [s. l.], v. 79, n. 1, p. 67-87, 2012.

BERGARA, Mario; RICHMAN, Barak; SPILLER, Pablo. Modeling Supreme Court Strategic Decision Making: The Congressional Constraint. *Documentos de Trabajo – FCS*, Montevideu, 2002.

BICKEL, Robert. *Multilevel Analysis for Applied Research: It's Just Regression!* Nova York: Londres: The Guilford Press, 2007.

BURGOS, Marcelo; VIANNA, Luiz Werneck; SALLES, Paula. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Revisão abstrata da legislação e judicialização da política no Brasil*. 2005. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luis Felipe; GOMES NETO, José Mário. A OAB e as prerrogativas atípicas na arena política da revisão judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 69-98, jan./jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Base de Dados*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/base-de-dados/>. Acesso em: 1º ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ, 2019.

DAHL, Robert. Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker. *Journal of Public Law*, [s. l.], v. 6, n. 2, p. 279-295, 1957.

DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: UFRGS: CEGOV, 2017. p. 57-97.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous Factors in Judicial Decisions. *PNAS*, [s. l.], v. 108, n. 17, p. 6889-6892, abr. 2011.

DINIZ, Débora; MACHADO, Tereza; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, [s. l.], v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices that Justices Make*. Washington, D.C.: CQ Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; LANES, William; POSNER, Richard. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical & Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2013.

FERREIRA, Pedro; MUELLER, Bernardo. How Judges Think in the Brazilian Supreme Court: Estimating Ideal Points and Identifying Dimensions. *Economia*, [s. l.], v. 15, n. 3, p. 275-293, 2014.

FIORINA, Morris. Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process? *Public Choice*, [s. l.], v. 39, n. 1, p. 33-66, 1982.

GEYH, Charles. *Judicial Politics, the Rule of Law and the Future of an Ermine Myth*. Bloomington: Indiana University, 2010.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper* n. 2020-52, Chicago, 2020.

GOMES, José Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe. Políticas públicas de saúde e lealdade federativa: STF afirma protagonismo dos governadores no enfrentamento à Covid-19. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 193-217, jul./ago. 2020.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. *Pretores estratégicos: por que o Judiciário decide a favor do Executivo e contra suas próprias decisões? Análise empírica dos pedidos de suspensão apresentados ao STF (1993-2012)*. 2015. 95 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

GUO, Guang; ZHAO, Hongxin. Multilevel Modeling for Binary Data. *Annual Review of Sociology*, [s. l.], v. 26, p. 441-462, 2000.

HUNTER, Wendy; POWER, Timothy. Bolsonaro and Brazil's Illiberal Backlash. *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 30, n. 1, p. 68-82, 2019.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. *A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais*. Brasília: CNJ, 2020.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil de demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019.

KAPISZEWSKI, Diana. *High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil*. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review*, [s. l.], v. 45, n. 2, p. 471-506, jun. 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LIU, Xing. *Applied Ordinal Logistic Regression Using Stata*. Los Angeles: Londres: Sage, 2016.

LONG, Scott; FREESE, Jeremy. *Regression Models for Categorical Dependent Variables Using Stata*. College Station: StataCorp LP, 2014.

LUKE, Douglas. *Multilevel Modeling*. Londres: Sage, 2004.

NEVES, Daniel. *Manual do processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Karina; CAMARGO, Erica. Judicialização da saúde: gastos federais para o Sistema Único de Saúde (SUS) entre 2011-2014. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 120-132, abr./jun. 2017.

OLIVEIRA, Vanessa E. de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e União. *Lua Nova*, São Paulo, n. 78, p. 223-250, 2009.

PEREIRA, Carlos; MEDEIROS, Amanda; BERTHOLINI, Frederico. Fear for Death and Polarization: Political Consequences of the COVID-19 pandemic. *Brazilian Journal of Public Administration*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 952-958, jul./ago. 2020.

RAFTERY, Adrian. Bayesian Model Selection in Social Research. *Sociological Methodology*, [s. l.], v. 25, p. 111-163, 1995.

RIBEIRO, Ricardo. Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 87-108, 2012.

RIBEIRO, Ricardo. Preferências, custos da decisão e normas jurídicas no processo decisório das Cortes: o modelo de múltiplos comportamentos. *Economic Analysis of Law Review*, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 264-296, 2011.

RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew. Institutional Determinants of the Judicialization of Policy in Brazil and Mexico. *Journal of Latin America Studies*, [s. l.], v. 38, n. 4, p. 739-766, 2006.

SEGAL, Jeffrey. Correction to “Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts. *The American Political Science Review*, [s. l.], v. 92, n. 4, p. 923-926, dez. 1998.

SEGAL, Jeffrey. Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts. *The American Political Science Review*, [s. l.], v. 91, n. 1, p. 28-44, mar. 1997.

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

SEGAL, Jeffrey; WESTERLAND, Chad; LINDQUIST, Stefanie. Congress, the Supreme Court, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model. *American Journal of Political Science*, [s. l.], v. 55, n. 1, p. 89-104, jan. 2011.

SILVA, Laura *et al.* O (re)desenho institucional do pacto federativo diante da Covid-19: arranjos institucionais no contexto da MP 926/2020. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 96, p. 65-92, nov./dez. 2020.

SKRONDAL, Anders; RABE-HESKETH, Sophia. *Multilevel and Longitudinal Modeling Using Stata*. Volume II: Categorical Responses, Counts, and Survival. 3rd ed. Texas: Stata Press, 2012.

SKRONDAL, Anders; RABE-HESKETH, Sophia. *Generalized Latent Variable Modeling: Multilevel, Longitudinal and Structural Equation Models*. Washington, D.C.: Chapman & Hall/CRC, 2004.

STATA CORP. *Stata Multilevel Mixedeffects Reference Manual Release 14*. College Station: StataCorp LLC, 2015a.

STATA CORP. *Margins*. College Station: StataCorp LLC, 2015b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5880765>. Acesso em: 7 ago. 2020.

TAYLOR, Matthew. Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian Judiciary. *Comparative Politics*, [s. l.], v. 38, n. 3, p. 337-355, 2006.

URIBE, Gustavo; RODRIGUES, Artur. MP de Bolsonaro sobre coronavírus é o primeiro contra-ataque a governadores: em reação a medida de Witzel, texto estabelece como competência federal fechamento de estradas e aeroportos. *Folha de S. Paulo*, Brasília e São Paulo, 21 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/em-resposta-a-witzel-bolsonaro-edita-medida-sobre-competencia-federal-em-estradas-e-aeroportos.shtml>. Acesso em: 7 ago. 2020.

VIANNA, Luis Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WANG, Daniel *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. 1191-1206, set./out. 2014.

WANG, Daniel; VASCONCELOS, Natália. O STF e o critério de renda do BPC. *Novos Estudos*, São Paulo, v. 103, nov. 2015.

WILLIAMS, Richard. Using the Margins Command to Estimate and Interpret Adjusted Predictions and Marginal Effects. *The Stata Journal*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 308-331, 2012.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Covid-19 e tutela de direitos na Justiça Federal: atores, interesses e temas da judicialização da pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2324, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202324>

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE DADOS:

O conjunto de dados deste artigo está disponível no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.XXIFIX>.

Ricardo Silveira Ribeiro

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE). MEMBRO DA EQUIPE TÉCNICA DE ATUAÇÃO PRIORITÁRIA DA PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU).

ricardosribeiro1976@gmail.com

Audiências de custódia por videoconferência: um caso bem-sucedido?

VIDEOCONFERENCING ON INITIAL HEARINGS: A SUCCESSFUL CASE?

Manuela Abath Valença¹

Resumo

Este artigo é fruto de uma pesquisa de cunho bibliográfico que teve como objetivo entender os impactos decorrentes do uso da videoconferência nas audiências de custódia no Brasil. Para tanto, fez-se, inicialmente, um balanço sobre essas audiências, sete anos após o seu início, apontando para seus principais problemas e desafios no que toca à tomada de decisão, ao combate e à prevenção à tortura e à proteção social. Em seguida, refletiu-se sobre a virtualização das audiências criminais em geral, trazendo dados secundários de pesquisas empíricas realizadas nos Estados Unidos (país no qual essa prática está sedimentada há algum tempo) que apontam para as dificuldades que trouxeram, sobretudo para os acusados e para a defesa. Em um terceiro momento, passamos à problematização central do trabalho, isto é, o uso da videoconferência nas audiências de custódia, sugerindo que esse formato tem um grande potencial de vulnerar direitos básicos de custodiados e de esvaziar as finalidades centrais das audiências de custódia, especialmente a de controlar a atividade policial e prevenir a tortura.

Palavras-chave

Videoconferência; audiências de custódia; direitos fundamentais; tortura.

Abstract

This paper is the result of a bibliographical review that aimed to analyze the impacts of videoconferencing on Brazil's sort of initial hearings, so called "audiências de custódia", which were implemented to avoid incarceration and as a mechanism of accountability of police officers. First, we explore published studies on initial hearings in Brazil that point out the biggest challenges concerning decision making to avoid incarceration and prevention of torture and others degrading treatments in that country. Then, we present essentials findings of recent researches conducted in United States, where videoconferencing in criminal proceedings is increasingly used, which demonstrate that the use of this technology affects the behavior of participants and violates defendant's fundamental rights. Finally, we highlight the impacts of videoconference technology on initial hearings in Brazil thinking about how non-visual contact between arrested people, defendants, prosecutors, and judges can difficult judicial control of police and prevention of torture.

Keywords

Videoconferencing; initial hearings; fundamental rights; torture.

INTRODUÇÃO

No dia 21 de março de 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou em sua página na internet uma matéria com o seguinte título: “CNJ monitora condições de audiências de custódia por videoconferência” (CNJ..., 2021). Nela, há uma imagem de uma audiência de custódia ocorrendo no Maranhão com uso daquela tecnologia. Pelo que se pode deduzir, existe uma câmera atrás do custodiado, no alto de uma parede, e outra câmera acoplada ao computador, que filma diretamente o rosto do preso. Na tela, é possível ver o preso (do peitoral para cima) e outra pessoa ao seu lado (também do peitoral para cima), que, certamente, está em local diverso daquele em que o preso se encontra. Na sala, o preso está sozinho, com uma blusa laranja típica de unidades prisionais, com o nome “interno” escrito nas costas. A porta está fechada e, em frente ao local em que ele se encontra sentado, tem uma janela de vidro. Não dá para verificar se o preso está ou não algemado.

A imagem pode suscitar diversas provocações. Entretanto, imediatamente lembrei da fala do ministro Luiz Fux na ocasião em que presidia a 322ª Sessão Ordinária do CNJ, ocorrida em novembro de 2020 e na qual se discutiu e se aprovou a realização de audiências de custódia por videoconferência: “Será que o judiciário não tem meios? Não tem instrumentos criativos para constatar que o preso que vai ser submetido a uma audiência de custódia sofreu torturas?”.

Perguntei-me, então, se aquela foto no *site* do CNJ, exposta em uma matéria sobre monitoramento do uso da videoconferência, referia-se a um caso considerado satisfatório ou não. Ao longo deste texto, retomaremos a essa imagem para refletir sobre essa questão.

Na já referida 322ª sessão do CNJ, dois grandes grupos de argumentos foram sustentados. De um lado, a própria presidência do CNJ e associações representativas de magistrados sustentaram que as audiências de custódia são um direito que não pode ser negado ao preso e, portanto, ao longo da pandemia, deveriam ocorrer via videoconferência. De outro lado, representantes de defensorias públicas e organizações da sociedade civil entendiam que a videoconferência é um método incompatível com os objetivos das audiências de custódia, entre os quais o de combater e prevenir a tortura, devendo haver um retorno gradual e seguro às audiências presenciais. Antes da sessão, a sociedade civil já havia mobilizado a campanha #torturanaosevepelatv em outros momentos em que o tema entrou na pauta das sessões do Conselho.

A pandemia da covid-19 acelerou a virtualização de diversos ambientes da vida, e com o Poder Judiciário não foi diferente. A rápida adaptação técnica dos diversos tribunais estaduais e federais no Brasil permitiu que audiências virtuais ocorressem em processos de todas as áreas. O entusiasmo foi tal que, em dezembro de 2020, o CNJ lançou o Programa Juízo 100% Digital, com a seguinte missão:

O Juízo 100% Digital é a possibilidade de o cidadão valer-se da tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente nos Fóruns, uma vez que, no “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio

eletrônico e remoto, pela Internet. Isso vale, também, para as audiências e sessões de julgamento, que vão ocorrer exclusivamente por videoconferência. (CNJ, [s. d.])

Tempo e custo são, por certo, as palavras que norteiam os discursos animados com a perspectiva da manutenção de atos remotos. Os processos ganham um ritmo mais acelerado e com menos gastos, basta imaginar a economia decorrente do não uso das estruturas físicas de um prédio como um Fórum e mesmo aquela advinda de deslocamentos. O entusiasmo inicial, entretanto, tem deixado pouca margem para a pergunta: o que se perde com as audiências virtuais, em especial, as criminais?

Neste artigo, não pretendemos responder de modo amplo a essa pergunta, embora entenda que ela precise começar a se apresentar nas agendas de pesquisas e nas preocupações dos órgãos da Justiça. Aqui nos concentramos apenas em tentar entender os possíveis impactos da videoconferência sobre as audiências de custódia.

Para tanto, faremos, de início, um balanço sobre as audiências de custódia no Brasil, sete anos após o seu início, apontando para seus principais desafios, antes mesmo da pandemia. Em seguida, refletiremos sobre a virtualização das audiências criminais em geral com base em dados secundários de pesquisas empíricas realizadas em países em que essa prática está sedimentada há algum tempo e que apontam para as dificuldades que trouxeram, sobretudo para os acusados e para a defesa. Em um terceiro momento, passaremos à problematização central do artigo, isto é, o uso da videoconferência nas audiências de custódia.

1. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA PRESENCIAIS: UM BALANÇO

Foi em fevereiro de 2015 que a primeira audiência de custódia ocorreu no Brasil após a sua implementação oficial como Programa do CNJ. Na ocasião, o ex-presidente do Conselho, o ministro Ricardo Lewandowski, acompanhou a ocorrência de um daqueles atos no Fórum da Barra Funda, na cidade de São Paulo, e deu o pontapé inicial ao projeto, que, ao longo de 2015, seguiria sendo implementado nos demais estados brasileiros.

Naquele ano também sairia o primeiro ato normativo regulamentando as audiências, a Resolução n. 213 do CNJ e seus dois protocolos, ainda hoje em vigor.

A resolução condensa em seu texto a maior parte dos objetivos do programa: a) racionalizar o uso das prisões preventivas, b) incentivar e aprimorar o funcionamento das centrais de acompanhamento de penas e medidas alternativas e c) implementar protocolos de atuação para prevenção e combate à tortura.

O esforço institucional do CNJ no aprimoramento do projeto também se traduziu na criação do Programa Justiça Presente, uma parceria do Conselho com o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes (UNODC) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), hoje ainda em andamento com o nome “Fazendo Justiça”. Além de ações específicas em cada um dos estados e do Distrito Federal, o referido programa produziu

publicações importantes sobre as searas de interesse das audiências, isto é, no campo das decisões judiciais, da proteção social e da tortura.¹

Embora tenham se passado apenas sete anos desde o início do Programa Audiências de Custódia, algum balanço já pode ser feito em relação a ele. Aqui não há espaço para fazê-lo de modo exaustivo, porém, alguns aspectos serão pontuados para subsidiar nossas reflexões sobre o uso da videoconferência.

De início, é fundamental falar nos ganhos que as audiências de custódia trouxeram. Em praticamente todos os estados, elas ocorrem todos os dias e permitem que presos em flagrante sejam direcionados de uma delegacia a uma sala de audiência, com direito à defesa e à presença de um membro do Ministério Público (MP) e do Poder Judiciário, dando cumprimento, assim, à Convenção Americana de Direitos Humanos e a outras normativas internacionais relativas à prevenção da tortura. Ainda, na maior parte dos tribunais, uma equipe psicossocial já consegue fazer atendimento ao custodiado após a sua liberação ou até mesmo antes de ele ser conduzido à audiência, acolhendo-o de modo integral e verificando as mais diversas vulnerabilidades a que pode estar submetido.

A existência em si das audiências proporcionou um espaço formal de controle da atividade policial, pois em cada uma delas deve ser analisada a legalidade do flagrante em sua integralidade, desde a abordagem até a forma como se deu a condução e o tratamento do custodiado, além dos aspectos formais do flagrante. Ao mesmo tempo, essas audiências inauguraram um espaço de oralidade para a análise das medidas cautelares, com potencialidade, portanto, para aprimorar a tomada de decisão.

Por fim, as audiências de custódia, por tratarem de dois dos principais desafios do sistema penal brasileiro – o uso abusivo da prisão provisória e a persistência da tortura e de outras formas de tratamento degradante –, acabaram se tornando um espaço fértil de observação por parte da sociedade civil organizada e das universidades, que produziram dados e informações que hoje subsidiam o debate em torno de seus principais pontos críticos. Não à toa, a sessão que debateu o uso da videoconferência no âmbito das audiências de custódia foi a primeira do CNJ que contou com a participação de membros da sociedade civil organizada na condição de *amici curiae*.

Importante mencionar que os dados sobre as audiências também são produzidos de modo oficial, na medida em que a Resolução n. 213/2015 do CNJ introduziu o Sistema de Informação de Audiências de Custódia (Sistac), que reúne dados sobre os custodiados e as decisões tomadas nas audiências. Entretanto, por diversos problemas operacionais e de adaptação de rotinas no âmbito dos tribunais, os dados apresentados pelo CNJ ainda destoam daqueles colhidos pelas entidades antes referidas.

...

¹ Tais publicações podem ser acessadas em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/publicacoes/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

Desse modo, com base nas pesquisas produzidas por agentes externos às audiências, podemos mencionar os seguintes pontos problemáticos que elas ainda enfrentam:

- a) Persistência de um elevado número de decisões que decretam prisão preventiva e que utilizam o argumento da garantia da ordem pública como base jurídica.²
- b) Número diminuto de decisões que relaxam as prisões em flagrante, sugerindo baixa capacidade de controle da legalidade dessas prisões e, conseqüentemente, de parte da ação policial.³
- c) A prevalência dos elementos escritos no auto de prisão em flagrante sobre aqueles discutidos em audiência sugere baixa adesão às potencialidades da oralidade impressa ao instituto.⁴
- d) Quando o assunto é tortura, verifica-se que em muitos estados os Institutos Médico-Legais (IMLs) não conseguem garantir o envio imediato dos laudos traumatológicos às audiências de custódia (VALENÇA, 2022); é frequente a presença de policiais dentro das salas de audiência; não existem protocolos interinstitucionais para garantir o registro e o encaminhamento dos casos em que custodiados narram terem sido torturados ou passado por outro tipo de tratamento degradante ou desumano.⁵ Em poucas palavras, ainda há muito a ser aprimorado na gestão das audiências de custódia para que se tornem um espaço seguro e eficaz de prevenção e combate à violência institucional.
- e) O alto nível de vulnerabilidades a que está sujeita a maior parte dos custodiados demanda um maior envolvimento do Poder Judiciário com a Rede de Proteção Social e de Saúde,

...

2 Essa é a principal conclusão da pesquisa coordenada pelo professor Rodrigo de Azevedo (BRASIL, 2018).

3 A essa conclusão chega, por exemplo, a pesquisa de âmbito nacional do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, 2019).

4 Vinícius Romão, em pesquisa realizada na cidade de Salvador, verifica uma prática a que denominou audiências por paredão, em que, antes do ato em si, os magistrados já separavam os autos de prisão em flagrante que gerariam prisões e liberdade, o que esvazia totalmente os elementos de imediatez e presença da oralidade (ROMÃO, 2020). Também Maria Gorete de Jesus explora a centralidade das narrativas policiais em audiências de custódia na cidade de São Paulo, isto é, a prevalência do elemento escrito para a discussão oral (JESUS, 2018).

5 Essa falta de encaminhamento é fruto de processos de racialização que impedem que as pessoas sentadas no “banco dos réus” sejam vistas como vítimas. Essa é a conclusão da pesquisa de Ana Luiza Bandeira (BANDEIRA, 2018); ao mesmo tempo, Ana Luiza Flauzina e Felipe Freitas (2017) refletem sobre como o racismo no Brasil define a posição de vítima e atribui aos corpos negros um espaço naturalizado de violação de direitos e desproteção. Quanto aos dados sobre relatos de tortura e baixa elucidação, conferir: Conectas (2017), IDDD (2017 e 2019) e Ferreira e Divan (2018). Também a Defensoria Pública do Rio de Janeiro vem produzindo informações sobre o percentual de presos que alegam ter sofrido tortura e/ou maus-tratos no momento do flagrante (DPRJ, [s. d.]).

o que torna necessária a implementação de um atendimento psicossocial prévio às audiências, além do fortalecimento dos atendimentos realizados posteriormente pelas Centrais Integradas de Alternativas Penais (ROMÃO, 2020; BRASIL, 2020a).

- f) É fundamental estabelecer espaços e fluxos específicos para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (VALENÇA e MELLO, 2020).

Foi no cenário descrito por esse breve balanço que a pandemia chegou. As incertezas sobre o que viria a partir daí eram grandes, mas, em certa medida, era possível antever que, se esses desafios ainda se colocavam para uma política que estava relativamente bem implementada em todo o território brasileiro, recrudescimentos seriam inevitáveis diante da pandemia e da imediata suspensão de serviços.

Em um primeiro momento, o art. 8º da Recomendação n. 62 do CNJ, de março de 2020, suspendeu a realização das audiências de custódia e deu claros direcionamentos no sentido de incentivar tomadas de decisão de cunho liberatório. No § 2º do referido artigo, apresentou orientação específica para os casos de tortura: “Nos casos em que o magistrado, após análise do auto de prisão em flagrante e do exame de corpo de delito, vislumbrar indícios de ocorrência de tortura ou maus-tratos ou entender necessário entrevistar a pessoa presa, poderá fazê-lo, excepcionalmente, por meios telemáticos” (BRASIL, 2020d), abrindo, assim, a possibilidade de se dar um residual contato virtual com o preso. Já a Recomendação n. 68, de junho do mesmo ano, manteve a suspensão, mas estabeleceu mais exigências, entre elas a de ser assegurada a entrevista prévia do custodiado com a sua defesa, ainda que por meio de videoconferência.

Em julho de 2020, o CNJ pautou mais uma vez o uso da videoconferência nas audiências de custódia ao implementar a Resolução n. 329, que estabeleceu diretrizes para o uso da videoconferência nos processos penais e de execução durante a pandemia, ocasião em que, em seu art. 19, vedou expressamente o uso da tecnologia para as audiências de custódia. Tratou-se do último ato administrativo de caráter normativo do CNJ sob a presidência do ministro Dias Toffoli a abordar a questão da videoconferência, a qual voltou a ser pautada já sob a presidência do ministro Luiz Fux, na mencionada 332ª sessão plenária, que, finalmente, aprovou a Resolução n. 357 e revogou o antigo art. 19 da Resolução n. 329, admitindo, assim, o uso da videoconferência no caso das audiências de custódia, desde que observados alguns requisitos, que enfrentaremos na seção 3 deste artigo.⁶

...

⁶ Em fevereiro de 2021, diversas entidades da sociedade civil, incluindo aquelas participantes da referida sessão na condição de *amici curiae*, elaboraram uma petição destinada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na qual denunciam a grave violação de direitos humanos. A íntegra do documento pode ser lida em: <https://www.conectas.org/noticias/organizacoes-denunciam-a-comissao-interamericana-aprovacao-de-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia-no-brasil/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

Ao longo de 2021 e 2022, a maior parte dos tribunais voltou a realizar atos presenciais e, em algumas localidades, também as audiências de custódia nesse formato. Porém, o retorno não foi generalizado, até que, em setembro de 2022, o CNJ determinou a realização dessas audiências somente na modalidade presencial. Afinal, qual o custo da adoção de videoconferência no âmbito das audiências de custódia?

2. VIDEOCONFERÊNCIA E AUDIÊNCIAS CRIMINAIS: IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS DOS/AS ACUSADOS/AS

O uso de videoconferência nos procedimentos criminais tem sido objeto de debate há alguns anos na comunidade internacional e no Brasil, com um capítulo especial para as audiências iniciais, voltadas ao controle de legalidade de prisões processuais.⁷ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁸ e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁹ dispõem expressamente sobre o direito de toda pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou de autoridade com poderes similares. “Ser conduzido”, por certo, pressupõe um deslocamento no espaço, levar de um local para outro; não há como imaginar que “ser conduzido” corresponda a transmitir imagens e sons de uma pessoa, ainda que de modo síncrono.

Essa interpretação é reforçada quando sabemos que o direito de ser conduzido à presença de um juiz imediatamente após uma prisão está intimamente ligado aos esforços para prevenção e combate à tortura, aos maus-tratos e aos desaparecimentos forçados. Trata-se, portanto, de chamar à responsabilidade a Justiça para a inibição da perpetração dessas práticas autoritárias. Sendo assim, um juiz deve verificar a condição em que se encontram presos, seja em audiências iniciais, seja em audiências de instrução que contam com réus presos. Nesse sentido, o art. 10 (3) da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos

...

7 Audiências de custódia no Brasil, mas intituladas audiências de medidas cautelares, audiências iniciais, audiências de controle de detenção, audiências iniciais, audiências de fiança, entre outras denominações.

8 Art. 9 (3): “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença” (BRASIL, 1992b).

9 Art. 7 (5): “5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (BRASIL, 1992a).

Forçados dispõe: “Toda pessoa privada de liberdade deverá ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e, em conformidade com a legislação nacional, *apresentada* a uma autoridade judicial logo após a sua detenção”(UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1992, tradução nossa).

Na versão original da declaração, que está em inglês, o artigo tem a seguinte redação: “1. Any person deprived of liberty shall be held in an officially recognized place of detention and, in conformity with national law, *be brought* before a judicial authority promptly after detention” (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1992, tradução nossa). Mais uma vez, a utilização do termo *be brought* afasta o sentido de uma comunicação por videoconferência.

Por essa razão, logo quando eclodiu a pandemia, o UNODC publicou um documento específico, elaborado pela Comissão Internacional de Juristas, que tratou das audiências criminais e do uso da videoconferência no período da pandemia da covid-19. O documento conclui que, nem mesmo em um momento de crise sanitária aguda, poderia haver o uso indiscriminado dessa modalidade de contato. Considera que, “para que o judiciário seja capaz de efetivamente cumprir seu papel de prevenir tortura e outros tratamentos degradantes, é necessário à pessoa privada de sua liberdade estar fisicamente perante a autoridade judicial” (ICJ, 2020, p. 11, tradução livre),¹⁰ e estabelece, por fim, que “estar fisicamente presente em frente a um juiz independente cria um senso de relativa segurança no qual a pessoa estará mais propensa a falar sobre qualquer abuso, se comparado a uma situação em que ele ou ela permanece ligada a uma autoridade exterior somente por uma tela de vídeo”¹¹ (ICJ, 2020, p. 11, tradução livre).

Esse dilema também foi recentemente vivido na França. Em 27 de novembro de 2020, o Conselho de Estado francês suspendeu a possibilidade de uso da videoconferência para as audiências de presos provisórios,¹² mesmo no momento da pandemia; levou em consideração, entre outros fatores, decisão do Conselho Constitucional que, nos casos n. 2019-778 (março de 2019) e 2019-802 (setembro de 2019), assegurou que a pessoa presa preventivamente tenha a possibilidade de comparecer fisicamente ao tribunal, com uma periodicidade

...

10 Texto original: “Various bodies have emphasized that, for the judiciary to be able to effectively fulfil this role in preventing torture and other ill-treatment, it is necessary for the person deprived of liberty to be physically before the judicial authority”.

11 Texto original: “Being physically present before an independent judge may create a sense of relative safety in which the person may be more likely to speak up about any abuse, than if he or she remains linked to an outside authority only by a video screen”.

12 Decisões n. 448972-448975 e 448981. Disponíveis em: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19#anchor1>. Acesso em: 20 jan. 2021.

razoável. Em abril de 2021, o Conselho Constitucional declarou a inconstitucionalidade da regra que permitia ao juiz estabelecer contato apenas por videoconferência com presos provisórios durante a pandemia da covid-19.¹³

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também já decidiu favoravelmente à utilização da videoconferência, mas sempre ressalta a necessidade de se tratar de expediente excepcional e, mesmo nesse caso, assevera que o uso se restringe às hipóteses em que se garante efetiva participação do acusado (GALVÃO, 2015, p. 113). Em parte dessas decisões, a Corte se referia a casos que envolviam acusados membros de máfias e organizações criminosas, cujo deslocamento aos tribunais era visto como especialmente perigoso.¹⁴

No esteio desses documentos internacionais, o CNJ, ao editar a Resolução n. 213/2015, também previu a presença física como imprescindível às audiências de custódia: “Art. 1º [...] § 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a *apresentação pessoal* determinada no *caput*” (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Por fim, ainda no que toca à legislação brasileira, importante mencionar que o Pacote Anticrime, em sua redação original, previu, em seu art. 3º-B, § 1º, que as audiências de custódia deveriam ser presenciais. Tal dispositivo foi vetado pelo presidente da República sob a alegação de que a norma dificultava a celeridade dos atos processuais e o regular funcionamento da Justiça, mas, em 19 de abril de 2021, o Senado Federal derrubou, entre outros, o veto a esse dispositivo. Desse modo, as audiências de custódia por videoconferência seguem vedadas em tempos de normalidade.

Apesar de todo esse conjunto de normas, as experiências de audiências de custódia por videoconferência foram frequentes ao longo dos últimos seis anos no âmbito da Justiça Federal e, em certa medida, foram uma ferramenta reivindicada por associações de magistrados. Vitagliano e Souza (2018, p. 234) anotam que, em 2017, a “sexta edição do Fórum Nacional dos Juízes Federais Criminais, promovido pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, em 2017, trouxe a proposta, oriunda de um dos grupos de trabalho, da permissão da videoconferência para audiências de custódia”.

Nesse mesmo estudo, Vitagliano e Souza (2018) citam dois casos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que a presença física do preso é exigida como requisito para

...

¹³ ECLI : FR : CC : 2021 : 2020.872.QPC. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2020872QPC.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁴ A exemplo dos casos *Marcello Viola v. Italy* (2006), *Sakhnovskiy v. Russia* [GC] (2010) e *Yevdokimov and others v. Russia* (2016).

a validade do processo criminal, embora não se refiram especificamente às audiências iniciais (de custódia, de apresentação, etc.), sugerindo, portanto, que o uso da videoconferência no âmbito das audiências de custódia pode ser entendido como inconveniente.

Para além da discussão estritamente normativa, é fundamental mencionar eventuais impactos já observados nas audiências criminais em geral a partir do uso da videoconferência. Neste ponto, citamos alguns estudos realizados nos Estados Unidos.

Nesse país, as iniciativas para a utilização de tecnologias de contato a distância com áudio e vídeo remontam à década de 1980, mas passaram a ser mais frequentes e a contar com o incentivo dos tribunais a partir de 1995, quando o “Prison Litigation Reform Act” incentivou a participação de presos em procedimentos anteriores ao julgamento oral via telefone, videoconferência ou por meio de outras tecnologias de telecomunicação. Em 2001, seguindo a tendência de vários tribunais, a Conferência Judicial dos Estados Unidos votou mudanças na legislação federal para garantir a utilização da videoconferência em alguns atos do procedimento criminal (JOHNSON e WIGGINS, 2006, p. 213), que incluem as “*initial hearings/arraignments*”, cujas finalidades se aproximam daquelas assumidas pelas audiências de custódia.

O que se percebe é que, em todos os lugares em que a videoconferência passou a se destacar nos procedimentos criminais, houve críticas direcionadas ao seu potencial violador de direitos dos/as custodiados/as ou dos/as acusados/as. Essas violações se dariam em diversos níveis.

- a) Primeiro, é fundamental lembrar que um tribunal é um espaço de rituais e formalidades e, como tal, impõe uma postura de seriedade a todos os envolvidos, inclusive ao acusado, e, segundo pesquisas, o senso de seriedade do ato se reduz sobretudo para os não profissionais quando praticado mediante vídeo (JOHNSON e WIGGINS, 2006, p. 215). A esse argumento acrescentaria outro dado: constantemente, acusados não compreendem por completo a finalidade dos atos processuais, o papel exercido por cada um dos atores do sistema de justiça e qual deve ser a sua participação ali. Quando tudo isso se dá por imagens, sem as percepções dos gestos, dos olhares e de toda a comunicação não verbal, o grau de incompreensão poderá ser maior (DIAMOND *et al.*, 2010).
- b) Essa ausência de acesso às comunicações não verbais (gestos, posturas, olhares, etc.) também empobrece a capacidade de comunicação do acusado e, conseqüentemente, de percepção do julgador.
- c) Alguns estudos empíricos realizados sobre interrogatórios por videoconferência nos Estados Unidos já destacam que o ângulo de uma câmera pode modificar substancialmente a percepção do receptor da mensagem, incluindo o juiz (POULAIN, 2004).
- d) Esses mesmos estudos pontuam que um acusado/custodiado pode se sentir mais intimidado em falar em frente a uma câmera, o que pode gerar comportamentos inesperados, que, eventualmente, podem ser lidos de modo negativo pelo julgador e pelos acusadores.

- e) Os limites da tecnologia podem também impactar no modo como o julgador percebe o acusado, afinal o tom e o timbre da voz mudam quando transmitida por sistemas de som, o que pode gerar falsas impressões sobre serem conteúdos verdadeiros ou falsos.
- f) Outro dado importante diz respeito à defesa técnica. Se ela se exerce com o defensor no tribunal, distante do acusado, este pode não compreender que, efetivamente, aquele profissional atua a seu favor e se diferencia dos demais que aparecem no vídeo (juízes e promotores); se a defesa, entretanto, está fisicamente junto do acusado e, portanto, distante dos demais atores da audiência (juízes, promotores, assistentes, etc.), perde a possibilidade de agir com rapidez diante de comunicações não verbais entre juízes e acusadores ou entre estes e testemunhas, vítimas, etc. Por fim, se apenas a defesa e o acusado estão fora do tribunal e juízes e promotores estão no mesmo ambiente, reforça-se uma desigualdade simbólica entre as partes processuais.
- g) No caso de audiências de instrução, pontua-se, ainda, que o acusado teria o direito de confrontar a testemunha diretamente, por meio do acompanhamento de seu depoimento. Em 2004, a Suprema Corte Americana, no caso *Crawford v. Washington*, reforçou a ideia de que a prova testemunhal deve ser produzida em contraditório, mediante o sistema da *cross-examination*, com possibilidade de ela ser confrontada diretamente pelo acusado. Embora não tenha se tratado de uma decisão sobre o uso da videoconferência, pode-se argumentar que a testemunha ser inquirida apenas por vídeo faz com que a defesa técnica e o acusado percam elementos não verbais de sua comunicação.
- h) Por fim, em um estudo empírico com 645.177 casos de aplicação de fiança em audiências realizadas entre janeiro de 1991 e dezembro de 2007, em Cook County, nos Estados Unidos, Diamond *et al.* (2010) verificaram que o valor das fianças aumentou significativamente após a implementação das videoconferências, o que sugere um tratamento mais severo quando o custodiado não está fisicamente presente.

Feitas essas considerações, enfrentemos, agora, as problemáticas em torno da utilização da videoconferência para a realização de audiências de custódia.

3. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA, UM CASE BEM-SUCEDIDO?

Após decisão não unânime tomada na 322ª sessão plenária do CNJ, foi autorizado o uso da videoconferência no âmbito das audiências de custódia enquanto durar a pandemia da covid-19 no Brasil. A decisão não foi unânime, tendo sido vencidos os conselheiros André Godinho, Tânia Regina S. Reckziegel, Ivana Navarrete Pena e Marcos Vinicius Jardim Rodrigues.

No ato, atuaram como *amici curiae* refutando a possibilidade do uso da videoconferência o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o Conectas – Direitos Humanos, as Defensorias Públicas do Rio de Janeiro e de São Paulo e a Associação para a Prevenção da

Tortura (APT). Defenderam o uso da referida tecnologia a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe).

Mais uma vez, importa notar que o IDDD, o Conectas, a APT e as defensorias – sobretudo a do Rio de Janeiro – têm sido responsáveis pela produção de dados empíricos sobre as audiências de custódia que traduzem parte dos desafios apontados na segunda parte deste artigo, tendo havido, na fala de cada uma dessas entidades, um enfoque específico para a timidez com a qual os casos de tortura vinham sendo tratados antes mesmo da pandemia. Em especial, o advogado Gabriel Sampaio, da Conectas, denunciou o descompasso entre o número de torturas e/ou maus-tratos reportados em audiências e o número de providências tomadas pelo Judiciário, pelo MP e até pelas defensorias públicas como o retrato do racismo estrutural, considerando, também, os inquestionáveis dados empíricos que demonstram uma sobrerrepresentatividade de pessoas negras presas em flagrante e conduzidas às audiências de custódia e todo o processo de racialização que marca a prática do sistema penal no Brasil.

Esse argumento também foi central na petição entregue à CIDH por diversas entidades da sociedade civil, em fevereiro de 2021. No documento, as entidades denunciam que as reiteradas práticas de torturas e maus-tratos verificados em audiências de custódia recaem preferencialmente e de modo desproporcional sobre pessoas negras:

[...] quase 80% das pessoas presas em flagrante eram negras, e aproximadamente 80% das agressões denunciadas em audiências de custódia tiveram como vítimas pessoas negras. Na mesma linha, pesquisa da Defensoria Pública do Estado da Bahia reunindo dados de 2019 apontou que 97,8% das pessoas apresentadas em audiência de custódia se autodeclararam negras, e 91,7% das agressões relatadas foram sofridas por pessoas negras. (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2021)

Essas entidades, portanto, fundaram suas manifestações em uma preocupação evidenciada pelas pesquisas empíricas realizadas com audiências de custódia: se o encaminhamento e a apuração dos casos de tortura já eram difíceis no formato presencial, o que esperar do formato remoto?

Um momento da sessão merece ser destacado. Após a fala da representante da APT, Sylvia Dias, o ministro Fux a indagou se as defensorias públicas estavam presentes nas audiências de custódia, isto é, se a advogada tinha conhecimento de que a defensoria pública garantia esse contato físico com o preso antes da audiência. Não pareceu muito claro se o ministro se referia ao momento anterior ou posterior ao início da pandemia, mas essa e outras manifestações ao longo da sessão deixaram uma sensação de que ele estaria chamando à responsabilidade as defensorias públicas, considerando que elas teriam de garantir a entrevista pessoal com o preso e que, com isso, estaria dirimida qualquer dificuldade em relação ao registro e à apuração dos casos de tortura.

Embora seja essencial o envolvimento das defensorias públicas na prevenção e no combate a todo tipo de tratamento degradante dispensado a custodiados, essas declarações refletem uma desresponsabilização do Poder Judiciário e do MP com o tema da tortura e do controle da atividade policial, por deixarem isso a cargo exclusivamente da defesa, o que não é possível nem mesmo do ponto de vista do desenho constitucional brasileiro, que atribui o controle externo da atividade policial ao MP, e ao Poder Judiciário o resguardo de toda e qualquer garantia fundamental das pessoas submetidas à custódia do Estado.

Defendendo as audiências de custódia por videoconferência, falaram como *amici curiae* a AMB e a Ajufe. Chamou especial atenção a fala da magistrada e presidenta da AMB, Renata Gil, que, após lembrar o dever do Poder Judiciário de agir pela defesa dos direitos fundamentais, o que não seria diferente nos casos de tortura, defendeu o recurso à videoconferência e afirmou que, até aquele momento, passados nove meses do uso dessa tecnologia nas audiências criminais, não tinha havido um único *case* negativo, tratando-se as audiências por videoconferência de um “*case* bem-sucedido”.

Evidentemente, como um programa ou política recentemente implementado e feito às pressas em razão de uma grave crise sanitária, ainda não existem dados seguros para concluir serem as audiências criminais por videoconferência um *case* de sucesso. Aliás, diversos tribunais brasileiros publicaram os números de julgamentos e a celeridade dos processos no período pandêmico e de trabalho remoto, sugerindo que esse formato de trabalho tornaria a Justiça mais barata e mais célere. Esses números sobre audiências realizadas e decisões proferidas podem refletir celeridade, mas o tempo do processo é apenas uma das variáveis em jogo quando o assunto é a qualidade do serviço jurisdicional.

Em especial no caso das audiências de custódia, o tempo é uma variável, considerando a determinação de que elas ocorram no prazo máximo de 24 horas para reduzir ao máximo o tempo de custódia do cidadão. Porém, junto ao tempo, os desafios impostos às audiências de custódia, mencionados na seção 1 deste artigo, envolvem mudança cultural, aprimoramento do direito de defesa, direito à participação, engajamento dos atores no encaminhamento dos casos de tortura e maus-tratos reportados pelos custodiados, disponibilização de um ambiente favorável e receptivo a esses relatos, implementação ou aprimoramento do atendimento psicossocial anterior e posterior à audiência, entre outros. Cada um desses aspectos precisa ser confrontado à realidade de audiências que ocorram por tecnologias de transmissão de vídeo e áudio.

Voltamos, então, à cena referida nas primeiras linhas deste artigo, da audiência de custódia realizada por videoconferência no estado do Maranhão. Nela, o custodiado está sozinho e não sabemos ao certo o que ocorre antes e depois das filmagens. Não sabemos se antes da audiência houve reunião presencial ou virtual com a defesa, enfim, restam algumas dúvidas cruciais para a compreensão do êxito ou do fracasso dessa modalidade.

Já trouxemos anteriormente alguns argumentos que apontam para o enfraquecimento da defesa e dos direitos dos acusados quando fazemos uso da videoconferência em audiências

criminais, mas aqui dois deles precisam ser reforçados quando o assunto são as audiências de custódia. O primeiro é o de que não temos evidências empíricas para afirmar que essa modalidade de audiência tenda a agravar o tratamento penal dispensado a acusados ou custodiados no Brasil, embora o citado estudo de Diamond *et al.* (2010) tenha sugerido isso em audiências de concessão de fianças nos Estados Unidos. Porém, podemos afirmar que o contato virtual impacta no modo como o acusado/custodiado encara a solenidade, em como ele se relaciona com a sua defesa e com as demais autoridades da audiência e gera a perda de toda comunicação não verbal do ato. Ainda, esse contato pode se tornar ainda mais complexo quando o preso é pessoa com deficiência visual ou auditiva ou quando é estrangeiro e precisa de intérpretes.

No que se refere ao segundo argumento, quando o assunto é combate à tortura, as perdas são evidentes, já que o contato remoto pode desmotivar o preso a narrar violências que tenha sofrido, impede que o corpo inteiro do custodiado seja visto, não assegura que, após desligadas as câmeras, o custodiado estará em um ambiente seguro e longe de possíveis represálias e não garante que ele veja por completo a sala em que se encontram as demais autoridades, de modo a não se sentir plenamente confortável em falar sem ter exata noção de quem são todos os possíveis receptores de sua manifestação.¹⁵

Uma parte dessas dificuldades, sobretudo aquelas relacionadas à questão da tortura, foi exposta nas falas dos *amici curiae* que na 322ª sessão se posicionaram contrários à tese que, posteriormente, seria aprovada pelo CNJ. Porém, naquele momento, os conselheiros do CNJ entenderam que todas essas dificuldades estariam vencidas se fossem observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ para que a videoconferência ocorresse nas audiências de custódia. Esses requisitos mínimos foram destrinchados pela Resolução n. 357/2020, cujo texto exigiu que as audiências de custódia por videoconferência garantissem o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e o advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação, e determinou que:

§ 2º Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, deverão ser tomadas as seguintes cautelas:

I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, observada a regra do § 1º e ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente;

...

¹⁵ Esse aspecto é ressaltado por Danyelle Galvão (2015, p. 116) ao mencionar os requisitos mínimos para a ocorrência de um interrogatório por videoconferência.

- II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato;
- III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e
- IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato. (BRASIL, 2020b)

Como se verifica da leitura desses incisos, nada é dito sobre o local em que o custodiado deve estar no momento da audiência, podendo ser em uma delegacia de polícia, em uma unidade prisional ou em um prédio da Justiça. Considerando que esse preso pode estar sozinho (o que o inciso I antes citado não veda), cada um desses lugares proporcionará uma experiência radicalmente diferente quando, por exemplo, o assunto é relatar uma violência policial.

Aliás, neste ponto vale mencionar o famoso precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Miranda v. Arizona*, de 1966. Nesse caso, discutiu-se sobre os direitos à não autoincriminação e à presença de um advogado no ato de escuta de um custodiado. Na decisão, a Corte afirma que o ambiente policial é inerentemente intimidatório e que, para ser assegurado que o custodiado foi efetivamente advertido do direito ao silêncio e à presença de um advogado, procedimentos efetivos precisariam ser realizados.¹⁶

Como ressaltam Carvalho e Piza Duarte (2018), um dos pontos mais relevantes desse julgado é a Corte reconhecer que o ambiente policial pode ser hostil e que, portanto, ao se pensar em implementação de práticas para garantia de direitos, esse dado deve ser considerado.¹⁷

...

- 16 “1. The prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way, unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the Fifth Amendment’s privilege against self-incrimination. (a) The atmosphere and environment of incommunicado interrogation as it exists today is inherently intimidating, and works to undermine the privilege against self-incrimination. Unless adequate preventive measures are taken to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice” (U.S. SUPREME COURT, 1966, p. 444).
- 17 “The difficulty in depicting what transpires at such interrogations stems from the fact that, in this country, they have largely taken place incommunicado. From extensive factual studies undertaken in the early 1930’s, including the famous Wickersham Report to Congress by a Presidential Commission, it is clear that police violence and the ‘third degree’ flourished at that time” (U.S. SUPREME COURT, 1966, p. 445).

Ora, a Suprema Corte Americana, em 1966, reconheceu que as delegacias de polícia podem ser um ambiente inibidor e de práticas de condutas violentas e ilegais. Esse postulado, repetido diversas vezes na sessão do CNJ pelos representantes do IDDD, das defensorias públicas e do Conectas, foi ignorado na resolução do CNJ. Afinal, ela admite que uma pessoa presa por policiais esteja sozinha em um ambiente policial, comunique-se através de uma tela com agentes externos e participe de uma audiência que tem como uma das finalidades verificar a legalidade da prisão e a eventual ocorrência de violências perpetradas por agentes policiais.

Câmeras de 360 graus ou uma multiplicidade de câmeras dispostas na sala em que o preso se encontra não são capazes de inibir essas práticas, afinal de contas, finalizadas a audiência e a transmissão de imagens, o custodiado continua sob o jugo policial.

Além desse aspecto, a Resolução, embora garanta a realização do exame traumatológico do custodiado antes da audiência, nada diz sobre o envio do laudo aos magistrados, promotores e defensores a tempo de ser apreciado durante o ato, o que torna ainda mais difíceis o registro e a apuração dos casos de violência promovidos pelos custodiados.

Uma última nota sobre a Resolução n. 357 do CNJ foge ao tema deste artigo, mas não poderia deixar de ser mencionada. Com aquele ato, o art. 19 da Resolução n. 329/2020 passou a contar com um § 3º, cujo teor é: “A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal” (BRASIL, 2020c).

Os escopos das audiências de custódia são: prezar pela legalidade da prisão, prevenir e inibir práticas como tortura e garantir uma racionalidade na tomada de decisão sobre medidas cautelares. Para que esse projeto seja executado de modo satisfatório, muito temos ainda que caminhar. Quando inserimos a possibilidade de realização, nesse ambiente, de uma audiência de negociação entre defesa e acusação para aplicação de uma pena; quando lembramos que o acordo exige uma confissão instrumental totalmente alheia às necessidades da custódia; quando lembramos que, não raramente, as audiências ocorrem apenas 24 horas após a detenção do custodiado e não há qualquer ato investigatório consistente para garantir justa causa para a propositura do acordo, concluimos que o acordo de não persecução é incompatível com o momento processual em que as audiências de custódia ocorrem e com a finalidade destas.

Se a tudo isso somarmos o fator videoconferência, chegaremos muito próximos de uma distopia na qual réus seriam presos e cumpririam pena sem jamais terem pisado em um ambiente da Justiça.

CONCLUSÕES

Toda burocracia é constrangida por metas de celeridade e eficiência, e com o sistema de justiça criminal não é diferente (VALENÇA, 2015).

Sem dúvidas, a busca por essas metas parece explicar parte da euforia com a implementação da videoconferência. Mas apenas parte.

As audiências de custódia trouxeram para a sistemática processual penal brasileira uma oportunidade única de ter uma pessoa que acabou de ser presa posta à frente de magistrados, promotores, defensores e equipes psicossociais. Mais do que isso, garantiu, em tese, que a análise das medidas cautelares pudesse se apartar de uma análise fria de papéis para se realizar em um ato consagrador da oralidade.

Apesar disso, apontamos para diversos fatores problemáticos que ainda constituem desafios para essas audiências no Brasil. Uma parte desses desafios se deve a uma cultura encarceradora e a um forte descrédito em relação aos relatos de tortura ou maus-tratos trazidos por presos em audiências de custódia, o que impossibilita que esses custodiados sejam percebidos como vítimas. Em outras palavras, é como se o local natural desse custodiado fosse o do não direito e não o da garantia de direitos.

Desse modo, os “efeitos colaterais” da adoção de videoconferências em audiências criminais e de custódia nem sequer são questionados. Apontamos aqui para vários desses efeitos, levantados em estudos teóricos e empíricos, e quase todos chamam a atenção para o fato de que o contato remoto implica perda de direitos do custodiado e de oportunidade para a defesa. Todos esses estudos são públicos e estão à disposição das agências decisórias. Ao mesmo tempo, a sociedade civil organizada vem realizando campanhas que denunciam o retrocesso que é a adoção da videoconferência nesses atos.

Desse modo, é importante que haja uma agenda de pesquisas no Brasil voltada a entender os impactos que o uso da videoconferência pode ter, especialmente em relação às audiências de custódia, sobretudo dadas as suas especificidades e os seus objetivos. Esses estudos empíricos poderão apontar para os gargalos a serem enfrentados, o que pode ser um caminho mais seguro para a tomada de decisão sobre a permissão ou não do formato remoto.

AGRADECIMENTOS

A autora agradece às pesquisadoras do Grupo Asa Branca de Criminologia, aos/às seus/suas colegas consultores e consultoras em Audiências de Custódia e a toda a equipe do Eixo-1 do Programa Fazendo Justiça (CNJ/PNUD) pela interlocução.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana. *Audiências de custódia: percepções morais sobre violência policial e quem é vítima*. 2018. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de proteção social na audiência de custódia: parâmetros para o serviço de atendimento à pessoa custodiada*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 357, de 26 de novembro de 2020*. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 329, de 30 de julho de 2020*. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal n. 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original133456202008265f4665002a5ee.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020*. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais: audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/281/1/Justi%C3%A7a%20Pesquisa%20-%20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentais%20-%20Audi%C3%Aancia%20de%20Cust%C3%B3dia%2c%20pris%C3%A3o%20provis%C3%B3ria%20e%20medidas%20cautelares.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da

República, 1992a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília: Presidência da República, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm#:~:text=Qualquer%20pessoa%20presa%20ou%20encarcerada,de%20ser%20posta%20em%20liberdade. Acesso em: 13 abr. 2023.

CARVALHO, Gabriela Ponte; PIZA DUARTE, Evandro. As abordagens policiais e o *Caso Miranda v. Arizona* (1966): violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 303-334, jan./abr. 2018.

CNJ monitora condições de audiências de custódia por videoconferência. *Agência CNJ de Notícias*, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-monitora-condicoes-de-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Juízo 100% Digital. [S. d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/projeto-juizo-100-digital/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Organizações denunciam à CIDH audiências de custódia por videoconferência*. 20 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/organizacoes-denunciam-a-comissao-interamericana-aprovacao-de-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia-no-brasil/>. Acesso em: 20 maio 2021.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada: como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*. São Paulo, 2017.

DIAMOND, Shari Seidman *et al.* Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions. *Journal of Criminal Law and Criminology*, [s. l.], v. 100, n. 3, p. 869-902, 2010.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (DPRJ). *Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019*. [S. d.]. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FERREIRA, Carolina Costa; DIVAN, Gabriel Antinolfi. As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 530-549, 2018.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], ano 25, v. 135, p. 49-71, 2017.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2015.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). *O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia*. São Paulo, 2019. Disponível em: https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). *Audiências de custódia: panorama nacional*. São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). *Videoconferencing, Courts and Covid-19: Recommendations Based on International Standards*. Novembro, 2020. Disponível em: https://www.unodc.org/res/ji/import/guide/icj_videoconferencing/icj_videoconferencing.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

JOHNSON, Molly Treadway; WIGGINS, Elizabeth. Videoconferencing in Criminal Proceedings: Legal and Empirical Issues and Directions for Research. *Law & Policy*, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 211-227, abr. 2006.

POULAIN, Anne Bowen. Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The Remote Defendant. *Tulane Law Review*, [s. l.], v. 78, p. 1089-1167, 2004.

ROMÃO, Vinícius de Assis. *Entre a vida na rua e os encontros com a prisão: controle urbano e audiências de custódia*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: Resolution*. Nova York, 1992. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/158456#record-files-collapse-header>. Acesso em: 19 jun. 2023.

U.S. SUPREME COURT. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, p. 444-491. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia e laudos periciais: a tortura será punida? In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; ROMÃO, Vinícius de Assis (org.). *Audiências de custódia no Brasil: a prática em debate*. Salvador: EDUFBA, 2022. v. 1. p. 214-233.

VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 23, n. 116, p. 207-238, set./out. 2015.

VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. “Pancada de amor não dói”: a audiência de custódia e a visibilidade invertida da vítima nos casos de violência doméstica. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1238-1274, abr./jun. 2020.

VITAGLIANO, Daniella; SOUZA, Ricardo André de. Audiência de custódia por videoconferência: incompatibilidade à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. Defensoria Pública Geral. *Cadernos Estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia por videoconferência: um caso bem-sucedido? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2325, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202325>

Manuela Abath Valença

DOUTORA PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB). MESTRE PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE). PROFESSORA ADJUNTA DA GRADUAÇÃO EM DIREITO E DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFPE. PROFESSORA DA GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO (UNICAP) E DA UNIVERSIDADE DE PERNAMBUCO (UPE). PESQUISADORA DO ASA BRANCA DE CRIMINOLOGIA.

manuela.valenca@ufpe.br

1 Centro Universitário de Brasília,
Brasília, Distrito Federal, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-5538-0838>

2 Centro Universitário de Brasília,
Brasília, Distrito Federal, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-9101-1455>



Limites e possibilidades das flexibilidades do direito da propriedade intelectual para lidar com urgências em saúde: estudos de caso da Aids e da covid-19

THE FLEXIBLE DYNAMICS OF THE INTELLECTUAL PROPERTY REGIME TO DEAL WITH HEALTH EMERGENCIES: CASE STUDIES FROM AIDS AND COVID-19

Marcelo Dias Varella¹ e Katia Adriana Cardoso de Oliveira²

Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar que o direito de propriedade intelectual torna-se flexível o suficiente para ampliar a oferta de medicamentos e vacinas, além de viabilizar desenvolvimento e inovação. Para compreender essa dinâmica, partiu-se de uma revisão sistemática da literatura, tendo por objeto a análise de três estudos de casos em que se observa a atuação dos diversos atores internacionais e nacionais. O primeiro trata das ações legislativas no país, que possibilitaram a decretação da licença compulsória da patente do Efavirenz, pelo Poder Executivo em 2007, durante a crise sanitária da Aids. O segundo demonstra que a pandemia de covid-19 foi forte o suficiente para estimular a inovação e o desenvolvimento de vacinas, mas ainda encontra problemas com a capacidade de produção, cuja solução proposta na Organização Mundial do Comércio (OMC) foi o *waiver* de direitos de propriedade intelectual. Por fim, o Poder Judiciário brasileiro, no contexto da pandemia de covid-19, flexibilizou o direito de propriedade intelectual ao retirar o parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial (LPI), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.529, e os Poderes Legislativo e Executivo promoveram diversas alterações na LPI para enfrentamento da crise. Conclui-se que a dinâmica das normas que regem o direito de propriedade intelectual permite diferentes possibilidades de flexibilizações, a depender de cada problema concreto, a funcionar como uma espécie de “direito de propriedade intelectual de emergência”.

Palavras-chave

Propriedade intelectual; licenças compulsórias; crises sanitárias; saúde; inovação.

Abstract

The aim of this paper is to demonstrate that intellectual property rights become flexible enough to expand the supply of medicines and vaccines, in addition to enabling development and innovation. In order to understand this dynamic, we started with a systematic literature review, with the object of analyzing three case studies in which the performance of different international and national actors is observed. The first deals with the legislative actions in the country, which made possible the decree of the compulsory license of the Efavirenz patent, by the Executive Power in 2007, during the sanitary crisis of AIDS. The second demonstrates that the Covid-19 pandemic was strong enough to spur vaccine innovation and development; but it still has problems with production capacity, whose solution proposed at the World Trade Organization (WTO) was the waiver of patents. Finally, the Brazilian Judiciary, in the context of the Covid-19 pandemic, made the Intellectual Property Law more flexible, by removing the sole paragraph of art. 40 of the Law of Intellectual Property (LPI), in Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 5,529, and the Power promoted several changes in the LPI, to face the crisis. It is concluded that

the dynamics of the norms that govern Intellectual Property Law allow for different possibilities of flexibility, depending on each concrete problem, to function as a kind of “emergency intellectual property right”.

Keywords

Intellectual property; compulsory licences; health crises; health; innovation.

INTRODUÇÃO

Encontrar um equilíbrio entre fornecer incentivos para a pesquisa e o desenvolvimento de novos medicamentos e proporcionar o maior acesso possível aos medicamentos existentes não é uma tarefa fácil. Um sistema de propriedade flexível é o ideal para que países como o Brasil possam melhor atender às suas necessidades.

A dinâmica de geração da inovação na indústria farmacêutica é fortemente ligada ao sistema de propriedade intelectual, que, ao ser operado pelos diferentes atores, apresenta flexibilidades suficientes para lidar com crises sanitárias, sobretudo em países como o Brasil, de médio desenvolvimento relativo.

Há uma divergência desde o início das discussões: o direito de propriedade intelectual, de um lado, seria um instrumento para proteger os países inovadores, que teria como consequência reduzir o acesso a medicamentos por países mais pobres, inclusive os adaptadores de tecnologia; de outro, seria um estímulo necessário para promover inovações e flexível o suficiente para permitir acesso a medicamentos em caso de crises sanitárias (BAKER, JAYADEV e STIGLITZ, 2017, p. 61).

A hipótese deste artigo é de que os diferentes atores conseguem construir um direito flexível o suficiente para atingir sua meta principal de promover inovação e desenvolvimento e ampliar o acesso a medicamentos e a vacinas. Contudo, embora as flexibilidades existam na lei e sejam possíveis tecnicamente, a sua aplicação é de difícil aceitação política, o que as torna frágeis e exige um esforço nacional e internacional, nem sempre bem-sucedido.

É notório o esforço das principais empresas farmacêuticas globais para desenvolverem vacinas em tempo recorde, no contexto da covid-19, ao longo de 2020, inclusive com a utilização de novas tecnologias, a exemplo da RNA recombinante, que deu origem a uma nova série de vacinas inovadoras, com investimentos públicos e privados de quase 100 bilhões de dólares em apenas um ano (HOECKLIN, 2021).

Nesse contexto, o objetivo geral é demonstrar a dinâmica de flexibilização do direito de propriedade intelectual no cenário de crises sanitárias a partir da atuação dos diversos atores

internacionais e nacionais, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do setor privado (empresas e organizações não governamentais [ONGs]).

A metodologia adotada foi uma revisão sistemática da literatura a partir de três estudos de caso selecionados, nos quais se observa a atuação dos diversos atores internacionais e nacionais. Como fontes primárias, foram utilizados o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), a Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial [LPI]).

O primeiro estudo de caso trata da crise sanitária de acesso a medicamentos contra a Aids. Busca-se entender as ações praticadas no âmbito internacional e interno acerca das negociações de preços do Governo Federal com as indústrias farmacêuticas, que não lograram êxito, cujas discussões resultaram na Declaração Interpretativa de Doha sobre Propriedade Intelectual e Saúde Pública, em 2001. No âmbito interno, a decretação da licença compulsória da patente do Efavirenz, pelo Poder Executivo em 2007, que teve como resultado a ampliação do acesso a medicamentos, além das negociações com as diferentes empresas fornecedoras para redução de preços.

O segundo estudo de caso, relacionado à covid, discute as ações adotadas no âmbito internacional para promover o maior acesso a vacinas. A crise, por um lado, foi forte para estimular a inovação; por outro lado, destacou o problema da incapacidade mundial de produção de vacinas. Diversos mecanismos voluntários como o *Covax Facility* e o *Technology Access Pool* (CTAP) foram propostos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), todavia não se mostraram suficientes. Em paralelo, houve medidas de flexibilização não voluntárias, como a proposta de *waiver* de patentes, apresentada pela Índia e pela África do Sul em outubro de 2020.

O terceiro estudo de caso aborda a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário brasileiro no manejo da propriedade intelectual, também no contexto da pandemia. Observa-se movimento semelhante ao que ocorreu na crise sanitária de Aids, não somente pela produção normativa pelo Poder Legislativo, mas também por decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que flexibilizou o direito de propriedade intelectual ao retirar o parágrafo único do art. 40 da LPI, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.529-2016/DF, que previa a hipótese de extensão de prazo de proteção de patentes, o que dificultava o enfrentamento da crise.

1. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CASO DA AIDS

Entre 1995 e 2005, com a ampliação da adesão de diferentes países, foi possível sentir os efeitos dos direitos de propriedade intelectual sobre o preço dos medicamentos patenteados. A primeira grande discussão sobre a necessidade de flexibilização ocorreu logo nos anos seguintes, em favor dos países em desenvolvimento, para a proteção da saúde pública.

No âmbito doméstico, com os preços elevados de medicamentos e o aumento do número de mortes, o governo brasileiro recorreu à cláusula de inexistência de produção local (art. 68

da LPI), já que tais medicamentos não eram produzidos no país. A simples ameaça de utilização da licença compulsória teve repercussões importantes e resultou em pressões governamentais para que as empresas reduzissem o preço, o que aumentou o poder e a credibilidade do país nas negociações internacionais.

O Brasil foi um dos únicos países do mundo a distribuir coquetéis gratuitos para os doentes de Aids, por permitir a importação do Efavirenz a preços mais acessíveis por laboratório indiano, posteriormente pela produção local pela Farmanguinhos e, em seguida, pelo Butantan, em parceria com Cristália, Globe Química e Nortec (SOUZA e LAGO, 2022, p. 13).

Logo após a aprovação do TRIPS, houve uma discussão entre Brasil e Estados Unidos da América (EUA) sobre a exigência de produção local pelo governo brasileiro, para assegurar os direitos de propriedade intelectual. Em 8 de junho de 2000, os EUA solicitaram a abertura de consultas ao Órgão de Solução de Controvérsias contra a obrigação de produção local e o conceito de emergência nacional e interesse público, por entenderem que tais previsões normativas (arts. 68 e 71 da LPI) violavam os arts. 27 e 28 do TRIPS.

Países como Brasil, África do Sul e Índia lideraram, então, uma discussão global, com o apoio de ONGs de direitos humanos, para viabilizar a implementação dessa medida ante as dificuldades de acesso aos medicamentos que compunham o coquetel da Aids. O tema foi alvo das discussões de Doha, em 2001, convocadas depois da anunciada disposição brasileira de produzir localmente medicamentos protegidos por patentes para tratamento dos doentes de Aids, que, entre 1980 e 2000, somavam 203.353 casos conhecidos de HIV positivos. No entanto, o total estimado era de 597 mil infectados (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001, p. 8). A falta de produção local levaria à perda dos direitos de propriedade intelectual ou ao direito de importação de outros produtores.

Tal impasse foi resolvido por ocasião da Declaração de Doha, em 2001. Além de permitir que o Brasil apresentasse um dos casos mais paradigmáticos de concretude para o uso da flexibilidade do Acordo TRIPS, de forma a assegurar que os governos tivessem o direito de produzir medicamentos localmente (se for do interesse da saúde pública), a Declaração Interpretativa esclareceu uma dúvida que havia sobre as possibilidades de flexibilização dos direitos de propriedade intelectual no Acordo TRIPS, em especial em casos de emergência nacional e interesse público.

Vale citar alguns trechos da Declaração:

1. Reconhecemos a gravidade dos problemas de saúde pública que afligem muitos países em desenvolvimento e países menos desenvolvidos, em especial no que diz respeito àqueles decorrentes do HIV/AIDS, da tuberculose, da malária e de outras epidemias.
2. Ressaltamos a necessidade de que o Acordo da OMC sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS) integre a mais ampla ação nacional e internacional voltada para o trato desses problemas.

3. Reconhecemos que a proteção à propriedade intelectual é importante para a produção de novos medicamentos. Reconhecemos, ainda, as preocupações com seus efeitos sobre os preços.

4. Concordamos que o Acordo TRIPS não impede e não deve impedir que os Membros adotem medidas de proteção à saúde pública. Deste modo, ao mesmo tempo em que reiteramos nosso compromisso com o Acordo TRIPS, afirmamos que o Acordo pode e deve ser interpretado e implementado de modo a implicar apoio ao direito dos Membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, de promover o acesso de todos aos medicamentos. Neste sentido, reafirmamos o direito dos Membros da OMC de fazer uso, em toda a sua plenitude, da flexibilidade implícita nas disposições do Acordo TRIPS para tal fim.

5. Dessa forma, e à luz do item 4, acima, embora mantendo nossos compromissos com o previsto no Acordo TRIPS, reconhecemos que essa flexibilidade significa que:

1. Na aplicação das tradicionais regras de interpretação da legislação internacional pública, cada cláusula do Acordo TRIPS deverá ser entendida à luz do objeto e da finalidade do Acordo, na forma expressa em seus objetivos e princípios. Cada Membro tem o direito de conceder licenças compulsórias, bem como liberdade para determinar as bases em que tais licenças são concedidas.

Cada Membro tem o direito de determinar o que constitui emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, subentendendo-se que crises de saúde pública, inclusive as relacionadas com o HIV/AIDS, com a tuberculose, malária e outras epidemias, são passíveis de constituir emergência nacional ou circunstâncias de extrema urgência. O propósito dos dispositivos do Acordo TRIPS que sejam relevantes para a prescrição dos direitos de propriedade intelectual é o de permitir que cada Membro seja livre para fixar suas próprias diretrizes quanto à referida prescrição, sem qualquer interferência, em consonância com o que dispõem os Artigos 3º e 4º sobre nação mais favorecida e tratamento nacional. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994, tradução nossa)

A proposta gerou, de um lado, expectativa e até mesmo questionamentos, especialmente nos meios acadêmico e diplomático ligados ao comércio e à proteção de patentes, e, de outro, manifestações de apoio e de satisfação com a medida, particularmente por parte de segmentos da sociedade civil organizada que se identificam com as causas humanitárias e em defesa da vida e da saúde (VARELLA, 2004).

Em consequência, os EUA retiraram o painel do Órgão de Solução de Controvérsias e reconheceram a legitimidade da legislação brasileira que tratava da licença compulsória de patentes por falta de produção local e emergência nacional e interesse público. No entanto, o Brasil assumiu o compromisso de comunicar previamente o governo norte-americano quando fosse o caso de decidir decretar o licenciamento compulsório para fabricação local de produtos americanos patenteados no Brasil (VARELLA, 2004).

A decisão dos EUA foi fruto da pressão da opinião pública mundial, de uma série de decisões no âmbito internacional favoráveis ao acesso à terapia ARV e do apoio que o Brasil recebeu uma semana antes e durante a reunião da OMC para discutir possíveis obstáculos que acordos internacionais estariam trazendo às políticas nacionais de saúde.

A definição do que seria emergência nacional e interesse público, prevista no art. 71 da LPI, foi copiada do texto do TRIPS, em particular do art. 8, que trata dos princípios e prevê as mesmas condições. O mencionado artigo foi regulamentado pelo Decreto n. 3.201/1999, com a redação alterada pelo Decreto n. 4.830/2003, a qual dispõe que o Poder Executivo federal poderá conceder de ofício a licença compulsória caso não haja por parte do titular da patente o cumprimento das necessidades relativas ao interesse público e à emergência nacional.

Assim, nota-se que, após uma leitura restritiva do tratado multilateral – tanto pelos atores externos quanto pelos atores internos –, houve uma tentativa de negociação com as empresas envolvidas. Ante a rigidez de posicionamento de algumas destas, foram realizadas uma releitura pelo Poder Executivo dos limites do Acordo TRIPS e a edição de uma licença compulsória, dentro da margem nacional de interpretação permitida pelo texto do acordo. Para não restar dúvidas e viabilizar outras licenças compulsórias, os diferentes Estados flexibilizaram a interpretação do TRIPS no âmbito multilateral, de modo a induzir outras empresas e Estados a serem mais flexíveis em casos de urgências sanitárias.

Tal contexto favoreceu a decretação da licença compulsória do medicamento Efavirenz, de titularidade do laboratório Merck. A empresa cobrava do governo brasileiro, pelo comprimido de 600 mg, um valor 136% maior que o ofertado pelo mesmo laboratório para a Tailândia (US\$ 0,65). O Ministério da Saúde (MS) pagava o equivalente a US\$ 1,59 por comprimido, com um gasto aproximado de US\$ 580 por paciente/ano, o que corresponde a cerca de US\$ 43 milhões ao ano.

Na ocasião, o Brasil já havia recebido propostas de laboratórios internacionais que ofereciam a versão genérica do medicamento por US\$ 0,45, valor aproximadamente 72% menor que o atualmente praticado pelo MS. Em 2006, o governo federal tentou obter da empresa o desconto pretendido, a fim de pagar o mesmo preço pago pela Tailândia, mas a empresa optou por não atender o pleito, o que comprova o abuso de poder econômico (GRANGEIRO, 2006, p. 68). A discussão se dava em torno da possibilidade de o Brasil comprar os produtos indianos diante da não concordância de algumas empresas farmacêuticas de reduzir os preços durante as negociações.

Ante o insucesso das negociações com o laboratório, no dia 25 de abril de 2007, a Portaria n. 886, de 24 de abril de 2007, do Ministro de Estado da Saúde, “declara de interesse público os direitos de patente sobre o Efavirenz, para fins de concessão de licença compulsória para uso não comercial”, que teve como fundamento o art. 31 do Acordo TRIPS, e no âmbito interno o art. 71 da LPI, pois os preços do Efavirenz ameaçavam a sustentabilidade da política pública, que assegurava o acesso universal e gratuito ao medicamento por parte das pessoas que vivem com HIV/Aids.

Por meio dessa licença, o MS ficou autorizado a importar versões genéricas do medicamento, produzidas por laboratórios pré-qualificados pela OMS, com uma redução de 71,35% no custo anual do tratamento de pacientes que usam o comprimido de 600 mg. No caso dos pacientes que usam a versão em cápsula de 200 mg, a redução foi de 65,6%, além de uma economia de US\$ 30,6 milhões nos gastos com o Efavirenz para o Sistema Único de Saúde (SUS). O Brasil repassou ao laboratório titular da patente licenciada *royalties* de 1,5% do valor da aquisição ou do custo do medicamento produzido e acabado pelo MS (VARELLA, 2004).

Como se pode notar, a flexibilização dos direitos de propriedade intelectual para resolver uma emergência sanitária global ocorreu por meio da articulação dos atores no plano internacional e no plano doméstico. No Brasil, o manejo do direito de propriedade intelectual pelo Poder Executivo demonstrou aptidão para responder às demandas por acesso no contexto da Aids. A interpretação sobre o sentido e o alcance do art. 31 do TRIPS foi fundamental para viabilizar a implementação da licença compulsória no Brasil, dada pela Declaração de Doha, que indicou, mais do que tudo, o retorno a um equilíbrio na tensão entre os países desenvolvidos e alguns países em desenvolvimento, em particular o Brasil. Ressalta-se que não somente a decretação da medida demonstrou sua efetividade, mas também a mera ameaça teve o condão de promover a redução de preços de vários medicamentos importantes que fazem parte do coquetel utilizado para tratar os doentes de Aids.

2. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NO CASO DA COVID-19

Em 11 de março de 2020, a OMS declarou que o mundo estava vivendo uma pandemia devido ao novo Coronavírus. Como resposta, o MS decretou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), em conformidade com o Decreto n. 7.616, de 17 de novembro de 2011. Também foi promulgado o Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, que reconheceu o estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do presidente da República, encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020.

Em menos de um ano, não apenas a economia dos países foi severamente afetada, mas também o próprio modo de viver, além da perda de vários milhões de vidas humanas em todos os continentes. Rapidamente, houve um investimento massivo de Estados e empresas para o desenvolvimento de novas vacinas.

Contudo, essa inovação não foi suficiente para produzir e distribuir vacinas de maneira equitativa para a comunidade global. Nesse contexto, três importantes iniciativas para ampliar o acesso aos resultados desses esforços se destacaram: o CTAP, o *Covax Facility* e a discussão sobre *waiver* dos direitos de propriedade intelectual. Os dois primeiros, discutidos no âmbito da OMS, referem-se à modalidade de compras coletivas, com preços mais acessíveis e foco no acesso aos países em desenvolvimento. O último relaciona-se à flexibilização dos direitos de propriedade intelectual, a fim de promover a fabricação das vacinas em escala maior e com preços menores sem prejudicar a concessão posterior de patentes, com a perda da novidade.

2.1. MECANISMOS VOLUNTÁRIOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NA OMS

As principais iniciativas voluntárias para assegurar o acesso justo e equitativo de vacinas a todos foram o CTAP e o *Covax Facility*. O primeiro foi apresentado pela Costa Rica, com o objetivo de criar um *pool* de propriedade intelectual de tecnologia de emergência voluntária para acelerar a descoberta científica, o desenvolvimento de tecnologia, a prova de segurança/eficácia/qualidade e a ampla distribuição dos benefícios do avanço científico e suas aplicações na promoção do direito à saúde. Contudo, os fabricantes de vacinas e as empresas farmacêuticas não participaram de nenhuma chamada voluntária para *pool* de patentes e *know-how*.

O segundo, coordenado pelas instituições internacionais no campo de vacinas GAVI (The Vaccine Alliance) e CEPI (Coalização para Inovações em Preparação para Pandemias), teve por objetivo assegurar acesso equitativo a vacinas seguras e eficazes, a preços negociados, para a imunização de 10% a 50% da população dos países signatários. De certo modo, o *Covax Facility* conseguiu êxito, porque organizou o ritmo de acesso às vacinas, com preços mais baixos, mas não teve êxito pleno, uma vez que o quantitativo de vacinas foi aquém da necessidade mundial, sobretudo pelo fato de que alguns fornecedores em desenvolvimento, como a Índia, preferiram imunizar primeiro sua população antes de avançar com a distribuição de vacinas ao restante do planeta, fenômeno denominado “nacionalismo de vacinas”.

O sistema multilateral de cooperação voluntária proposto no âmbito da OMC e da OMS para compartilhar direitos de propriedade intelectual era bastante frágil. Desse modo, foram propostas soluções obrigatórias, em âmbito global, para que mais empresas produzam vacinas contra a covid-19, como será demonstrado a seguir, ainda que não fosse implementado no contexto da pandemia de covid-19.

2.2. A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAR MECANISMOS OBRIGATÓRIOS PARA GARANTIR O ACESSO A VACINAS: A PROPOSTA DE *WAIVER*

O *waiver* dos direitos de propriedade intelectual constitui instrumento jurídico de flexibilização não voluntária dos direitos de propriedade intelectual, apresentado em 2 de outubro de 2020 pela Índia e pela África do Sul ao Conselho-Geral da OMC, no contexto da pandemia de covid-19, para ampliar a capacidade de fabricação de vacinas.

A ideia seria retirar as barreiras de propriedade intelectual de forma direta e permitir a liberdade de operar para que indústrias de outros países pudessem produzir vacinas sem infringir direitos de propriedade intelectual de outra parte, bem como para evitar a ameaça de litígio concomitante, pois muitos países haviam manifestado que teriam capacidade de produzir vacinas, mas que não poderiam devido às limitações impostas pelo direito de propriedade intelectual.

Nesse contexto, a proposta foi defendida por governos, parlamentares, cientistas, médicos, especialistas, ativistas e organizações internacionais, incluindo a OMS e instituições de

caridade das Nações Unidas para a Aids (UNAIDS). Mais de cem países apoiaram essa ideia, inclusive os EUA.

A União Europeia apresentou uma proposta em junho de 2021 para que não haja a suspensão de patentes, mas aceitaria as negociações individuais de acordos de licenciamento entre países e empresas farmacêuticas, com três componentes básicos: a) facilitar o comércio e levantar as restrições à exportação; b) expandir a produção; e c) clarificar e facilitar as flexibilidades do TRIPS relativas ao licenciamento compulsório.

O Brasil, que já liderou a luta na OMC pela proteção da saúde pública, foi um dos únicos países contrários à proposta, mostrando-se mais conservador na proteção dos direitos de propriedade intelectual que os EUA e outros países desenvolvidos. Contudo, ante a gravidade da pandemia no país, o governo brasileiro sinalizou que poderia negociar a suspensão de patentes, o que não se concretizou (ANTUNES, 2021).

Nesse contexto, mesmo antes do amadurecimento do debate do *waiver* no plano internacional, tanto o Governo Federal quanto o estado de São Paulo aproveitaram a oportunidade gerada pela crise sanitária para aumentar significativamente a capacidade de produção de vacinas, a partir de acordos com detentores dos direitos de propriedade intelectual e da tecnologia recém-inventada. O cenário da pandemia possibilitou tanto maior segurança no ingresso de recursos financeiros com a venda de vacinas como maior participação da iniciativa privada, inclusive por meio de doações. A Bio-Manguinhos desenvolveu o projeto do Centro Industrial de Biotecnologia em Saúde (CIBS), em Santa Cruz, no Rio de Janeiro, com investimento de R\$ 3,4 bilhões e capacidade de multiplicar em quatro vezes a produção de vacinas pela instituição, com grande possibilidade de exportação. No mesmo sentido, em São Paulo, o Instituto Butantan inaugurou em curto espaço de tempo uma nova fábrica em 2022, de nível de biossegurança 3, com capacidade de produção de 100 milhões de doses de vacinas por ano, não apenas para covid-19, mas também para zika, raiva e hepatite (INSTITUTO BUTANTAN, 2022).

A hipótese legal para a utilização de um *waiver* de direitos de propriedade intelectual encontra amparo no art. 73 do Acordo TRIPS (ABBOTT, 2020, p. 15). A pandemia de covid-19 constitui uma emergência nas relações internacionais, nos termos da declaração da OMS, de 30 de janeiro de 2020, sobre o surto de covid-19.

Em sentido oposto, Mercurio (2021, p. 12) entende que a pandemia não constitui uma emergência nas relações internacionais, pois se trata de um problema de cunho doméstico, cujas soluções já foram negociadas no Acordo TRIPS por meio de mecanismos como a licença compulsória de patentes.

Esse entendimento, entretanto, não merece amparo, pois deve-se considerar que o art. 73 abrange um conjunto mais amplo de regras do TRIPS, aplicáveis ao licenciamento compulsório, sendo importante não confundir as questões jurídicas nacionais e internacionais. Ademais, a suspensão dos direitos de propriedade intelectual por um governo nacional não pressupõe que o governo estabeleça algum mecanismo de compensação aos proprietários

pela propriedade intelectual que possa ser utilizada durante o período de suspensão (ABBOTT, 2020, p. 19).

Sobre o tema, Santos Rutschman (2021, p. 5) defende que as informações divulgadas nas patentes não seriam suficientes para aumentar a oferta de vacinas contra a covid-19, pois, por se tratar de produtos biológicos, eles demandam processos e práticas de fabricação específicos, muitos dos quais não são disponibilizados em uma patente, considerando a sobreposição de diversos direitos de propriedade intelectual e diferentes níveis de divulgação, que obstruem o compartilhamento de *know-how* e a transferência de tecnologia necessária para a fabricação de vacinas contra a covid-19.

Assim, para que o *waiver* seja eficaz, seria necessário não apenas incluir uma suspensão da patente, mas também fornecer os segredos comerciais por meio da transferência de tecnologia, além de dados regulatórios. Cumpre mencionar que algumas desenvolvedoras das vacinas, como a Pfizer/BioNTech, optaram por manter tais informações em segredo. Embora tenha declarado em 2020 que deixaria de fazer cumprir as suas patentes, a decisão da Moderna não abrangeu todos os direitos de propriedade intelectual, como segredos comerciais/*know-how*, e excluía transferência de tecnologia. Deveras, não haveria lógica em deixar de fazer cumprir os direitos de patentes sem liberar as demais informações; caso contrário, a escala de fabricação da vacina enfrentaria obstáculos significativos. O fato é que a simples existência de uma discussão internacional, com fortes chances de levar à suspensão de direitos de propriedade intelectual, acabou sendo um elemento importante de pressão dos Estados nacionais sobre as empresas para a redução de preços e melhores cláusulas de negociação. Nesse sentido, foi possível construir um cenário de venda de vacinas com preços variados e, muitas vezes, mais favoráveis aos países em desenvolvimento com alguma capacidade de aquisição, como o Brasil.

Conclui-se que, no contexto da pandemia de covid-19, do mesmo modo como ocorreu com a epidemia de Aids, o direito de propriedade intelectual foi capaz de apresentar respostas, ainda que algumas medidas de flexibilização não tenham sido implementadas, como o *waiver* dos direitos de propriedade intelectual, que poderia evitar muitas mortes desnecessárias.

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PELOS PODERES JUDICIÁRIO, EXECUTIVO E LEGISLATIVO NO CONTEXTO DA COVID-19

Além das ações no plano internacional e das negociações internas, o contexto da pandemia favoreceu a conclusão de discussões antigas, mas importantes, sobre a constitucionalidade da legislação até então em vigor e a conveniência de rever determinadas opções legislativas específicas do Brasil.

No caso do Poder Judiciário, houve a ADI 5.529/2016-DF, cujo objeto foi o parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279/1996, que previa a hipótese de vigência diferida para patentes depositadas junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), quando o processo

administrativo ultrapassasse o prazo de oito anos para modelos de utilidade, e dez anos para invenções. As razões para a inserção não foram explicitadas e não encontram amparo no Acordo TRIPS (que estabelece o prazo de vinte anos, a contar do depósito) nem em outras legislações dos países-membros da OMC. Conforme estudo desenvolvido por Bezerra *et al.* (2020, p. 24), seria uma espécie de compensação para o inventor em razão da letargia administrativa em apreciar os pedidos de patentes.

No caso dos Poderes Legislativo e Executivo, houve a revisão do procedimento administrativo para concessão de patentes em saúde pública, em especial, da participação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) no processo. Os dois temas eram discutidos há muitos anos, mas foram concluídos apenas durante a crise sanitária de 2022.

3.1. A REVOGAÇÃO DA ANUÊNCIA PRÉVIA DA ANVISA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE PATENTES FARMACÊUTICAS PELO PODER LEGISLATIVO

A participação do setor de saúde no processo de análise dos pedidos de patentes de produtos e processos farmacêuticos foi estabelecida por meio da Medida Provisória n. 2.006, de 14 de dezembro de 1999, convertida na Lei n. 10.196, de 14 de fevereiro de 2001, determinando-se a necessidade da anuência prévia da Anvisa (CHAVES *et al.*, 2007).

Havia um conflito de posições, e a ideia seria justamente proteger os interesses nacionais. À época, acreditava-se que o INPI estaria concedendo novas patentes farmacêuticas sem realmente atender ao critério novidade, a exemplo de novas aplicações terapêuticas para produtos genéricos ou que estariam quase caindo em domínio público.

A falta de uma análise mais rigorosa levaria à extensão artificial dos direitos de propriedade intelectual e à impossibilidade de as indústrias brasileira e estrangeira de genéricos fornecerem medicamentos mais baratos. A Anvisa buscava uma análise de um órgão especializado da saúde para avaliar a novidade do produto e o atendimento dos critérios de patenteabilidade.

Alguns autores entendiam que a atuação da Anvisa na concessão das patentes aos medicamentos seria de extrema importância, tendo em vista que tal concessão possui relação direta com a efetividade do direito à saúde (GONTIJO, 2007). No mesmo sentido, Basso (2001) argumenta que o objetivo precípuo desse instrumento é “proteger o interesse social de possíveis riscos à saúde pública e ao desenvolvimento tecnológico do país”.

Anteriormente, havia a ideia de que o INPI não avaliava a novidade de patentes farmacêuticas, sobretudo em casos de segundo uso terapêutico. Assim, a análise pela Anvisa atestaria que o produto era novo e evitaria a concessão desnecessária de patentes. Contudo, ao longo do tempo, constatou-se que esse método não estava funcionando, pois a Anvisa não se pronunciava em tempo hábil, e, mesmo sem o requisito da novidade, as patentes farmacêuticas eram concedidas, o que tornava o Brasil um dos países do mundo com maior tempo para deferimento de patentes.

Tal contexto torna-se ainda mais gravoso e dotado de urgência em razão da emergência internacional de saúde decorrente da pandemia de covid-19, pois alguns medicamentos já

poderiam estar em domínio público, mas, por força do art. 40, parágrafo único, eles tiveram o prazo da patente estendido, o que é agravado ainda mais com a mora da Anvisa em se pronunciar. Por exemplo, a patente do Favipiravir (PI 991309-7) já deveria ter expirado, mas foi estendida até 2023, onerando excessivamente os gastos do SUS com a compra de medicamentos, além de impedir que outras empresas pudessem explorar o objeto do produto patentado.

Desse modo, no curso da pandemia, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 14.195, de 26 de agosto de 2021, que revogou o art. 229-C da Lei n. 9.279/1996 e excluiu a Anvisa do procedimento administrativo de concessão de patentes farmacêuticas.

3.2. A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PELO PODER JUDICIÁRIO NA ADI 5.529/2016-DF DURANTE A CRISE SANITÁRIA DE COVID-19

A lei de propriedade intelectual dispôs que, quando a análise administrativa do pedido de patente superasse determinado período, o monopólio de exploração comercial se estenderia por igual período além dos vinte anos previstos pelo direito internacional (art. 40, parágrafo único). Ocorre que o monopólio se iniciava no pedido da patente, e não no seu deferimento. Assim, as empresas farmacêuticas internacionais acabavam preferindo que o procedimento administrativo demorasse, porque, assim, poderiam ampliar seus direitos de comercialização.

Para compreender integralmente a proteção conferida pelo parágrafo único do art. 40, é necessário analisá-lo em conjunto com o art. 44, ambos da LPI, em que a somatória do prazo mínimo de validade, com a indenização determinada pelo art. 44 da LPI, corresponde a proteção extremamente ampla aos direitos patentários (BARBOSA, 2013, p. 37). Como resultado prático, foram limitadas a produção e a comercialização de medicamentos genéricos no país, dificultando ou mesmo impedindo o acesso ao tratamento de doenças.

Em razão disso, é possível demonstrar, a partir de estudos desenvolvidos por Paranhos (2020, p. 18), que a prorrogação do prazo das patentes teria um custo excedente para o SUS de R\$ 1,2 bilhão, considerando apenas o gasto adicional com a aquisição de quatro medicamentos, cujas patentes deveriam já ter expirado, em comparação com o que seria pago em produtos genéricos. O impacto também foi comprovado em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) (2021), cujos cálculos preditivos chegariam a R\$ 1 bilhão em desoneração orçamentária entre 2010 e 2019.

Ante a relutância do Poder Executivo em flexibilizar esse direito, e do Poder Legislativo em aprovar os projetos que tramitavam para revogar o parágrafo único do art. 40 da LPI, a questão foi resolvida via Poder Judiciário, na ADI 5.529/2016-DF (BRASIL, 2021). Em sede de decisão monocrática, aderindo aos argumentos levantados pela Procuradoria-Geral da República (PGR), em 7 de abril de 2021, o ministro Dias Toffoli deferiu parcialmente o pedido de tutela provisória de urgência apresentado pela PGR, *ad referendum* do Plenário, e no mesmo ensejo analisou o mérito para declarar a inconstitucionalidade da norma.

Segundo o ministro Dias Toffoli, o enfrentamento de uma crise de tamanha magnitude envolve a gestão de recursos escassos de diversas ordens, e não somente daqueles associados

à aquisição de medicamentos com possível indicação para o tratamento da doença. A pressão sobre o sistema de saúde aumentou de forma global e elevou a demanda por insumos em toda a cadeia de atendimento. Em consequência, dado o cenário de crise sanitária, há evidentemente um *trade-off* na alocação de recursos públicos, que são limitados: é preciso escolher entre garantir um lucro extraordinário a detentores de velhas tecnologias, que podem cobrar preços monopolísticos, ou tornar o medicamento acessível ao público.

Em 28 de maio de 2021, o STF decidiu, por maioria (9 votos contra 2), referendar a decisão do relator pela declaração de inconstitucionalidade (BRASIL, 2021). Nota-se, mais uma vez, a flexibilização dos direitos de propriedade intelectual pelos atores internos, agora pelo Poder Judiciário, em razão da crise sanitária, uma vez que a ação tramitava há mais de dez anos no STF, mas somente no curso da pandemia ela foi pautada.

CONCLUSÃO

O direito de propriedade intelectual sempre foi um direito considerado rígido, em prol de países com capacidade de inovação. No entanto, ao contrário das expectativas iniciais, a dinâmica de relações entre os diferentes atores envolvidos com o regime de propriedade intelectual demonstrou, em momentos de crise, a possibilidade de soluções jurídicas de flexibilização dos direitos.

Na prática, nota-se que realmente se trata de um direito que estimula a inovação, sobretudo nos países onde as condições para a pesquisa científica em parceria com o setor industrial são mais favoráveis, como nos países já desenvolvidos, pois, caso não existisse propriedade intelectual, dificilmente haveria um estímulo suficiente para inovação.

No caso da Aids, o sistema de propriedade intelectual, vigente até 2001, favoreceu preços elevados de medicamentos, mas, devido à ação de atores internacionais e nacionais, tais regras foram flexibilizadas, com a alteração da interpretação do Acordo TRIPS no âmbito internacional, o que criou um ambiente jurídico necessário para a renegociação de contratos no Brasil e mesmo para a licença compulsória – aplaudida e não condenada – pela comunidade internacional.

Contudo, no caso da pandemia de covid-19, essa não seria a solução mais pertinente. Primeiro, porque o problema concreto não decorre do preço, mas, sim, da incapacidade de produção. Logo, de nada adiantaria licenciar patentes de vacinas se o país não tiver de onde importá-las, em especial pelo fato de que o Insumo Farmacêutico Ativo (IFA) estava em escassez no mundo todo. Segundo, porque isso provavelmente traria consequências negativas, como retaliações, por parte dos países que exportam os insumos para o Brasil.

Nesse caso, a solução deve ser via tratado internacional, e não no âmbito interno dos países-membros da OMC, de modo a flexibilizar os direitos de propriedade intelectual para que os países que possuem capacidade ociosa de produção possam produzir a vacina. Uma proposta interessante, e que parece ser capaz de atingir esse objetivo, seria o tratado de emergência

apresentado pela Índia e pela África do Sul em outubro de 2020. As discussões sobre *waiver* no âmbito internacional viabilizaram contratos com preços diferenciados e acordos para fabricação local; no entanto, acarretaram desigualdades de acesso.

Em paralelo, no Brasil, o Legislativo e o Judiciário foram capazes de flexibilizar os prazos de duração de patentes e os procedimentos para avaliação de novidade pela Anvisa, de modo não apenas a se aproximar dos demais países, mas também a evitar abusos dos titulares de direitos.

Conclui-se que os dois primeiros casos são realmente flexibilidades da LPI, entretanto, o primeiro caso depende fortemente de vontade política, e não apenas do cumprimento de exigências legais ou técnicas, já que, como explorado, uma decisão de uso das flexibilidades pode sofrer retaliações de comércio e das empresas farmacêuticas. No segundo caso, o uso da licença voluntária dependerá dos proprietários das patentes, que nem sempre serão convencidos de participar dos mecanismos descritos pelo autor e, quando estiverem, estabelecerão restrições para o uso da licença.

No terceiro caso, ao contrário, a flexibilização está fora da moldura do TRIPS. Contudo, consideramos que ela possa ser identificada, inclusive nesse caso, no arcabouço jurídico. Não foi necessário alterar o tratado nem usar os dispositivos previstos de licença compulsória, porque os atores chegaram a uma solução que gerou respostas para o combate à crise de covid-19. Caso os direitos de propriedade intelectual não fossem suficientes, havia todo o cenário político internacional favorável para novamente flexibilizar o direito e produzir soluções.

Em suma, a ideia de que o direito de propriedade intelectual é um direito rígido restou superada ao ser demonstrada sua elevada plasticidade no meio de crises sanitárias e ao apresentar respostas rápidas às demandas imediatistas por acesso e inovação, passando a funcionar como um direito de propriedade intelectual de emergência.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick. The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic. *Global South Research Paper 116*, ago. 2020. Disponível em: <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/08/RP-116.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

ANTUNES, André. *Governo brasileiro aceita negociar suspensão de patentes de vacinas contra Covid-19 na OMC*. Jun. 2021. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/governo-brasileiro-aceita-negociar-suspensao-de-patentes-de-vacinas-contracovid>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BAKER, Dean; JAYADEV, Arjun; STIGLITZ, Joseph E. *Innovation, Intellectual Property, and Development: A Better Set of Approaches for the 21st* 2017. Disponível em: <https://cepr.net/images/stories/reports/baker-jayadev-stiglitz-innovation-ip-development-2017-07.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.

BARBOSA, Denis Borges. A inexplicável política pública por trás do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial. 2013, p. 1-53. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/a-inexplicvel-poltica-pblica-por-trs-do-pargrafo-nico-do-art.-40-pargrafo-nico-do-cpi.96-agosto-de-2013.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BARBOSA, Denis Barbosa. As modificações do Decreto Regulamentador da Licença de Patentes por Interesse Público. [S. d.]. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/as-modificaes-do-decreto-regulamentador-da-licena-de-patentes-por-interesse-pblico.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BASSO, Maristela. A Anvisa e a concessão de patentes farmacêuticas. *Valor Econômico*, 18 out. 2004.

BEZERRA, Cynthia Santos *et al.* *A inconstitucionalidade do artigo 40, parágrafo único, da Lei de Propriedade Industrial sob uma perspectiva comparada*. 2020, p. 1-64. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3745372> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3745372>. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 015.369/2019-6*. Relatório de auditoria. Instituto Nacional da Propriedade Intelectual – INPI. Processo de registro de patentes. Elevado prazo médio para decisão. Elevado estoque de pedidos. Plano de combate ao *backlog*. Achados de auditoria. Determinações. Recomendações. Ciência. Relator: Min. Vital do Rêgo. Julgamento em 13 de maio de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2405925%22>. Acesso em: jun. 2021.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.529, de 13 de maio de 2016/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279/1996. Lei de propriedade industrial. Ampliação do prazo de vigência de patentes na hipótese de demora administrativa para a apreciação do pedido. Indeterminação do prazo de exploração exclusiva do invento. [...]. Ajuizada pelo Procurador-Geral da República. Na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi declarada, em 28 de maio de 2021, por nove votos a dois, a inconstitucionalidade do artigo 40, parágrafo único, da Lei da Propriedade Industrial. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347616019&ext=.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

CHAVES, Gabriela Costa *et al.* Compras públicas de medicamentos para hepatite C no Brasil no período de 2005 a 2015. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, [s. l.], v. 8, n. 22, p. 2527-2538, ago. 2017.

CORREA, Carlos M. *Tendencias en el patentamiento farmacéutico: estudio de casos*. Buenos Aires: Corregidor, 2001.

GONTIJO, Fabíola Moreira. Patentes farmacêuticas: uma comparação entre o sistema brasileiro e o sistema americano de concessão de pedidos. In: *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte, 2007.

GRANGEIRO, Alexandre *et al.* Sustentabilidade da política de acesso a medicamentos antirretrovirais no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, [s. l.], v. 40 (Supl.), p. 60-69, 2006.

HOECKLIN, Madeleine. 93 Billion Spent by Public Sector on Vaccines and COVID Therapies in 11 Months, Research Finds. *Health Policy Watch: Independent Global Health Reporting*, 1º dez. 2021. Disponível em: <https://healthpolicy-watch.news/81038-2/>. Acesso em: 6 dez. 2021.

INSTITUTO BUTANTAN. Nova fábrica do Butantan trará autossuficiência de IFA para vacinas contra Covid-19, zika, hepatite A e raiva ao país, diz Dimas Covas. *Portal do Butantan*, 25 mar. 2022. Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/nova-fabrica-do-butantan-trara-autossuficiencia-de-ifa-para-vacinas-contr-covid-19-zika-hepatite-a-e-raiva-ao-pais-diz-dimas-covas>. Acesso em: 26 maio 2023.

LAGO, Regina Ferro do; SOUZA, Ana Cristina Augusto de. A oferta pública de medicamentos para Aids e o papel de Farmanguinhos. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 2, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312022320210>. Acesso em: 19 abr. 2023.

MARQUES, Ubirajara Regis Quintanilha *et al.* Brazil's AIDS Controversy: Antiretroviral Drugs, Breaking Patents, and Compulsory Licensing. *Food and Drug Law Journal*, [s. l.], v. 60, n. 3, p. 471-477, 2005.

MERCURIO, Bryan Christopher. WTO Waiver of Intellectual Property Protection for Vaccines and Covid-19 Treatments: A Critical Review. *Virginia Journal of International Law Online*, [s. l.], v. 62, p. 9-32, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3789820> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789820>. Acesso em: 16 jun. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Boletim Epidemiológico Aids*. Janeiro a março de 2001. 2001. Disponível em: <http://antigo.aids.gov.br/pt-br/pub/2001/boletim-epidemiologico-aids-2001>. Acesso em: 26 maio 2023.

PARANHOS, Julia; MERCADANTE, Eduardo; HASENCLEVER, Lia. O custo da extensão da vigência de patentes de medicamentos para o Sistema Único de Saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, [s. l.], v. 36, n. 11, p. 1-13, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00169719>. Acesso em: 3 dez. 2021.

RANJAN, Prabhash; NEELAKANTAN, Murali. Scaling up Vaccine Production. *The Hindu*, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://www.thehindu.com/opinion/op-ed/scaling-up-vaccine-production/article34304767.ece>. Acesso em: 15 maio 2021.

SANTOS, Maria Tereza. Butanvac e Versamune: diferenças entre as vacinas brasileiras da Covid-19. *Veja Saúde*, 1º abr. 2021. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/butanvac-e-versamune-diferencas-entre-as-vacinas-brasileiras-da-covid-19/>. Acesso em: 19 abr. 2023.

SANTOS RUTSCHMAN, Ana; BARNES-WEISE, Julia. The COVID-19 Vaccine Patent Waiver: The Wrong Tool for the Right Goal. *Bill of Health*, [s. l.], p. 1-6, maio 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3840486>. Acesso em: 12 out. 2021.

VARELLA, Marcelo Dias. OMC, propriedade intelectual e Aids: estudos de caso do Brasil e da África do Sul. *Journal of World Intellectual Property*, [s. l.], v. 7, p. 523-549, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=675042>. Acesso em: 19 abr. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). COVID-19 Technology Access Pool. Disponível em: <https://www.who.int/initiatives/covid-19-technology-access-pool>. Acesso em: 6 dez. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Marrakesh, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm. Acesso em: 26 maio 2023.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Katia Adriana Cardoso de. Limites e possibilidades das flexibilidades do direito da propriedade intelectual para lidar com urgências em saúde: estudos de caso da Aids e da covid-19. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2326, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202326>

Marcelo Dias Varella

DOUTOR E LIVRE-DOCENTE EM DIREITO. PESQUISADOR NÍVEL I DO CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq). PROFESSOR DO PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UNICEUB).

marcelodvarella@gmail.com

Katia Adriana Cardoso de Oliveira

DOUTORANDA EM DIREITO NO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UNICEUB). MESTRA EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS PELO UNICEUB. PÓS-GRADUADA EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV).

katiacardoso0611@gmail.com

Recebido: 04.11.2022

Aprovado: 03.02.2023

ARTIGO CONVIDADO

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202327>

1 Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-7116-705X>

2 Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-3599-3770>



Não fale do Elon Musk! A pesquisa jurídica no mestrado profissional

DO NOT TALK ABOUT ELON MUSK! DOING LEGAL RESEARCH AT A PROFESSIONAL POSTGRADUATE PROGRAM

Emerson Ribeiro Fabiani¹ e Mateus Matos Tormin²

Resumo

A discussão sobre programas de pós-graduação *stricto sensu* profissionais é relativamente recente no Brasil. O primeiro programa jurídico do tipo, um mestrado, foi implementado na Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) em 2013. Apesar de terem enfrentado alguma resistência no início, programas de pós-graduação profissional são hoje parte da realidade acadêmica jurídica: atualmente, há 22 programas do tipo no Brasil e discute-se a possibilidade do doutorado profissional em Direito. Nesse contexto, torna-se importante refletir sobre a pesquisa jurídica realizada nesses espaços, buscando delimitá-la e contribuir para seu aperfeiçoamento. Este artigo visa a fazer isso. Com base na experiência de quase uma década da FGV DIREITO SP, busca-se identificar problemas comuns em projetos de pesquisa e trabalhos de conclusão apresentados ao programa, apontando suas possíveis causas e discutindo meios de evitá-los. Foram constatados dois grandes problemas: a falta de domínio de metodologia de pesquisa e o desconhecimento quanto ao papel da pesquisa jurídica no contexto mais amplo das ciências humanas. Como decorrência do primeiro, foram encontrados os seguintes problemas: (i) a ampliação exagerada dos temas, (ii) o mau uso das fontes e (iii) um desajuste de expectativas; do segundo: (iv) o sincretismo teórico, (v) o essencialismo jurídico e (vi) o reverencialismo.

Palavras-chave

Mestrado profissional; pós-graduação *stricto sensu*; metodologia de pesquisa; pesquisa jurídica; sociologia jurídica.

Abstract

Discussion about “professional” *stricto sensu* graduate programs is relatively recent in Brazil. The first legal program of its kind, a master’s degree, was implemented at Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) in 2013. Despite having faced some resistance at the beginning, programs of this type are now part of our legal academic scene: there are currently 22 professional programs in Brazil and the possibility of a professional doctorate degree in law is under consideration. In this context, it is important to discuss legal research in these professional programs, in order to delimit it and contribute to its improvement. This article aims to do that: based on the experience of nearly a decade of FGV’s program, it aims to identify common problems in research projects and final papers presented to the program, pointing out their possible causes and discussing ways to avoid them. Two major problems were identified: the lack of mastery of research methodology and the lack of knowledge about the role of legal research in the broader context of the human sciences. As a result of the first one, the following problems were identified: (i) the broadness of themes, (ii) the misuse of sources and (iii) a mismatch in expectations; as a result of the second major problem, three vices were identified: (iv) theoretical syncretism, (v) legal essentialism, and (vi) reverentialism.

Keywords

Professional master’s degree; *stricto sensu* postgraduate studies; research methodology; legal research; legal sociology.

INTRODUÇÃO

“Não fale do Elon Musk!” Esse título alude ao artigo de Luciano Oliveira (2004) que, nos últimos anos, tornou-se leitura praticamente obrigatória em cursos de metodologia de pesquisa jurídica. Com um título “enigmático e um tanto provocador” (OLIVEIRA, 2004, p. 1), o texto “Não fale do código de Hamurábi!” identifica vícios e problemas recorrentes em trabalhos acadêmicos. Este artigo se inspira no de Oliveira, com uma diferença: Luciano tinha como público-alvo alunos(as) de mestrado e doutorado acadêmicos, ao passo que aqui são visados os do mestrado profissional em Direito.

Assim como seu congênere acadêmico, o mestrado profissional é um programa de pós-graduação *stricto sensu*, que confere o título de mestre em Direito. A modalidade, embora recente, tem se expandido, atraindo pessoas que buscam combinar aprimoramento acadêmico e profissional. Sua principal diferença em relação ao mestrado acadêmico é essa ligação necessária com o mercado de trabalho: “o Mestrado Profissional é uma modalidade de Pós-Graduação *stricto sensu* voltada para a capacitação de profissionais, nas diversas áreas do conhecimento, mediante o estudo de técnicas, processos, ou temáticas *que atendam a alguma demanda do mercado de trabalho*” (CAPES, 2019a, grifo nosso).

A despeito de os programas profissionais terem enfrentado alguma resistência em seu início, o “Documento de Área da Capes” nos informa que há uma tendência de “crescimento sustentável e prudente do número de mestrados profissionais [em Direito]” (CAPES, 2019, p. 3). O primeiro programa do tipo foi implementado em 2013. Em 2016, outros três haviam sido criados; em 2019, passaram a ser onze. Atualmente, há 22 programas no Brasil e discute-se a possibilidade do doutorado profissional em Direito.¹ Trata-se, portanto, de área em franca expansão.

No mestrado profissional, a pesquisa se diferencia por ter um enfoque prático — o que não costuma ser a regra em investigações de doutorado e de mestrado acadêmicos, nos quais as perguntas *o quê?* e *por quê?* geralmente são mais relevantes do que o *como fazer?*: “no fundo, o resultado do trabalho de investigação [no mestrado profissional] precisa responder a questões dinâmicas sobre como agir e com que cautelas, qual a melhor estratégia, quais os riscos jurídicos e como podem ser mitigados” (PINTO JR., 2018, p. 35). Em suma, conforme definição da Capes (2019a), “o trabalho final do curso deve ser sempre vinculado a problemas reais da área de atuação do profissional-aluno [...]”.

Duas observações são necessárias. Em primeiro lugar, o fato de se tratar de um trabalho de mestrado “profissional” não significa que a pesquisa seja destituída de rigor. Ao contrário: a despeito de ter um escopo distinto, o trabalho exigido em um curso de mestrado profissional

...

¹ A informação mais atual pode ser obtida no *site* da plataforma Sucupira. Para a discussão sobre o doutorado profissional em Direito, *vide* Capes (2019, p. 20).

continua sendo uma pesquisa que deve observar critérios metodológicos claros e rigorosos. É preciso, por exemplo, que ela seja bem-informada, fundamentada, ponderada e imparcial (PINTO JR., 2018, p. 38). Inclusive, parte importante do propósito deste artigo consiste em identificar, nesses trabalhos, problemas recorrentes que poderiam ser resolvidos por meio de um maior cuidado metodológico.

Em segundo lugar e em decorrência do que foi dito, espera-se que haja certa sobreposição entre os principais problemas apontados por Oliveira (2004) e os que serão identificados neste texto. Se ambos os tipos de pesquisa devem se orientar por critérios metodológicos que são semelhantes, naturalmente haverá problemas comuns a afetar tanto os trabalhos do mestrado profissional quanto os do acadêmico. As próprias exclamativas que dão título aos dois textos evidenciam isso: elas denunciam que, em ambos os casos, há uma tendência de os(as) alunos(as) insistirem em “introduzir” o tema contando sua história – como se todo trabalho de pesquisa tivesse que partir do “no princípio, era o verbo...”. No caso do mestrado profissional, como muitos trabalhos dizem respeito a temas relacionados à tecnologia, é frequente um começo semelhante, mas com “o Verbo” cedendo lugar ao “Elon Musk”.

Este artigo, assim como o de Oliveira (2004), tem um tom pessoal e baseia-se sobretudo na experiência de um dos autores como docente e orientador do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), primeiro programa jurídico do tipo, criado em 2013. Partindo dessa experiência,² pretende-se contribuir para o debate, ainda incipiente, sobre a pesquisa jurídica no âmbito dos programas de mestrado profissional. Para tanto, busca-se identificar problemas comuns em projetos e trabalhos de conclusão de curso apresentados ao Programa de Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP,³ refletir sobre suas possíveis causas e discutir meios de evitá-los.

Em suma, foram identificados dois conjuntos de problemas: a falta de domínio de metodologia de pesquisa e o desconhecimento quanto ao papel da pesquisa jurídica no contexto mais amplo das ciências humanas. No primeiro conjunto, foram identificados os seguintes problemas: (i) a ampliação exagerada dos temas, (ii) o mau uso das fontes e (iii) um desajuste de expectativas; no segundo: (iv) o sincretismo teórico, (v) o essencialismo jurídico e (vi) o reverencialismo.

...

2 Emerson Fabiani orienta pesquisas no Mestrado Profissional desde 2013, ano de criação do programa na FGV DIREITO SP.

3 Apesar de ter por base a experiência na FGV, a discussão interessa às demais instituições de ensino, uma vez que os problemas apontados certamente são também identificáveis em diversos outros projetos e trabalhos.

1. A PERPETUAÇÃO DE VELHOS VÍCIOS

Como dito, a pesquisa no âmbito do mestrado profissional tem de aliar uma preocupação prática com o rigor metodológico próprio da academia. No entanto, apesar de esse ideal parecer claro, é possível identificar uma série de vícios que são comuns em projetos e em trabalhos da área. Muitos deles já foram apontados por outros autores ao tratarem da pesquisa jurídica oriunda de programas acadêmicos. Nobre (2005), por exemplo, vê como um problema uma dada maneira de argumentar e de recorrer às fontes que é própria do advogado. Do mesmo modo, a forte influência exercida pelos manuais na maneira como se concebe a pesquisa jurídica também foi apontada como um problema por muitos autores (NOBRE, 2005, nt. 5, p. 18; OLIVEIRA, 2004; SILVA, MAIA e TEIXEIRA, 2012; MENDONÇA, 2020). Fazendo referência à bibliografia a respeito do tema, Constantino e Alves Neto (2014) falam mesmo de uma “cultura de manuais”.

Um manual pode ser entendido como aquele livro que geralmente está à mão e que pretende abarcar as noções essenciais de uma disciplina. Da análise de seu conteúdo, extrai-se que os manuais são concebidos para o ensino de iniciantes – já que trazem noções básicas e gerais que, ao menos em tese, são de conhecimento do iniciado –, além de serem obras doutrinárias de caráter compilatório e opinativo (tanto é que seu conteúdo pouco se altera ao longo do tempo).

Para o propósito de iniciação do(a) estudante, o manual pode até ser útil, mas é um equívoco tomá-lo como modelo ou usá-lo como fonte exclusiva para pesquisas e trabalhos acadêmicos. Quando se faz isso, tem-se como resultado uma extensão do sentido de “manual”: é como se a palavra já sintetizasse o problema, ao se pressupor que o conhecimento e a pesquisa sobre a totalidade de um ramo do Direito estivessem ao alcance das mãos ou coubessem em suas palmas. Na prática, isso se converte na pretensão e na ideia de que, para fazer pesquisa em Direito, deve-se escolher um tema e cobrir todos os aspectos que o envolvem. Mesmo quando estamos diante de uma pesquisa com um tema devidamente delimitado, é comum que a estrutura “manualesca” se faça presente: pretende-se cobrir o surgimento e o desenvolvimento do tema (seu “desenvolvimento histórico”), os fundamentos da temática (princípios, institutos e natureza), as diferentes correntes doutrinárias a seu respeito, assim como a jurisprudência e suas divisões. É reprodução de “conhecimento” já sedimentado, o que é feito porque se pressupõe que essa é a rota que deve ser seguida, justamente porque se tem como modelo da pesquisa em Direito um tipo de texto que foi feito para o ensino de iniciantes – o manual.

O resultado disso são textos desinteressantes, pouco criativos e nada originais – “pesquisas” que, na verdade, partem de manuais para produzirem textos que se assemelham a... manuais. Aquilo que se espera de uma pesquisa – a compreensão de um dado ou fenômeno a partir de um recorte, de maneira aprofundada e tendo como resultado diferentes perspectivas

sobre um mesmo objeto ou ainda uma nova perspectiva a respeito das já existentes — fica em segundo plano.⁴

Luciano Oliveira (2004), autor do texto que inspirou mais diretamente este artigo, identifica uma série de vícios que também são comuns nas análises que tratam da pesquisa jurídica no país. Apesar de não haver uma enumeração em seu texto, é possível identificar ao menos sete problemas por ele apontados como recorrentes: (i) a ignorância sobre como pesquisar, associada à falta de tempo para esse tipo de atividade; (ii) a ampliação exagerada dos temas; (iii) as escassas referências à jurisprudência e a casos práticos; (iv) o “manualismo”, que consiste no “uso abusivo de manuais e de livros de doutrina [...], [e em uma] tendência a escrever na dissertação ou tese verdadeiros capítulos de manual, explicando redundantemente [...] o significado de princípios e conceitos que são como que o bê-a-bá da disciplina”; (v) o “reverencialismo”, que consiste no uso do argumento de autoridade, que o autor classifica como “ostensivamente anticientífico”, havendo uma incorporação acrítica de teóricos das ciências humanas ao trabalho acadêmico; (vi) a “impureza metodológica ou confusão epistemológica”, que ocorre quando o aluno se propõe a apresentar a visão histórica, sociológica ou filosófica sem saber o que está fazendo, o que o leva a erros grosseiros, a imprecisões, a contradições e a anacronismos; e, por fim, (vii) a presença de finais retóricos que caem no senso comum (OLIVEIRA, 2004, p. 6-9; 22).

Aqui se percebe algo dito na introdução: muitos dos principais problemas encontrados em trabalhos e projetos do mestrado profissional também são recorrentes em trabalhos de seus congêneres acadêmicos. Em ambos os casos, há vícios que perduram, mesmo tendo sido repetidamente identificados e denunciados. Por que isso ocorre? Qual seria a causa da recorrência desses problemas? É possível dar uma resposta plausível a essas perguntas por meio de uma retomada dos conceitos de “*habitus*” e “campo” e de sua aplicação ao Direito.

Para nossos fins, é suficiente dizer que o *habitus* indica uma disposição incorporada:

A palavra disposição parece particularmente apropriada para exprimir o que recobre o conceito de *habitus* (definido como sistema de disposições): com efeito, ele exprime, em primeiro lugar, o resultado de uma ação organizadora, apresentando então sentido próximo ao de palavras como estrutura; designa, por outro lado, uma maneira de ser, um estado habitual (em particular do corpo) e, em especial, uma predisposição, uma tendência, uma propensão ou uma inclinação. (BOURDIEU, 1994, p. 61)

A ideia de reiteração e perpetuação associada ao conceito é central: *habitus* é um conjunto de conhecimentos, ações e disposições que, por serem internalizados (seja pela prática,

...

⁴ Nesse sentido: Lanzillo e Guimarães (2014, p. 18-21).

pelo treino ou simplesmente por uma assimilação irrefletida), perpetuam-se e se revelam nas atitudes, no porte, nas expressões e no modo como os indivíduos concebem o mundo social. Esse conjunto de conhecimentos, ações e disposições incorporados é gerado por mecanismos como a educação formal e familiar, o contexto social em que se está inserido, os rituais de passagem e as práticas de sociabilidade que nele são comuns, etc.⁵

O campo, por sua vez, pode ser entendido como um “espaço social de estruturas e agentes com características comuns e que disputam um tipo de capital próprio desse espaço, como o capital político ou o capital jurídico” (ALMEIDA, 2010, p. 17). As interações sociais se dão em uma série de campos, constituindo-os. Assim, temos o campo jurídico, o campo artístico, o campo científico, o campo do poder, etc. O campo jurídico é definido por Bourdieu (1989, p. 212, grifo do autor) como

o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.⁶

A disputa pelo monopólio do direito de dizer o Direito exige um conjunto de instituições e práticas que organizam o campo jurídico internamente, ao mesmo tempo em que o diferenciam dos demais campos sociais e dos atores externos a ele, os leigos. Esse conjunto de instituições e práticas que compõem a estrutura do campo jurídico reforça seu ideal de neutralidade, bem como o de sua autonomia perante pressões externas. Assim, “a constituição do campo jurídico é inseparável da instauração do monopólio dos profissionais sobre a produção e a comercialização desta categoria particular de produtos que são os serviços jurídicos” (BOURDIEU, 1989, p. 233). Para a constituição desse campo, é essencial, portanto, a imposição de certa “distância neutralizante”, que separa os agentes especializados dos leigos, com impactos na maneira de se portar dos primeiros – algo perceptível, por exemplo, na linguagem.⁷

...

5 Bourdieu aborda a gênese desse conceito no capítulo III de seu livro *O poder simbólico* (1989, p. 59-74).

6 A relação com o ensino jurídico é evidente: “[...] a importância dos ganhos que o monopólio do mercado dos serviços jurídicos assegura a cada um dos seus membros depende do grau em que ele pode controlar a produção dos produtores, quer dizer, a formação, e, sobretudo, a consagração pela instituição escolar dos agentes juridicamente autorizados a vender serviços jurídicos [...]” (BOURDIEU, 1989, p. 233).

7 Bourdieu (1989, p. 225-226) fala de uma “postura linguística”.

Ao longo do tempo, estabelece-se, assim, um *habitus* que reforça as estruturas do campo ao mesmo tempo em que é alimentado por elas. Uma vez que a incorporação do *habitus* é um requisito para se exercer o “direito de dizer o Direito”, a relação entre ele e o campo é de reforço mútuo: “[...] cada campo é o *locus* onde padrões de comportamento, na maioria das vezes inconscientes, estabilizam as expectativas de ação em seu interior, conformando atitudes e garantindo a reprodução da própria estrutura geradora do *habitus* e do campo” (CONSTANTINO e ALVES NETO, 2014, p. 5).

Constantino e Alves Neto (2014, p. 9-10) ressaltam uma série de componentes que reforçam o *habitus* predominante no campo jurídico: as próprias trajetórias de vida, ligadas às carreiras jurídicas de familiares; os rituais de iniciação de aprovação no vestibular e, posteriormente, de ingresso no órgão de classe; a diferenciação entre as disciplinas propedêuticas (vistas pelo campo jurídico como “dispensáveis”) e as disciplinas que “realmente importam” para a vida profissional; as aulas em formato expositivo, baseadas principalmente em leis e manuais; a predominância de “autores consagrados” (em sua maioria profissionais com forte orientação prática); os estágios em escritórios de advocacia e em órgãos judiciais – locais em que se incorpora uma série de regras não escritas do campo (forma de se vestir, formas de tratamento e interação social, postura, uso de jargão, estilo de escrita próprio, etc.); por sua vez, aqueles que obtêm mais sucesso nessa trajetória acumulam mais prestígio e recompensas materiais, e acabam retornando às faculdades como docentes, o que renova o ciclo de retroalimentação entre *habitus* e campo.

Da perspectiva acadêmica, parte do problema está no fato de o *habitus* predominante no campo desincentivar um conjunto de ações e práticas que são essenciais para o bom desenvolvimento do trabalho de pesquisa científica. A própria necessidade de manter a autonomia do campo jurídico (preservando, assim, o monopólio sobre o direito de dizer o Direito) costuma gerar certa resistência à incorporação de ideias e teorias externas ao campo. No mesmo sentido, o respeito à hierarquia, que é parte desse *habitus*, prejudica o livre embate de ideias; no Direito, é comum a preocupação de que uma crítica a um argumento seja tomada como divergência pessoal – fato que faz com que não raro seja precedida de pedidos de desculpas (*data venia*) ou de elogios exagerados, desnecessários em um contexto propriamente científico. Além disso e por fim, o próprio caráter de conservação e compilação que são inerentes ao campo incentiva certa reverência a obras e autores do passado (os “saudosos”), muitas vezes impedindo avanços necessários e favorecendo uma cultura baseada em manuais (CONSTANTINO e ALVES NETO, 2014, p. 11-12). Romper com essas disposições incorporadas não é tarefa fácil, sobretudo quando se tem em mente o complexo processo por meio do qual elas alimentam e são alimentadas pelo campo jurídico. Não é raro que se afirme a necessidade de um conjunto de mudanças: renovação curricular, valorização das disciplinas propedêuticas, contratação de docentes em dedicação exclusiva, fomento de pesquisas interdisciplinares, maior intervenção do Estado para limitar a proliferação de cursos, etc. São medidas válidas e que devem ser discutidas. Entretanto, cabe ressaltar que todas

elas apontam para mudanças estruturais. Aqueles que as destacam, por mais que possam estar certos, parecem dar pouca importância à dimensão individual. Não há, na teoria de Bourdieu, um predomínio da estrutura sobre o indivíduo. Ao contrário, uma de suas preocupações era precisamente encontrar um meio-termo entre duas correntes teóricas influentes à época: o estruturalismo e o existencialismo. O primeiro se associava a certo determinismo, como se as ações individuais fossem predeterminadas por estruturas – sendo impotentes, portanto, para gerar quaisquer mudanças. Deixando momentaneamente de lado discussões sobre mudanças estruturais, a própria redação deste artigo pressupõe que as pessoas podem tomar consciência dessas disposições incorporadas e fazer um esforço para romper ou modificar, por meio de suas próprias ações, esse *habitus* associado ao campo jurídico.

Nesse sentido, torna-se importante nos perguntarmos o que é a pesquisa em Direito e, especificamente no mestrado profissional, quais são as diretrizes a serem seguidas por aqueles que querem romper com certas disposições internalizadas que perpetuam vícios recorrentes em trabalhos da área. Trata-se de uma proposta mais modesta do que aquelas voltadas a mudanças mais estruturais, mas que certamente tem o potencial de contribuir para a melhora qualitativa da pesquisa jurídica feita no país.

2. O QUE É A PESQUISA NO MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO?

O debate acerca da pesquisa no mestrado profissional ainda é incipiente. As reflexões sobre pesquisa jurídica, porém, já se encontram em um estágio mais desenvolvido. Na medida em que muitas delas tratam do sentido da pesquisa em Direito e de sua relação com a prática profissional, tais reflexões são pertinentes aos propósitos deste artigo. Como dito, no âmbito do mestrado profissional, a pesquisa tem uma relação íntima com a prática. Por isso, é importante conhecer os problemas decorrentes dessa relação, assim como identificar o espaço a ser preenchido pela pesquisa jurídica, especialmente aquela que aqui nos interessa.

No texto “Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil”, Marcos Nobre (2005)⁸ propõe um diagnóstico acerca da pesquisa jurídica no país, buscando delimitar a concepção de pesquisa predominante na área. Ele constata uma indistinção entre prática, teoria e ensino jurídicos e um relativo atraso acadêmico-metodológico do Direito em comparação às demais ciências humanas. Após identificar as causas desse atraso, aponta uma concepção alternativa de pesquisa jurídica. Nobre (2005) parte de um contraste: a pesquisa em Direito, diferentemente da pesquisa científica em ciências humanas, não conseguiu atingir padrões

...

⁸ Trata-se de versão ligeiramente modificada do texto “O que é pesquisa em Direito?”, apresentado originalmente em dezembro de 2002 em um *workshop* organizado pela FGV DIREITO SP e pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap) (NOBRE, 2005, nt. 1, p. 18).

internacionais de qualidade. Para ele, isso se explica por dois fatores: primeiro, pelo fato de, por razões históricas, o Direito se isolar das outras ciências humanas; segundo, por haver, no âmbito jurídico, uma indistinção entre prática profissional e pesquisa acadêmica. Combinados, esses dois fatores impactaram negativamente a pesquisa científica no Direito, algo notável tanto no modo como a interdisciplinaridade é encarada no campo quanto na própria maneira como se concebe o objeto da “ciência do Direito”. A confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica é também perceptível no ensino jurídico. Este, para Nobre, é quase sempre baseado na transmissão de conhecimentos relacionados à prática profissional de advogados, juízes e promotores, não havendo propriamente uma produção acadêmico-científica em que o ensino se fundamente (NOBRE, 2005, p. 4-5; 7).

A tese do “relativo atraso”, porém, não é consensual. Chamando a atenção para o fato de o diagnóstico de Nobre se fundamentar em uma fonte antiga, Fragale Filho e Veronese (2004) reanalisaram o desenvolvimento da pesquisa jurídica no Brasil. Para tanto, discutiram a tese de Nobre (2005) à luz do processo de institucionalização da produção acadêmica em Direito e da distribuição de recursos por agências de fomento.

Depois de analisar os números da pós-graduação em Direito no contexto mais amplo dos programas de ciências sociais aplicadas, eles descrevem a expansão quantitativa dos programas jurídicos e as transformações por que passaram, além de apontar para a necessidade de se discutir os problemas qualitativos nos programas da área. Tratando a nota máxima atribuída pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) como um indicador da qualidade internacional de um programa, Fragale Filho e Veronese (2004) constatam que, até a avaliação trienal de 2001-2003, nenhum programa das ciências sociais aplicadas (aí incluso o Direito) possuía tal nota – fato que fragilizaria a tese do “relativo atraso”. Com base nisso, a despeito de a evidência concernente à distribuição de recursos pelas agências de fomento ser pouco conclusiva, ambos se dizem convencidos de que a tese do relativo atraso “consiste, na verdade, em uma leitura pejorativa da pesquisa jurídica, realizada, essencialmente, por um olhar externo” (FRAGALE FILHO e VERONESE, 2004, p. 66).

A afirmação não é desenvolvida pelos autores, que se limitam a dizer ser necessário rejeitar a “hipótese do atraso [...], pois ela importa em uma falsa posição subalterna, que insiste em rejeitar o rótulo científico ao campo de pesquisas em direito” (FRAGALE FILHO e VERONESE, 2004, p. 67). Contrapondo-se a Nobre (2005), eles argumentam que o Direito possui peculiaridades que o diferenciam de outras ciências humanas, mas novamente não elaboram o argumento, limitando-se a discuti-lo em termos gerais (FRAGALE FILHO e VERONESE, 2004, p. 67). O que Fragale e Veronese (2004, p. 67-68) parecem sugerir é que a prática é um elemento relevante do Direito, devendo haver uma combinação entre ela e o trabalho acadêmico.

Sobre esses argumentos, cabe ressaltar, em primeiro lugar, que a diferença entre a pós-graduação em Direito e nas demais ciências sociais tem predominado ao longo do tempo: da época em que Fragale Filho e Veronese escreveram o texto (publicado em 2004) até setembro de 2022, enquanto diversos programas de ciências humanas receberam a nota máxima

nas avaliações trienais ou quadrienais da Capes, o Direito ficou sem nenhum programa na elite da pós-graduação do país.⁹ Ao contrário do que poderia parecer em 2004, o diagnóstico do “relativo atraso” parece ter se fortalecido, ao menos a julgar pelo critério qualitativo da avaliação feita pela Capes nos anos seguintes. Em segundo lugar, contrariamente ao que afirmam os autores (FRAGALE FILHO e VERONESE, 2004, p. 54), Nobre (2005) não pressupõe a indistinção entre a pesquisa jurídica e aquela realizada pelas outras ciências humanas.¹⁰

De todo modo, sobretudo quando se tem em mente o contexto do mestrado profissional, Fragale Filho e Veronese (2004, p. 54-55) apontam na direção certa ao afirmar ser necessário “identificar as possibilidades para a construção de uma pós-graduação jurídica que saiba dialogar com o mundo profissional, sem, entretanto, descurar da sua necessária inserção científica”. Nas palavras de Fiss (1985, p. 418, tradução nossa), trata-se de reconhecer que “o Direito [e, conseqüentemente, a pesquisa jurídica] é um *mix* incomum entre o acadêmico e o profissional”. Contudo, ao contrário do que parecem sugerir Fragale Filho e Veronese (2004), o texto de Nobre (2005) pode nos auxiliar nessa empreitada, desde que se levem em conta duas distinções fundamentais por ele traçadas.

A primeira delas diz respeito ao contraste entre o parecerista e o pesquisador. Nobre (2005) argumenta que, em decorrência da confusão entre prática, teoria e ensino jurídicos no país, há uma tendência de se adotar o parecer técnico-jurídico como modelo de produção acadêmica no Direito. O parecer, apesar de aparentemente se diferenciar da atividade advocatícia (afinal, ele seria supostamente “desinteressado”), segue a mesma lógica de elaboração de uma peça – a lógica do advogado, que seleciona apenas a porção do material jurídico (decisões, trechos de doutrina, etc.) que endossa a tese a ser defendida. Nesse sentido, o parecer simboliza uma forma de argumentar que caracteriza o que erroneamente se entende por produção acadêmica

...

9 A título de ilustração, as ciências humanas tiveram a seguinte quantidade de programas de pós-graduação com nota 7 (nota máxima) no período avaliativo de 2013-2016: Sociologia (3), Psicologia (3), Linguística e Literatura (6), História (2), Filosofia (1), Economia (4), Ciência Política e Relações Internacionais (2), Artes (1), Antropologia (2), Administração Pública e de Empresas, Ciências Contábeis e Turismo (3). Em razão de disputa judicial sobre o processo avaliativo da Capes, não haviam sido divulgadas, até o fechamento deste artigo, as notas da avaliação quadrienal do período 2017-2020. Em razão de anúncios feitos pelos próprios programas avaliados, que tiveram acesso às suas notas isoladamente, sabe-se que os programas de pós em Direito da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) obtiveram nota 7.

10 A não ser que Nobre (2005, p. 12) tenha modificado seu texto neste ponto, parece-nos equivocado dizer isso, principalmente diante de passagens como esta: “De saída, a fim de evitar mal-entendidos, gostaria de esclarecer que não proponho um entendimento científico do direito a partir de perspectivas como a da sociologia, da história ou mesmo da filosofia. Não se trata de submeter o direito a nenhuma dessas perspectivas disciplinares em particular, o que lhe destruiria a especificidade”.

em Direito no país. O pretenso desinteresse que guia sua elaboração o legitima a se passar por produção acadêmica, quando, na verdade, vai ao encontro da prática advocatícia. Para Nobre (2005, p. 11-12), a atividade jurídica propriamente acadêmica deveria avaliar o conjunto do material jurídico disponível, nele buscando “um padrão de racionalidade e inteligibilidade para, só então, formular uma tese explicativa [...] – [compreendendo], por exemplo, o estatuto de determinado instituto na prática jurisprudencial estabelecida”.

Tão importante quanto a distinção entre o parecerista (a quem compete emitir opiniões) e o pesquisador (a quem compete compreender e explicar) é a diferença traçada por Nobre entre doutrina e dogmática. A primeira seria “uma sistematização da prática jurídica” (NOBRE, 2005, p. 16), ao passo que a última seria propriamente “o núcleo da investigação científica no âmbito do direito” (NOBRE, 2005, p. 12). Para ele, a natureza da investigação dogmática não está em seu compromisso com soluções ou com a decidibilidade de conflitos, mas, sim, em

explicar (“compreender” seria melhor, nesse caso) o estatuto de determinado instituto na prática jurisprudencial [...] e na doutrina, sendo esses elementos tomados como objetos empíricos de investigação a serem compatibilizados segundo uma determinada arquitetônica dos princípios estruturantes do ordenamento. (NOBRE, 2005, p. 15-16, grifo do autor)

É importante notar que Nobre (2005) define “dogmática” de modo mais abrangente e complexo do que a definição corrente do termo: não se trata aqui do entendimento comum da palavra, tida muitas vezes como sinônimo daquilo que consta em manuais doutrinários, ou como a mera descrição de normas jurídicas em vigor.¹¹ Tomada nesse novo sentido, a dogmática delimita a fronteira entre o Direito e as demais ciências humanas, ao mesmo tempo em que nos permite pensar em uma pesquisa jurídica que vá além da mera reprodução e compilação doutrinária. Entendida dessa maneira, a tarefa da pesquisa jurídica – que tem caráter eminentemente dogmático (no sentido aqui atribuído ao termo) – não se subordina às demais ciências humanas. Além disso, ela não trata as perspectivas de disciplinas como a Filosofia, a Sociologia, a História e a Ciência Política como exteriores ao Direito, nem

...

11 Para que o contraste fique claro, pode-se pensar na diferença entre o *Tratado da posse*, de F. C. Savigny, e um *Manual de direito civil, vol. IV – Direitos reais*, ou, ainda, na diferença entre a obra *Autoria e domínio do fato*, de C. Roxin, e um *Curso prático de direito penal*. Na acepção de Nobre (2005), apenas os livros de Savigny e Roxin poderiam ser corretamente descritos como obras de dogmática, sendo os dois outros apenas manuais doutrinários.

como simples perspectivas ancilares; ao contrário, incorpora-as em sua investigação “como momentos constitutivos” (NOBRE, 2005, p. 12).¹² Para o autor, somente por meio do desenvolvimento de uma pesquisa jurídica nesses termos é que será possível transformar o ensino jurídico e a doutrina no Brasil (NOBRE, 2005, p. 16).

Na divisão do trabalho da pesquisa jurídica, tarefas distintas deverão ser realizadas pelos programas acadêmicos e pelos programas profissionais. O fator determinante é a prática: como vimos, para Nobre (2005), a natureza da investigação dogmática não está em seu compromisso com soluções ou com a decidibilidade de conflitos; já foi dito, porém, que um horizonte prático é de suma importância para a pesquisa no mestrado profissional. Sendo assim, é esperado que trabalhos em programas profissionais tenham mais preocupações práticas do que trabalhos elaborados em programas acadêmicos. Os primeiros, ao mesmo tempo em que têm relevância prática, podem proporcionar importantes insumos para os segundos, sendo fundamentais para a compreensão do estatuto de institutos e práticas jurídicas no ordenamento.

Não se trata, portanto, de dois modelos de pesquisa estanques. Além disso, cabe ressaltar que essa divisão do trabalho de pesquisa não é rígida. É natural que haja sobreposições entre os diferentes tipos de programa. Em suma, pode-se dizer que o estudo e a pesquisa propriamente jurídicos têm dupla motivação: a compreensão em si mesma de determinados institutos jurídicos (o que Nobre [2005] define como a dogmática propriamente dita) e sua compreensão como meio de melhorar a prática. Enquanto a primeira se aproxima mais do trabalho esperado em um programa acadêmico, a segunda está mais próxima do que se espera de um programa profissional.¹³

• • •

- 12 Este é um ponto em que o argumento de Nobre (2005) precisa ser tomado com ressalvas. De que modo se dá a relação da pesquisa jurídica com as demais ciências humanas? Não é evidente o que ele quer dizer quando afirma que ela deve incorporá-las em sua investigação “como momentos constitutivos”. Para fins deste artigo, é mais importante destacar seu caráter residual: a relação da pesquisa jurídica com as demais ciências humanas não é de subordinação, nem simplesmente ancilar, servil, “para cumprir tabela”. O diálogo com disciplinas afins não deve ser feito de maneira superficial, devendo-se evitar uma interdisciplinaridade simplória. Se debates e pressupostos de outras disciplinas forem essenciais para o desenvolvimento do trabalho jurídico acadêmico, eles devem ser cuidadosamente reconstruídos e os argumentos que os embasam devem ser explicitados. É esse o sentido que se sugere atribuir à expressão de Nobre.
- 13 Também seria possível delimitar o lugar da pesquisa no mestrado profissional ao se entender o que Nobre (2005) chama de “dogmática” como uma linguagem própria do Direito (que não é jargão, mas domínio conceitual). A pesquisa dogmática seria aquela voltada ao desenvolvimento, ao exame e à sistematização desses conceitos e dessa linguagem própria, tendo por modelo, para Nobre, a produção acadêmica alemã. Nessa classificação, como já ressaltado, o *Tratado da posse*, de Savigny, por exemplo, seria dogmática; uma edição comentada do Código Penal ou o “Manual da Disciplina Tal”, doutrina. A pesquisa nos programas *stricto sensu* profissionais seria um meio-termo: ela tem o viés prático da doutrina (mas sem se confundir

Cabe destacar que não precisamos endossar a concepção de Nobre (2005).¹⁴ Recorreu-se a ela instrumentalmente, apenas para tentar esclarecer as respectivas tarefas dos trabalhos acadêmicos e profissionais, assim como para delimitar o trabalho que cabe propriamente à pesquisa jurídica em relação às demais ciências humanas. Espera-se que isso contribua para que se evitem os problemas frequentemente identificados nos trabalhos de pós-graduação – e, em particular, nos do mestrado profissional em Direito.

Em relação ao mestrado profissional em Direito, o já citado texto de Pinto Jr. (2018) é esclarecedor. Para ele, são quatro as etapas que caracterizam a pesquisa nesse âmbito:

(i) apreensão da realidade e contextualização fática (funcionamento do mundo real e práticas usualmente adotadas); (ii) reflexão jurídica com proposta de posicionamento hermenêutico (enquadramento jurídico e questões sensíveis); (iii) análise e avaliação crítica da situação (pontos fortes e pontos fracos; principais riscos); (iv) recomendações de conduta ou ação prática (como agir e com que cautelas). (PINTO JR., 2018, p. 34)

Nota-se que a prática é ponto de partida (*funcionamento do mundo real e práticas usualmente adotadas*) e ponto de chegada (*como agir e com que cautelas*). Apesar disso, há uma diferença importante: o último trata de uma prática mais refinada, refletida e fundamentada – ponto que é alcançado por meio das duas etapas intermediárias, a de reflexão e a de análise e avaliação crítica.

Portanto, a pesquisa no mestrado profissional se diferencia por ter um enfoque prático – que deriva, em parte, das próprias normas que instituíram esse tipo de programa. Daí suas preocupações primordiais serem com o como agir, com que cautelas, com o modo de identificar e mitigar riscos, de identificar a melhor estratégia de conduta, etc. Em suma, “a pesquisa profissional pretende essencialmente qualificar o conhecimento prático já detido pelo aluno, por meio de sua sistematização, resgate do embasamento teórico, avaliação crítica e recomendações de conduta” (PINTO JR., 2018, p. 38). Três são os tipos de trabalho sugeridos por Pinto Jr. (2018): (i) o trabalho exploratório sobre práticas jurídicas; (ii) a

...

com manuais), ao mesmo tempo em que compartilha uma preocupação metodológico-acadêmica com a dogmática (mas sem se descolar de uma preocupação com a prática profissional).

¹⁴ Lima Lopes (2006), por exemplo, identifica-se com uma corrente filosófica que busca resgatar o caráter prático do Direito. Para ele, ao contrário de Nobre (2005), a conclusão de um trabalho de pesquisa jurídica, mesmo em programas acadêmicos, deve apresentar um caráter prático-normativo. Não se pretende aqui entrar no debate sobre qual concepção de direito e de dogmática deve orientar o trabalho de pesquisa jurídica como um todo. Limitamo-nos a afirmar que a concepção de Lima Lopes, que é bastante sofisticada, aplica-se bem aos propósitos do mestrado profissional, ao dar destaque para o fim prático da pesquisa jurídica.

resolução de problemas juridicamente densos e relevantes do ponto de vista prático; e (iii) o estudo de caso.¹⁵

Para que esses trabalhos tenham sucesso e mérito acadêmico, é necessário observar uma série de condutas que visam a evitar alguns dos problemas aqui identificados. São condutas metodológicas esperadas do pesquisador, como o exame crítico de teses e argumentos, a consideração de argumentos contrários, a discussão de pontos fortes e fracos das soluções propostas e a adoção de uma postura cética, inquisitiva e imparcial. O reconhecimento de que todos temos vieses e interesses não deve ser interpretado como uma licença para que a pesquisa se subordine a compromissos ideológicos, mas como um lembrete para nos mantermos vigilantes e nos esforçarmos para suprimir tais vieses durante o trabalho de pesquisa. Isso envolverá, em alguns casos, mudar de posição diante de novas evidências ou de melhores argumentos. Envolverá também uma postura ativa diante da doutrina e da jurisprudência, que não devem ser tomadas em bloco – a Doutrina, a Jurisprudência – nem tratadas com reverência: o pesquisador pode (e, em alguns casos, deve) desafiar afirmações doutrinárias e teses jurisprudenciais, desde que o faça de forma fundamentada. Além disso, as afirmações do trabalho não podem se basear em intuições ou em uma experiência prática definida em termos vagos, devendo-se evitar a generalização daquilo que é anedótico e a “escolha a dedo”¹⁶ de casos e exemplos. Ao contrário, devem se fundamentar em bons argumentos, em demonstrações fáticas, na experiência profissional elaborada, etc. (PINTO JR., 2018, p. 37).

Discutidos os modos pelos quais se perpetuam velhos vícios e identificada a tarefa da pesquisa no mestrado profissional (tanto em relação às demais ciências humanas quanto em

...

15 Cada um deles é discutido em mais detalhes, respectivamente, nas seções 5, 6 e 7 do texto de Pinto Jr. (2018, p. 38-39, 39-41 e 41-43). Em nota (nt. 22, p. 37), Pinto Jr. faz uma observação que pode dar a entender que o rigor metodológico não é tão importante quando se faz pesquisa empírica no mestrado profissional: “Vem crescendo no meio acadêmico a aceitação de desenhos de pesquisa mais flexíveis, sobretudo quando tenham por objetivo avaliar e transformar práticas profissionais. Nesses casos, a exigência de rigor científico dos métodos e técnicas de investigação precisa ser relativizada”. Não se nega que algumas características do alunado e dos próprios programas profissionais dificultam a realização de pesquisas empíricas tal como são feitas por pesquisadores de outras ciências humanas (que geralmente se dedicam com exclusividade à pesquisa, estão em programas de maior duração e com menos carga de disciplinas, além de terem recebido treinamento metodológico especializado). Nesse sentido, não se espera que uma pesquisa empírica no mestrado profissional recorra a métodos altamente sofisticados de estatística e de programação, por exemplo. Mas isso não pode ser interpretado como uma licença para falta de rigor – que deve ser o mesmo para programas acadêmicos e profissionais, ainda que estes recorram a métodos e técnicas mais simples.

16 Aquilo que, em inglês, se designa por *cherry picking* – a menção a casos ou dados específicos que parecem confirmar determinada posição, tese ou argumento, ao mesmo tempo em que é ignorado um conjunto significativo de casos ou dados que contradizem essa posição.

relação aos programas acadêmicos), cabe agora identificar e discutir mais pormenorizada-mente os vícios mais recorrentes em projetos e pesquisas do mestrado profissional.

3. PROBLEMAS RECORRENTES NAS PESQUISAS DO MESTRADO PROFISSIONAL

Como dito anteriormente, há alguma sobreposição entre os problemas identificados por Oliveira (2004) e os identificados neste artigo. Contudo, parte dos problemas apontados na literatura é potencializada no mestrado profissional, já que muitos discentes que nele ingressam têm pretensões mais prático-profissionais do que acadêmicas. Além desse efeito de potencialização de problemas recorrentes nos trabalhos de mestrado e doutorado acadêmicos, o perfil do alunado dos programas profissionais também se associa a outros problemas, não apontados na literatura.

Em linhas gerais, foram identificados dois grandes problemas: a falta de domínio de metodologia de pesquisa e o desconhecimento quanto ao papel da pesquisa jurídica no contexto mais amplo das ciências humanas. Como decorrência do primeiro, identificaram-se os seguintes vícios: (i) a ampliação exagerada dos temas, (ii) o mau uso das fontes e (iii) um desajuste de expectativas; do segundo: (iv) o sincretismo teórico, (v) o essencialismo jurídico e (vi) o reverencialismo.

Em primeiro lugar, a falta de domínio de metodologia de pesquisa frequentemente tem como resultado a elaboração de problemas de pesquisa pouco delimitados, revelando certa inabilidade de fazer um recorte do tema escolhido que seja adequado ao escopo do programa de mestrado profissional. Como exemplo, cita-se um anteprojeto de pesquisa apresentado ao Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP, intitulado “A Metodologia do Ensino Jurídico e a Formação Intelectual do Profissional do Direito”.¹⁷ Já no título, a amplitude do recorte é evidente. Os temas de “metodologia do ensino jurídico” e da “formação intelectual do profissional do Direito” até podem conversar entre si, mas é preciso haver um recorte claro que aponte para isso. Não é o que se nota quando o anteprojeto se manifesta a respeito. O leitor fica com a impressão de que os temas serão tratados independentemente:

...

17 O objetivo dos exemplos é ilustrar erros comuns cometidos por alunos(as) de programas de pós-graduação profissionais. Na etapa do anteprojeto (e até mesmo na do projeto e de redação da pesquisa), é comum que os trabalhos apresentem uma série de problemas e passem por revisões. Portanto, não há aqui nenhuma diminuição dos responsáveis pelos trabalhos citados. O bom discente é aquele que, ao longo de sua trajetória no programa, se esforça para corrigir erros e atingir um resultado satisfatório. O melhor índice de sua qualidade, assim, não é o trabalho que entrega na entrada, mas o que entrega no fim do processo. De todo modo, visando a evitar a identificação da autoria, foram feitas paráfrases em alguns casos.

De forma contextualizada, pretende-se apresentar um esboço histórico dos cursos jurídicos e elementos de indagação sobre a qualidade de ensino durante a sua trajetória, alinhada com a crescente disponibilidade de vagas dos cursos de Direito e o número de advogados em contraponto com a redução das vendas do mercado editorial jurídico. Além disso, pretende-se demonstrar elementos que contribuem para a formação intelectual e que auxiliam na leitura e compreensão de textos.

Não é clara a relação entre a pretensão histórico-descritiva do trabalho e o objetivo de “demonstrar” elementos que contribuem para a formação intelectual e para a leitura de textos. Em outras palavras: falta ao anteprojeto um recorte claro e, em especial, um recorte que o insira no escopo de um programa de mestrado profissional. No mesmo anteprojeto, são mencionados objetivos mais abstratos, que não são aprofundados e que talvez estejam além do que se espera de um projeto em um programa desse tipo, como o objetivo de “propiciar um aprimoramento do estudo integrativo” ou o escopo de “atender uma pluralidade de perspectiva de educação sentimental e voltada à formação, com primazia do intelecto enquanto vocação”. Seria recomendável optar ou pelo tema da formação ou pelo tema do estudo histórico-descritivo das escolhas pedagógicas que moldam nossos cursos jurídicos. Feito isso, seria preciso escolher um recorte: estudar uma reforma específica da legislação sobre os cursos jurídicos, escolher um período ou um nicho (a produção bibliográfica voltada para concursos públicos, por exemplo), um tema mais específico (como a relação entre o exame de ordem e as grades curriculares dos cursos), etc. Tal como está, o anteprojeto é um bom exemplo deste primeiro problema, ligado à falta de domínio de metodologia de pesquisa: temas e recortes demasiadamente amplos.

Em segundo lugar, a falta de domínio de metodologia de pesquisa comumente se mostra por meio do uso que a maioria dos(as) alunos(as) faz das fontes. É comum que citem artigos de portais da internet como se tivessem o mesmo peso argumentativo que um artigo acadêmico, evidenciando uma falta de visão sobre hierarquia entre as fontes. Entre elas, a hegemonia da doutrina, acompanhada de um abuso das citações de manual, segue incontestada. A maioria das referências (especialmente decisões judiciais) é citada apenas para confirmar uma tese, sem pesquisa sistemática que mostre sua relevância no contexto mais amplo da área ou temática jurídica pertinente. Com frequência, recorre-se ao “direito comparado” fora de contexto, apenas para cumprir tabela; são comuns as comparações sem método.

Por fim, em terceiro lugar, a falta de domínio de metodologia de pesquisa enseja um desajuste de expectativas. Em trabalhos de conclusão do mestrado profissional (mas principalmente em projetos de pesquisa), nota-se um apego ao formato do manual jurídico como modelo, em detrimento do formato de relatório de pesquisa. Esse apego é bastante visível nos índices provisórios de alguns projetos e anteprojeto. Em linhas gerais, espera-se que um relatório de pesquisa tenha: uma seção introdutória, em que o trabalho é apresentado (com seu problema de pesquisa, sua hipótese e sua estrutura); uma seção metodológica, em que é explicado o procedimento adotado, devendo ser mais ou menos detalhada a depender do tipo de pesquisa

que é feita e das técnicas empregadas; uma ou mais seções em que são feitas a apresentação e a discussão dos resultados da pesquisa propriamente dita; e, por fim, uma seção conclusiva, que retoma e sintetiza os pontos principais do trabalho.

Trata-se de estrutura muito distinta da de um manual, que não costuma girar em torno de um único tema, não tem um problema de pesquisa definido e busca percorrer superficialmente várias áreas e assuntos de determinada disciplina. A título de exemplo, cita-se um projeto que tinha como objetivo examinar o impacto de tecnologias disruptivas no ordenamento jurídico. Deixando de lado o problema da falta de um recorte mais específico, chama a atenção o índice provisório proposto, que, à maneira de um manual a respeito da tecnologia, prevê tópicos os mais diversos, tratando de temas como “a sociedade informacional”, “tecnologias disruptivas”, “da Arpanet à Internet”, “singularidade tecnológica”, etc.

Oliveira (2004) dá mais exemplos em trecho que ressalta, ainda que indiretamente, a importância de o pesquisador se perguntar sobre a finalidade – e a real necessidade – de cada uma das seções ou dos capítulos de seu trabalho:

Numa dissertação sobre o duplo grau de jurisdição, o seu autor dedica várias páginas a esmiuçar os chamados “efeitos” do mesmo, a saber: devolutivo, translativo e suspensivo... *Para quê?* Noutra, sobre o problema da lesão nos contratos, vinte e cinco páginas são gastas com um capítulo que parece diretamente extraído de um livro didático sobre o assunto. O título do capítulo, aliás, é mais do que típico: “A Teoria Geral dos Contratos”. Como não poderia deixar de ser, nele se abordam tópicos como: conceito, evolução e importância dos contratos; elementos e características dos contratos; interpretação dos contratos – e por aí vai. (OLIVEIRA, 2004, p. 6-7, destaque nosso)

É preciso, portanto, evitar tópicos que sejam desnecessários ao exame daquilo que constitui propriamente o objeto de investigação. O público-alvo de uma pesquisa não é o mesmo do de um manual. Se tópicos gerais e introdutórios são pertinentes em livros voltados a iniciantes, eles são redundantes em textos voltados a quem, em algum grau, já domina o assunto. Lanzillo e Guimarães (2014, p. 20) fazem uma comparação bastante elucidativa com a pesquisa na Medicina:

Pense um pouco nesse exemplo: nas pesquisas sobre vírus na área de Medicina você não vai com certeza encontrar nos artigos primeiro uma definição de vírus e da história desse estudo. Isso não será encontrado em geral pelo fato de que conceitos básicos devem ser aprendidos como algo da formação básica. A discussão de conceitos numa pesquisa, por exemplo, só é relevante em razão do corte epistemológico realizado, principalmente nos campos onde há diversas disputas teóricas. Entretanto, no meio acadêmico brasileiro parece não haver bem essa compreensão, processo que é ainda agravado pelo fato da maioria dos alunos muitas vezes só terem na sua formação contato com os manuais.

Associada a esse apego ao formato do manual, percebe-se também uma inadequação ao contexto linguístico: há um apego a expressões que compõem o jargão jurídico, assim como a um modo de argumentar próprio do advogado, em detrimento da linguagem e da forma de argumentar próprias do pesquisador. A forma de proceder adequada ao pesquisador já foi apresentada na seção antecedente. Cabe complementá-la aqui por meio de dois contraexemplos, ainda bastante comuns no meio jurídico: o pedido de desculpa que antecede uma crítica e o final retórico. Ambos podem ser adequados a um contexto judicial, mas são despropositados e até mesmo contrários ao espírito investigativo que deve guiar a atividade de pesquisa. O primeiro, porque vai contra o dever do pesquisador de se manter imparcial e crítico; o segundo, por favorecer conclusões genéricas e que geralmente não decorrem de suas premissas. Como exemplo disso, cita-se o final de um anteprojeto que tratava da Lei Geral de Proteção de Dados (e especificamente da questão da dispensa de consentimento para coleta de dados tornados manifestamente públicos pelo titular):

Com a inserção de novas tecnologias cada vez mais alimentadas por dados, é necessária uma nova cultura de privacidade e proteção de dados, que exige que toda a sociedade esteja ciente da importância dos dados pessoais e seu impacto na liberdade, privacidade e no livre desenvolvimento da personalidade humana, sem esquecer a preservação do meio ambiente.

Final genérico e retórico: faltou apenas mencionar a felicidade e a justiça. Brincadeiras à parte, passemos ao exemplo das escusas, retirado de um projeto sobre o ensino jurídico e a reforma da grade curricular dos cursos de Direito. Após mencionar o argumento de determinado autor, o anteprojeto traz a seguinte afirmação: “Neste ponto em particular, salvaguardadas todas as vênias, ousa aqui divergir um pouco do pensamento emanado pelo autor [...]”. É notável que, apesar de divergir apenas “um pouco”, o autor ou a autora da frase ainda assim peça “todas as vênias”. O que restará a ser dito nos casos em que “ousamos” discordar totalmente de alguém? A postura é mais adequada à prática judicial do que à acadêmica, em que a discordância respeitosa e a troca de argumentos são um valor.

Por fim, a adequação linguística passa também por uma atenção à linguagem. A linguagem adequada a um trabalho acadêmico é a mais clara, direta e simples possível. Isso não significa que cada autor ou autora não possa ter seu estilo próprio. Esse estilo, porém, não deve prejudicar a compreensão do que se deseja dizer. Vejamos, por exemplo, o seguinte excerto de um anteprojeto sobre ensino jurídico e reforma da grade curricular:

A análise da metodologia do ensino jurídico se reveste de profícua deferência no desiderato de contribuir na consistente formação acadêmica, ao passo que proporciona que seja estabelecida uma identidade cognoscível do surgimento de novas necessidades normativas e das já existentes, analisadas sob um enfoque crítico e interdisciplinar. Na linha deste

entendimento, pode-se conceber que a metodologia do ensino jurídico fomenta o aprimoramento e estímulo do saber jurídico mediante profunda reflexão sobre as finalidades e elementos constitutivos do direito e os institutos intrínsecos a esta ciência.

O que significa “se revestir de profícua deferência no desiderato”? O que quer dizer “estabelecer uma identidade cognoscível” nesse contexto? Parece-nos que o que se quer dizer é simplesmente que um estudo da metodologia do ensino pode ser útil para se pensar a formação acadêmica do bacharel em Direito. Se for isso mesmo, por que não o dizer de forma simples e clara?

Além do apego ao formato do manual e da inadequação ao contexto linguístico, também são sintomas da falta de domínio de metodologia a subestimação do trabalho de pesquisa e o mau planejamento do cronograma. Não são raros os cronogramas em que há a previsão de escrita de um capítulo por semana, produzidos na ordem de um índice provisório, concebido, como dito, à maneira de um livro ou manual. Todos esses vícios apontam para uma falta de domínio de metodologia de pesquisa, comum a muitos discentes que, por terem uma orientação mais prático-profissional, tiveram pouco contato (quando tiveram) com o trabalho acadêmico.

Por sua vez, o desconhecimento quanto ao papel da pesquisa jurídica no contexto mais amplo das ciências humanas é perceptível principalmente na insistência em uma interdisciplinaridade simplória e na combinação de autores e teorias conflitantes sem maiores mediações. É bastante comum, por exemplo, o recurso a reconstruções superficiais e redundantes de tópicos relativos ao tema da pesquisa. Um deles, que dá título ao artigo de Luciano Oliveira (2004), é o “desenvolvimento histórico” do tema: são muitos os trabalhos jurídicos em que se narra como um instituto já estava, de algum modo, presente no “Código de Hamurábi”, como se isso, por si só, conferisse lastro histórico ao trabalho. Do mesmo modo, é comum que muitos trabalhos do mestrado profissional, ao terem como foco algum tema ligado à tecnologia, insistam em mencionar Elon Musk e suas empresas ou sua história, como se isso, apenas pelo fato de se tratar de um trabalho sobre tecnologia, fosse necessário ou sequer pertinente.

A não ser em casos específicos de estudos no campo da história do Direito, não é tarefa da pesquisa jurídica apresentar ou examinar a história do tema. Trata-se de empreitada que será feita com maior competência por historiadores.¹⁸ Em suma: tenta-se substituir campos

...

18 Como dito, a referência aqui não é aos trabalhos de história do Direito, mas sim a trabalhos de outras áreas que insistem em passar pelo “desenvolvimento histórico” do tema, mesmo que isso não se relacione diretamente com o problema de pesquisa, como se essa etapa, comum a manuais, fosse necessária em um relatório de pesquisa.

(fazer “história”, “sociologia”, “filosofia”), em detrimento de uma interdisciplinaridade que de fato auxilie na tarefa propriamente jurídica pertinente ao mestrado profissional.

Aos juristas, caberia, por exemplo, apresentar, examinar e analisar criticamente institutos jurídicos, argumentos, fontes do Direito, etc. – precisamente aquilo que com frequência é negligenciado em muitos trabalhos, que se apegam ao argumento de autoridade e tratam acriticamente diversas categorias do Direito (como “a doutrina”, “a jurisprudência”, “a *civil law*”, “a *common law*”, etc.), como se fossem blocos unitários.

O problema do apego a argumentos de autoridade e da citação acrítica de textos é aquilo que Oliveira (2004) chamou de “reverencialismo”: o uso do argumento de autoridade, não raro associado a incorporações acríticas de teóricos das ciências humanas – uma prática “ostensivamente anticientífica”. Oliveira traz exemplos muito claros dessa prática, que comumente se manifesta por meio de expressões que se encontram com frequência em pesquisas da área, sobretudo no mestrado profissional:

Ainda dentro desse rol de questões de estilo, um outro traço bastante contraditório, e a ser a todo custo evitado – por ser ostensivamente anticientífico –, é o chamado argumento de autoridade. Contaminação talvez do estilo adotado no foro, onde é preciso convencer o juiz de que se está com o melhor direito (e, portanto, com a melhor doutrina...), trata-se de um verdadeiro “reverencialismo” expresso em fórmulas do tipo “como preleciona fulano de tal”, “segundo o magistério de sicrano” etc., típico de advogados preocupados antes em convencer com apelos a uma retórica “coimbrã” do que em demonstrar com dados cuja força decorra da própria exposição. Definitivamente, é preciso que os juristas se convençam de que, ao escreverem um trabalho acadêmico, não podem tratar suas hipóteses de trabalho como se estivessem defendendo causas. (OLIVEIRA, 2004, p. 7)

E, em tom cômico, quase caricatural, completa:

No momento em que escrevo essas linhas lembro-me, não sem certa nostalgia, do meu antigo professor de Introdução à Ciência do Direito que em aula, e isso com o ar mais sério e compenetrado do mundo, referia-se a Clóvis Beviláqua como “sábio e santo, santo e sábio”; e a Tobias Barreto como o “Himalaia da cultura jurídica brasileira” [...]. (OLIVEIRA, 2004, nt. 6)

Por sua vez, o tratamento acrítico de categorias como “a doutrina”, “a jurisprudência”, “a *civil law*”, “a *common law*” constitui o vício do “essencialismo jurídico”, que consiste no estudo da “natureza jurídica” de institutos sem problematizar a ideia de “essência” e, nos piores casos, sem fazer juízos sobre as consequências de um instituto ser classificado em um ou em outro regime jurídico. Esse tipo de vício está arraigado na própria linguagem jurídica, acostumada

a falar na “natureza” de seus institutos, como se houvesse uma essência imutável de tal ou qual instituto, esperando que o jurista a descubra, quando, na verdade, o modo como os entendemos é resultado de escolhas políticas e fruto de estudos dogmáticos que procuraram sistematizá-los e conceituá-los.

Assim, por exemplo, um projeto de pesquisa voltado a estudar a organização dos escritórios de advocacia trazia, como um de seus tópicos, a pergunta: “qual é a *natureza jurídica* da sociedade de advogados? Poder-se-ia falar em uma *natureza* empresarial?”. A pergunta é interessante e, tal como formulada, não nos costuma causar estranheza. Mas, a rigor, não há uma resposta para ela: não há uma “natureza”, uma “essência” da sociedade de advogados, mas apenas diferentes escolhas legislativas, que consistem em classificar as sociedades de advogados como sociedades simples (como é o caso do Brasil) ou como sociedades empresariais (como é o caso, por exemplo, das *alternative business structures* admitidas na Inglaterra). O vocabulário da essência pode acabar tendo como efeito não intencional o ofuscamento da questão que realmente interessa nesse exame: quais seriam as consequências (políticas e econômicas, por exemplo) de qualificarmos juridicamente a sociedade advocatícia como empresarial? Deveríamos fazer tal opção? Ela seria viável de uma perspectiva dogmática?

Esse vício também se manifesta em trabalhos que se baseiam na jurisprudência e na doutrina, mas as tratam em bloco, como se fossem entidades unitárias. Marcos Nobre (2005, nt. 5, p. 18) sintetiza e exemplifica bem essa ocorrência, retomando um ponto que é central para este artigo – a má influência que o formato do manual exerce sobre trabalhos acadêmicos, sobretudo no mestrado profissional:

[É] importante chamar a atenção para o que me parece ser o mecanismo mesmo de funcionamento do amálgama de prática e teoria jurídicas no ensino de direito no Brasil. Trata-se, com o perdão da expressão, da produção de uma “ilusão necessária” muito peculiar: a ilusão de que o mundo jurídico se regularia pelo manual de direito e não o contrário. Essa ilusão torna-se real, entretanto, na medida em que, ao formar os operadores do direito, o manual parece ser amplamente bem-sucedido na tarefa de fazê-los se comportar de acordo com o manual, repondo assim a ilusão, tornando-a “necessária” (sendo que a utilização aqui do verbo “parecer” indica se tratar de uma hipótese, pendente de comprovação empírica). Essa hipótese, por sua vez, poderia explicar absurdidades como a de se afirmar a existência de uma tal ou qual “corrente majoritária de interpretação” de determinado instituto legal sem qualquer amparo científico, sem qualquer investigação empírica da jurisprudência ou mesmo, em muitos casos, da própria doutrina. Tratar-se-ia, enfim, de uma ilusão produzida pelo manual, mas nem por isso menos real e efetiva.

Novamente, todos esses vícios apontam para um desconhecimento quanto ao papel da pesquisa jurídica no contexto mais amplo das ciências humanas, comum a muitos discentes que, por terem uma orientação mais prático-profissional, tiveram pouco contato (quando

tiveram) com o trabalho acadêmico. A seguir, o Quadro 1 sintetiza os principais vícios identificados e exemplificados neste artigo.

QUADRO 1 – SÍNTESE DOS PRINCIPAIS PROBLEMAS NOS PROJETOS E TRABALHOS DE CONCLUSÃO DO MESTRADO PROFISSIONAL

VÍCIOS	SUBTIPOS E DESCRIÇÃO
1. AMPLIAÇÃO EXAGERADA DOS TEMAS	PROBLEMAS DE PESQUISA POUCO DELIMITADOS.
2. MAU USO DAS FONTES	2.1. FALTA DE VISÃO SOBRE HIERARQUIA DE FONTES PARA PESQUISA. 2.2. HEGEMONIA DA DOUTRINA E ABUSO DE CITAÇÕES DE MANUAL. 2.3. USO ADVOCATÍCIO DAS FONTES (ESPECIALMENTE JULGADOS): CITAÇÃO DE JULGADOS QUE CONFIRMAM UMA TESE, SEM PESQUISA SISTEMÁTICA DE JURISPRUDÊNCIA QUE MOSTRE SUA RELEVÂNCIA E REPRESENTATIVIDADE. 2.4. MAU USO DO DIREITO COMPARADO: COMPARAÇÃO SEM MÉTODO E FORA DE CONTEXTO.
3. DESAJUSTE DE EXPECTATIVAS	3.1. APEGO AO FORMATO DE MANUAL COMO MODELO, EM DETRIMENTO DO FORMATO DE RELATÓRIO DE PESQUISA. 3.2. INADEQUAÇÃO AO CONTEXTO LINGUÍSTICO: “JURIDIQUE” E APEGO À FORMA DE ARGUMENTAR DO ADVOGADO, EM DETRIMENTO DA FORMA DE ARGUMENTAR DO PESQUISADOR. 3.3. SUBESTIMAÇÃO DO TRABALHO DE PESQUISA E MAU PLANEJAMENTO DO CRONOGRAMA.
4. SINCRETISMO TEÓRICO	4.1. INTERDISCIPLINARIDADE SIMPLÓRIA: RECURSO A RECONSTRUÇÕES SUPERFICIAIS E REDUNDANTES DE TÓPICOS RELATIVOS AO TEMA DE PESQUISA – SEJA EM NOME DE UMA INTERDISCIPLINARIDADE SIMPLÓRIA, SEJA PARA TENTAR MOSTRAR DOMÍNIO DE DISCIPLINAS NÃO JURÍDICAS. 4.2. MISTURA DE AUTORES E TEORIAS CONFLITANTES SEM MAIORES MEDIAÇÕES.
5. ESSENCIALISMO JURÍDICO	5.1. ESSENCIALIZAÇÃO DE INSTITUTOS: ESTUDO DA “NATUREZA JURÍDICA” DE INSTITUTOS SEM PROBLEMATIZAR A IDEIA DE “ESSÊNCIA” E, NOS PIORES CASOS, SEM FAZER JUÍZOS SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DE UM INSTITUTO SER CLASSIFICADO EM UM OU EM OUTRO REGIME JURÍDICO. 5.2. ESSENCIALIZAÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA: REFERÊNCIAS À DOUTRINA E À JURISPRUDÊNCIA COMO SE FOSSEM ENTIDADES.

(continua)

5.3. ESSENCIALIZAÇÃO DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW*: TRATAR AS GRANDES FAMÍLIAS DO DIREITO COMO CATEGORIAS SIMPLÓRIAS E APROBLEMÁTICAS, “ENTES PUROS” – COMO SE NOS PAÍSES DE *COMMON LAW* SÓ EXISTISSE *CASE LAW* E, NOS DE *CIVIL LAW*, APENAS NORMAS JURÍDICAS ESCRITAS E PUBLICADAS EM DIPLOMAS PRÓPRIOS.

6. REVERENCIALISMO

USO DE ARGUMENTO DE AUTORIDADE E/OU CITAÇÃO ACRÍTICA DE DOUTRINAS E TEORIAS.

Fonte: Elaboração própria.

CONCLUSÃO

Na introdução, apresentou-se o público-alvo deste artigo: trata-se de reflexão direcionada aos(as) alunos(as) e docentes da pós-graduação *stricto sensu* profissional em Direito. Ao longo do texto, foram identificados os principais problemas nos projetos e trabalhos de conclusão de curso desses programas, refletiu-se sobre suas possíveis causas e discutiram-se meios de evitá-los.

Apesar de o debate sobre os programas profissionais ser incipiente, há uma série de textos que discutem a pesquisa jurídica no país, com foco nos programas acadêmicos. Por isso, na seção 1, retomou-se essa literatura, tendo sido identificados os problemas comumente apontados por ela. Feito isso, discutiram-se os mecanismos que contribuem para a perpetuação desses velhos vícios. Afirmou-se que, a despeito de mudanças mais abrangentes, é importante não deixar de lado as soluções individuais, que podem partir de orientadores(as) e alunos(as) com vistas a evitar esses problemas, rompendo com o *habitus* que predomina no campo jurídico e que, muitas vezes, influencia negativamente o desenvolvimento dos trabalhos acadêmicos da área.

Visando a deixar clara a tarefa da pesquisa jurídica no mestrado profissional, foi abordada, na seção 2, a relação do Direito com as demais ciências humanas, além do modo como o trabalho jurídico de pesquisa é dividido entre os programas acadêmicos e os programas profissionais. A pesquisa jurídica no mestrado profissional foi caracterizada, tendo sido ressaltada uma série de condutas importantes para que ela seja bem-sucedida e tenha valor acadêmico: o compromisso com o exame crítico de teses e argumentos, a consideração de argumentos contrários, a discussão de pontos fortes e fracos das soluções propostas e a adoção de uma postura cética, inquisitiva e, na medida do possível, imparcial. Isso implica mudar de posição diante de novas evidências ou de melhores argumentos. Envolve também uma postura ativa diante da doutrina e da jurisprudência, que não devem ser tomadas em bloco – a Doutrina, a Jurisprudência – nem tratadas com reverência: o pesquisador pode (e, em alguns casos, deve) desafiar afirmações doutrinárias e teses jurisprudenciais, desde que o faça de forma fundamentada. Ademais, deve-se evitar fazer afirmações baseadas em meras

intuições ou em uma experiência prática definida em termos vagos, além de se evitar a generalização daquilo que é anedótico e a “escolha a dedo” ou enviesada de casos e exemplos. Ao contrário, o trabalho do pesquisador deve se fundamentar em bons argumentos, em demonstrações fáticas e, especialmente no caso do mestrado profissional, na experiência profissional elaborada do(a) aluno(a).

Por fim, na seção 3, foram identificados os problemas mais recorrentes em trabalhos do mestrado profissional em Direito. Mais especificamente, delinearam-se dois grandes problemas, cada um deles se subdividindo em três. Estes, por sua vez, foram definidos e exemplificados. Relembrando: os dois macroproblemas são a falta de domínio de metodologia de pesquisa e o desconhecimento quanto ao papel da pesquisa jurídica no contexto mais amplo das ciências humanas. Como decorrência do primeiro, identificaram-se os seguintes vícios: (i) a ampliação exagerada dos temas, (ii) o mau uso das fontes e (iii) um desajuste de expectativas; do segundo: (iv) o sincretismo teórico, (v) o essencialismo jurídico e (vi) o reverencialismo. Ao final da seção, apresentou-se um quadro-síntese, que permite uma visualização esquemática de cada um deles.

Evitar tais vícios exigirá um esforço individual de alunos(as) e orientadores(as), principalmente para extirpar aqueles que estão mais arraigados em cada um de nós. Mas, como se tentou argumentar ao longo do texto, esse esforço vale a pena: uma pesquisa que os evite tende a ser mais instigante e até mesmo mais convincente. Ao final, ela terá mais condições de atingir aquilo que se espera e aquilo a que se destina a pesquisa em um programa profissional: fazer uma reflexão qualificada sobre a prática, fornecendo insumos para outros pesquisadores e sistematizando conhecimento para uso de outros profissionais.

Espera-se que o artigo, além de incentivar a discussão sobre os programas profissionais, possa ser útil a alunos(as) que estejam matriculados(as) em (ou se interessem por) esse tipo de programa.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem pelos comentários de Catarina Barbieri, José Eduardo Faria, Juliana Palma, Mario Engler Pinto Jr., Marta Machado e Osny da Silva Filho. Emerson Ribeiro Fabiani é especialmente grato aos alunos e às alunas que teve a oportunidade de orientar no Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma Teoria da Prática. In: ORTIZ, Renato (org.). *Pierre Bourdieu: sociologia*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994. p. 46-86.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CONSTANTINO, Alexandre Krüger; ALVES NETO, Francisco Raimundo. O campo jurídico e a pesquisa em Direito no Brasil: uma problematização sob a perspectiva teórica de Pierre Bourdieu. *Revista do Conpedi*, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=48e3d4150e4efd6b>. Acesso em: 26 jun. 2023.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES. *Documento da área da Capes – Direito*. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/direito-pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES. *Mestrado Profissional – o que é?* 2019a. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/avaliacao/sobre-a-avaliacao/avaliacao-o-que-e/sobre-a-avaliacao-conceitos-processos-e-normas/mestrado-profissional-o-que-e>. Acesso em: 21 dez. 2021.

FISS, Owen. The Law According to Yale. In: McDOUGAL, Myres; REISMAN, Michael (eds.). *Power and Policy in Quest of Law – Essays in Honor of Eugene Victor Rostow*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. p. 417-424.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação – RBPG*, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 53-70, nov. 2004.

JORDÃO, Eduardo. Quais estrangeiros fazem a cabeça dos nossos administrativistas? – Uma investigação empírica sobre citações de autores estrangeiros. *Portal Jota*, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/quais-estrangeiros-fazem-a-cabeca-dos-nossos-administrativistas-13042021>. Acesso em: 20 abr. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. O que restou dos manuais de Direito Administrativo foram... os manuais! *Portal Jota*, 4 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/>

o-que-restou-dos-manuais-de-direito-administrativo-foram-os-manuais-04082020. Acesso em: 20 abr. 2023.

LANZILLO, Anderson Souza da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *FIDES*, Natal, v. 5, n. 1, p. 18-21, jan./jun. 2014.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato*. In: COURTIS, Christian (coord.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006. p. 41-68.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. O que restou dos manuais de Direito Administrativo? *Portal Jota*, 17 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-que-restou-dos-manuais-de-direito-administrativo-14072020>. Acesso em: 20 abr. 2023.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Cadernos DIREITO GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779>. Acesso em: 26 jun. 2023.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do código de Hamurábi – A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito*. 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213526/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf. Acesso em: 26 jun. 2023.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27-48, jan./abr. 2018.

SILVA, Artur Stamford da; MAIA, Alexandre da; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Pesquisa em Direito e a superação das escolas-de-um-só: uma profecia às avessas? In: CARLINI, Angélica *et al.* (org.). *180 anos do ensino jurídico no Brasil*. Campinas: Millennium, 2012. p. 343-378.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FABIANI, Emerson Ribeiro; TORMIN, Mateus Matos. Não fale do Elon Musk! A pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2327, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202327>

Emerson Ribeiro Fabiani

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).
DIRETOR DO FGV LAW – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO
SENSU DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP).

emerson.fabiani@fgv.br

Mateus Matos Tormin

DOUTORANDO E MESTRE EM CIÊNCIAS POLÍTICAS NA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). BACHAREL EM DIREITO E
EM FILOSOFIA PELA USP. FOI ALUNO DO LINKAGE PROGRAM NA
YALE LAW SCHOOL (ESTADOS UNIDOS).

mateusmmt@gmail.com

Recebido: 22.02.2022

Aprovado: 25.01.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202328>

1 Universidad de Medellín, Facultad de Derecho, Medellín, Antioquia, Colombia

<https://orcid.org/0000-0002-4698-6675>

2 Universidad de Medellín, Facultad de Derecho, Medellín, Antioquia, Colombia

<https://orcid.org/0000-0001-6184-124X>



Activismo o garantismo en el proceso contencioso administrativo colombiano

ACTIVISM OR GUARANTEE IN THE COLOMBIAN ADMINISTRATIVE CONTENTIOUS PROCESS

ATIVISMO OU GARANTISMO NO PROCESSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

Fernando Martínez Ureña¹ y Dimaro Alexis Agudelo Mejía²

Resumen

En el derecho procesal se discute sobre el rol que debe desempeñar el juez dentro del juicio. Por una parte, un juez activo; por otra, un juez garantista que deja el protagonismo a las partes, considerando que de esa forma se materializa la igualdad y la imparcialidad.

Por esta razón, se formuló como problema de investigación: ¿Cuál es el sistema procesal y el concepto de finalidad del proceso que define el rol del juez en el proceso contencioso administrativo colombiano? Se propone analizar, desde el interior de las instituciones procesales, las cargas y deberes del juez y de las partes, partiendo de la hipótesis de que no existen linderos que permitan definir con precisión la naturaleza del sistema procesal y el concepto de finalidad de proceso al que debe acudir el juez para el ejercicio de su función. Para ello se adelantó un estudio exploratorio-analítico de las normas aplicables.

El resultado de tal análisis es que el rol del juez en el proceso contencioso administrativo no lo define ni el sistema procesal ni los conceptos de la finalidad del proceso, sino que se debe a la naturaleza jurídica de la pretensión o medio del control.

Palabras clave

Sistema procesal; finalidad del proceso; jurisdicción contenciosa administrativa; pretensión; medio de control.

Abstract

In procedural law, the role that the judge must play in the trial is discussed. On the one hand, an active judge; on the other, a guarantor judge who leaves the leading role to the parties, considering that in this way equality and impartiality materialize. For this reason, it was formulated as a research problem: What is the procedural system and the concept of purpose of the process that defines the role of the judge in the Colombian contentious-administrative process? It is proposed to analyze, from within the procedural institutions, the charges and duties of the judge and the parties, based on the hypothesis that there are no boundaries that allow the precise definition of the nature of the procedural system and the concept of purpose of the process to which the judge must attend to exercise his function. To this end, an exploratory-analytical study of the applicable standards was carried out.

The result of such analysis is that the role of the judge in the contentious-administrative process is not defined by the procedural system or the concepts of the purpose of the process, but is due to the legal nature of the claim or means of control.

Keywords

Procedural system; purpose of the process; contentious administrative jurisdiction; claim; means of control.

Resumo

No direito processual, discute-se o papel que o juiz deve desempenhar no julgamento. De um lado, um juiz ativo; de outro, um juiz garantista que deixa o protagonismo às partes, considerando que assim se materializam a igualdade e a imparcialidade. Por isso, formulou-se como problema de pesquisa: qual é o sistema processual e o conceito de finalidade do processo que definem o papel do juiz no processo contencioso-administrativo colombiano? Propõe-se analisar, a partir das instituições processuais, os encargos e os deveres do juiz e das partes, partindo da hipótese de que não há limites que permitam definir com precisão a natureza do sistema processual e o conceito de finalidade do processo aos quais o juiz deve atender para exercer a sua função. Para tanto, foi realizado um estudo exploratório-analítico das normas aplicáveis.

O resultado de tal análise é que o papel do juiz no processo contencioso-administrativo não é definido pelo sistema processual ou pelos conceitos da finalidade do processo, mas, sim, pela natureza jurídica do pedido ou meio de controle.

Palavras-chave

Sistema processual; finalidade do processo; jurisdição contencioso-administrativa; reclamação; meios de controle.

INTRODUCCIÓN

En las sociedades primitivas, el uso de la fuerza definía la existencia del derecho, el más fuerte hacía prevalecer su voluntad, quedando excluida la “razón” de la solución al conflicto, potencializándolo y amenazando la sobrevivencia de la sociedad misma. Esto hizo necesario el diálogo como medio para resolver los conflictos de forma pacífica, dándole prioridad a la razón sobre la fuerza, buscando que los conflictos se terminen directamente por los interesados, o que se resuelvan con la intervención de un tercero al que se le reconoce la autoridad.

Es válido pensar que el hecho de vivir en sociedad implica la idea de conflicto, frente a él se han creado una serie de reglas que constituyen los sistemas jurídicos. Hoy quien desea el reconocimiento de un derecho acude a la jurisdicción, constituyendo lo que se denomina “la pretensión”. El conflicto se soluciona cuando hay aceptación a la pretensión o no hay resistencia por la otra parte; de haberla, se genera el conflicto intersubjetivo de interés (ALVARADO VELLOSO, 2005, p. 37).

Descartando las soluciones de autocomposición y la fuerza como mecanismo para obtener lo que se quiere, queda el camino de la heterocomposición, que generalmente es pública y encarnada en la persona “juez”, quien, utilizando la ley, resuelve el conflicto, siendo necesario desarrollar un proceso judicial cuya razón de ser es la erradicación de la fuerza, mantener la paz y asegurar el respeto de las normas de convivencia. Estas consideraciones han generado dos corrientes y escuelas procesales: a) publicización del proceso, con el criterio de que el

proceso tiene una función o finalidad pública, y b) el garantismo procesal, el cual sostiene que el proceso tiene una función o fin privado.

De acuerdo con la finalidad del proceso, bien sea bajo la función pública o privada y según el sistema procesal implementado, inquisitivo o acusatorio (dispositivo), se puede deducir cuál será la participación de las partes y del juez dentro de un proceso.

Ahora bien, en Colombia, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo se le ha asignado la función jurisdiccional para juzgar los conflictos en que, al menos en uno de los extremos se encuentra una entidad pública o que cumple funciones administrativas. Este órgano justifica su existencia en la necesidad de conocer los temas que se alejan del derecho común o privado, bien por la naturaleza de los sujetos, la existencia de prerrogativas públicas o por otras razones. Esto ha permitido que exista una regulación procesal propia, en la actualidad, es la ley 1437 de 2011 por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), donde se consagra un sistema con predominancia de la oralidad, las reglas y los principios que regulan la actividad judicial, las cargas, los derechos y los deberes de las partes, de los intervinientes, las potestades y los deberes del juez dentro del proceso.

Partiendo de los sistemas procesales y la finalidad del proceso, se han analizado las instituciones más relevantes del proceso contencioso administrativo colombiano, haciendo énfasis en los deberes y obligaciones del juez y de las partes en cada una de ellas.

1. SISTEMAS PROCESALES

También son denominados como principios, tipos o modelos cuando se hace referencia al sistema, sea de corte “inquisitivo” y “dispositivo o acusatorio”. Tiene en cuenta las formas, las técnicas de los elementos que permean el derecho procesal, la organización judicial, las instancias, tipo de juez (unipersonal o plural), el cómo se expresa y comunica el proceso, escritural o de oralidad, público o con reserva y desde la iniciativa de las partes o del juez (QUINTERO y PRIETO, 2008, p. 154).

1.1. SISTEMA INQUISITIVO

Su fundamento principal es la función que cumple respecto de la dirección del interés público, que se encarna en el juez como director del proceso, con libre apreciación de hechos y con el propósito de alcanzar la verdad material (ALZAMORA, 1959, p. 168). Requiere que la actividad del juez se dirija al cumplimiento de los intereses estatales, razón por la cual se le conoce como “oficialidad”, idea fundamentada en que “por encima del interés particular está el interés social” (VALDIVIA PEZO, 1959, p. 227).

Cuando el tema es de orden público los particulares no pueden disponer del litigio, Piero Calamandrei afirma: “[el] sentido de un proceso de partes, en el que predomina el principio inquisitorio, esto es, en el que el juez, teniendo ante sí a las dos partes, esté vinculado, para

la investigación de la verdad, de la iniciativa y de los acuerdos de las mismas” (CALAMANDREI, 1945, p. 237).

Entonces, se caracteriza por: i) iniciativa del órgano público para poner en movimiento la jurisdicción, sin que para ello medie la voluntad de un particular; ii) la resolución del conflicto lo constituye el proceso mismo, no existiendo otra fórmula; iii) el objeto del proceso no es facultad de las partes; iv) el juez no se encuentra atado a las proposiciones o alegaciones de las partes; y v) los sujetos no pueden dar por terminado el proceso.

1.2. SISTEMA ACUSATORIO O DISPOSITIVO

Juan Montero Aroca, frente a este sistema, considera que prima “la disponibilidad que los litigantes tienen sobre el interés privado y sobre la conveniencia de acudir o no al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción” (MONTERO, 2001, p. 63). El protagonismo del proceso es de las partes, la iniciación, el impulso, el objeto, la determinación de los hechos, entre otros, limitando rigurosamente las iniciativas judiciales. Devis Echandía lo explica señalando: “corresponde a las partes la iniciativa en general y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos” (DEVIS ECHANDÍA, 1985, p. 188).

Este fundamento es eminentemente privatista, con preponderancia a la propiedad y a la autonomía de la voluntad, en que el interés, que se debe proteger judicialmente, es determinado por las partes, el operador judicial satisface los intereses privados en clara congruencia con la pretensión y su oposición; las partes, si a bien lo tienen, pueden ponerle fin al proceso, constituyéndose en los dueños de la pretensión procesal.

Las diferencias entre estos sistemas las explica el profesor argentino (ALVARADO VELLOSO, 2004) así:

CUADRO 1 – DIFERENCIAS ENTRE SISTEMAS

SISTEMA DISPOSITIVO	SISTEMA INQUISITIVO
1) EL PROCESO SE INICIA SOLO POR ACCIÓN DEL INTERESADO	1) EL PROCESO SE INICIA POR ACCIÓN (ACUSACIÓN), DENUNCIA O DE OFICIO
2) EL IMPULSO PROCESAL LO EFECTÚAN LOS INTERESADOS, NO EL JUEZ	2) EL IMPULSO PROCESAL ES EFECTUADO POR EL JUEZ
3) EL ACUSADO (O DEMANDADO) SABE DESDE EL COMIENZO QUIÉN Y POR QUÉ SE LO ACUSA (O DEMANDA)	3) EL ACUSADO (O DEMANDADO) NO SABE DESDE EL COMIENZO QUIÉN NI POR QUÉ SE LO ACUSA (O DEMANDA)

(continúa)

SISTEMA DISPOSITIVO	SISTEMA INQUISITIVO
4) LAS PARTES SABEN QUIÉN ES EL JUEZ	4) EL ACUSADO PUEDE NO SABER QUIÉN ES EL JUEZ
5) EL PROCESO ES PÚBLICO, LO QUE ELIMINA AUTOMÁTICAMENTE LA POSIBILIDAD DE TORMENTO	5) EL PROCESO ES SECRETO, LO QUE POSIBILITA EL TORMENTO

Fuente: Alvarado Velloso (2004, p. 66).

2. FINALIDAD DEL PROCESO

El proceso, desde la perspectiva de la finalidad, tiene dos líneas de pensamiento: la pública y la privada. Estas constituyen el punto de partida para definir qué tanto, o no, puede y debe hacer el juez dentro del mismo.

2.1. FINALIDAD PÚBLICA DEL PROCESO

De la finalidad pública, Calamandrei indica que “la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más: es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa” (CALAMANDREI, 1973, p. 21).

La verdad y la justicia son conceptos estructurales de la finalidad pública del proceso, siendo que el Derecho es una disciplina que trabaja con otras; tan solo de esa manera es posible entender la dinámica social y acercarse a los conceptos señalados. Es evidente que en la actualidad, el derecho no puede ser percibido de forma aislada; su comprensión depende de la forma del Estado, así como de los valores que lo permean. Ramírez (2009) afirma al respecto de este propósito: “su objeto gira en torno al tipo de Estado y a la distribución de poder que lo caracteriza, y su desarrollo depende en gran medida de los valores sociales. Es decir, el derecho está estrechamente vinculado con el ideal de justicia que adopta una sociedad y con los mecanismos que ésta utiliza para realizarla” (RAMÍREZ, 2009, p. 27).

El derecho siempre está ligado a la evolución del Estado y a las formas políticas que se adopten, por lo que el Estado debe ser activo y con iniciativas sociales sobre todo en los conflictos. Damaska (2005), al pronunciarse frente al Estado activo, afirma: “El Estado activo se preocupa por dirigir la sociedad, su actividad se centra en programas de bienestar, los problemas y los valores de la sociedad se disuelven en la estructura estatal. No es un administrador de conflictos, sino de iniciativas sociales. El derecho es autoritario, se esfuerza en fórmulas con las cuales se pueden conseguir objetivos, se dice al ciudadano qué hacer y cómo comportarse. Consecuencialmente, el derecho se refunde con el deber y el proceso llega a ser independiente de la resolución del conflicto, no se puede negar que el conflicto es para el funcionario una válida oportunidad para la intervención del Estado” (DAMASKA, 2005, p. 135).

Indefectiblemente, la finalidad pública del proceso acude a conceptos básicos de raigambre constitucional como son el Estado social de derecho, la dignidad humana, la justicia y la igualdad (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991); llevando implícito que la decisión que resuelva un conflicto debe cimentarse en tales postulados. Por lo tanto, el proceso no es un simple instrumento, debe priorizar que la decisión judicial (sentencia) sea justa y ello se logra bajo ciertos presupuestos. Para Taruffo (2005) estos consisten en “la determinación con veracidad de los hechos fundantes del conflicto, la enunciación de medios de prueba adecuados y su correcta valoración, la adecuación de un procedimiento válido para el caso y, por último, la interpretación válida del conjunto de normas sustanciales que fundamentarán los argumentos de la decisión” (TARUFFO, 2005, p. 102), quedando expuesta una dimensión del debido proceso en un sistema de garantías constitucionales, donde la conjunción entre derecho procesal y derecho sustancial dependen del rol del juez; entonces, el eje prioritario del proceso es la sentencia, puesto que “nada hay más sustancial en la vida del derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia” (SENTÍS MELENDO, 1978, p. 19).

Así, la finalidad pública del proceso es explicada por el “juez” Taruffo (2006) de la siguiente manera: “le corresponde al juez ya no un papel de árbitro pasivo que se limita a pitar las faltas cometidas por las partes, sino un papel de organización y administración activa, y no solo de control, del desarrollo del proceso” (TARUFFO, 2006, p. 67) y ello hace al juez activo, dinámico y con amplias potestades al interior del proceso. Concluyendo que la finalidad pública implica que el objeto del mismo debe estar dirigido a la obtención de la justicia, logrando igualdades reales, no dejando que la definición de los conflictos dependa de las partes más fuertes y que, en palabras de La China (2005), “propender por que [sic] sus procedimientos sean adaptados a las nuevas exigencias de justicia, fortaleciendo una igualdad más real y menos formal de partes, y evitando el control de las partes económicamente fuertes o de los abogados más astutos” (LA CHINA, 2005, p. 63).

2.2. FINALIDAD PRIVADA DEL PROCESO

Para Goldschmidt (1936, p. 54), la finalidad del proceso es la tutela judicial que el demandante pretende del Estado, con la lógica de entender que lo que se resuelve son conflictos entre sujetos con intereses opuestos y que para ser atendido basta garantizar igualdad de oportunidades, sin que sea lo más importante la justicia en la decisión. Así, la finalidad del proceso se concreta en la eliminación del conflicto. Arazi (1998, p. 132), citando a Eisner y Wach, expone que la finalidad del proceso no es la averiguación de la verdad, si no tan solo la resolución del conflicto.

Esta finalidad del proceso tiene como eje la autonomía de los sujetos del proceso, su voluntad para la iniciación, así como el uso de las oportunidades que les da la ley para actuar al interior del mismo. Montero Aroca (1996, p. 303) lo expone señalando: “si los particulares determinan el contenido de sus relaciones materiales y son titulares de derecho subjetivos, el acudir o no a órganos judiciales del Estado, y con ellos al proceso, es algo que depende de la

libre voluntad del particular, el cual debe decidir qué es lo mejor para él mismo y para sus relaciones y derechos”.

Entonces, si el objeto del litigio es de las partes, quienes conservan su exclusividad en la discusión que se lleva a juicio, la actividad judicial debe ser mínima o al menos abstenerse de realizar actividades que les correspondan a ellas, ya que cualquier exceso en tales actuaciones conlleva a eventuales afectaciones en cuanto a la imparcialidad del juez y al principio de igualdad.

3. ANOTACIONES A LA FINALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el juicio contencioso administrativo, lo normal y frecuente son los juicios con pretensiones que tienen una lógica de ser un conflicto intersubjetivo de intereses, cuya discusión de la finalidad del proceso se mantiene como si fuera un proceso civil, aplicando las tesis de finalidad pública o privada del proceso. Sin embargo, existen procesos con elementos potenciadores y con una finalidad pública, ya que exceden el propósito de ser meramente resueltos por parte de la autoridad judicial. Este fenómeno se presenta en algunos medios de control, en que la naturaleza de las pretensiones requiere una resolución judicial que lleva implícita la protección del ordenamiento jurídico, la legalidad en abstracto, derechos colectivos e intereses públicos; siendo que lo que allí se resuelva por parte del juez tiene efectos en toda una comunidad.

3.1. FINALIDAD EN LOS MEDIOS DE CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Los medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, otrora denominadas acciones, se encuentran normativamente ubicados desde el artículo 135 a 148 del CPACA, y de los cuales se destacan los siguientes:

- **Nulidad por inconstitucionalidad**

Consagrado en el artículo 135 del CPACA, cuyo fundamento es el artículo 237-2 constitucional, así como los artículos 37 Numeral 9, 43 y 49 de la ley 270 de 1996; en que se hace un control de constitucionalidad de: i) decretos del gobierno nacional cuya competencia no haya sido asignada a la Corte Constitucional, y ii) de los actos de carácter general expedidos por expresa disposición constitucional por entidades y órganos distintos al gobierno nacional. Así las cosas, el control refiere a una confrontación directa de la decisión con la Constitución Política, tratándose entonces de un control objetivo, en el que aparecen características que proporcionan una importante información frente a la finalidad del proceso o, si se quiere, a la finalidad de la pretensión; se trata de una acción pública y los efectos de la sentencia son *erga omnes*.

• El control inmediato de legalidad

Su fuente normativa es el artículo 20 de la ley 137 de 1994 y el artículo 136 del CPACA, que refiere a un trámite obligatorio que debe llevar a cabo la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos); se adelanta contra las decisiones de carácter general en ejercicio de función administrativa y que se profieren para desarrollar los decretos legislativos durante los estados de excepción. Tal control se dirige a verificar la competencia, el cumplimiento de requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas tomadas con las causas que originaron la decisión, su transitoriedad, la proporcionalidad, y su contenido con el resto del ordenamiento jurídico (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 3 de mayo, 1999).

La ley 2080 de 2021, por medio del artículo 23, adicionó el artículo 136A al CPACA, teniendo control automático e integral de los fallos con responsabilidad fiscal provenientes de las contralorías, los que a pesar de ser decisiones patrimoniales con destinatarios específicos, estarían sometidos a este control.

Se trata de un control objetivo e integral de legalidad y constitucionalidad, que inicia sin necesidad de demanda, con fines o intereses de protección del ordenamiento jurídico en abstracto y con efectos generales respecto de la providencia que resuelve el trámite. Es indudable que en él se plasma una evidente finalidad pública de proceso. Sin embargo, es necesario precisar que el Consejo de Estado ha inaplicado por inconstitucionales los artículos 23 y 45 de la ley 2080 (CONSEJO DE ESTADO, Auto de Unificación 29 de junio, 2021).

• Nulidad

Se conoce como la pretensión del contencioso de carácter objetivo (PALACIO, 2013, p. 273). Es el medio de control rogado por excelencia, dirigido a controvertir las decisiones administrativas de contenido general, sin perjuicios de que excepcionalmente se puedan acusar otros actos (C-426 de 2002). Lo caracteriza su finalidad de protección del ordenamiento jurídico superior en abstracto, pues su única pretensión es el restablecimiento del orden jurídico; la demanda pretende retirar, mediante la decisión judicial, un acto administrativo que se considera que desconoce normas de superior jerarquía o atenta contra las normas en que se debía fundar; con una legitimación por activa pública, al permitirse incoar la demanda por cualquier persona, sin caducidad y los efectos de fallo son *erga omnes*.

La regla que delimita las facultades del juzgador es lo que se conoce como justicia rogada; según el Consejo de Estado, en la Sentencia de 13 de agosto (1992):

La jurisdicción contenciosa administrativa es, por esencia, rogada, lo que significa que es el demandante en el señalamiento que hace de las normas transgredidas y en el concepto de violación que expone, quien establece el marco de juzgamiento. No le es permitido al fallador confrontar el acto acusado con disposiciones no invocadas en el libelo, ni atender

conceptos de violación diferentes a los en él contenidos, vale decir, que al sentenciador sólo le hable analizar el citado acto a la luz de las normas que se señale[n] como infringidas y por las razones planteadas en la demanda.

En tanto, solo le es posible hacer manifestación judicial sobre los argumentos expuestos en el libelo, sin acudir a la totalidad del ordenamiento jurídico, ni declarar vicios de legalidad no acusados.

La finalidad pública en el proceso con pretensión de simple nulidad es palpable, pues excede esa mera intención de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses.

• **Nulidad electoral**

Pretende retirar de la vida jurídica los actos de nombramiento, de elección popular o los proferidos por cuerpos electorales y de los de llamamiento a proveer vacantes, en esencia sus características son similares al medio de control de simple nulidad, pues es pública en cuanto a su legitimación, los efectos de fallo son *erga omnes* y opera la regla de justicia rogada; diferenciándose en que el término (caducidad) para acudir a la jurisdicción es bastante restringido, pues tan solo se cuenta con 30 días.

• **Controversia contractual**

La regla general de la naturaleza de esta pretensión es de considerarse un proceso dirigido a resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, en que la discusión que se pone a consideración del juez, refiere a resolver las diferencias entre las partes del contrato. Sin embargo, tratándose de la pretensión de nulidad absoluta del contrato, la podrá pedir el ministerio público o un tercero que debe acreditar un interés directo en el proceso; el juez podrá declararla de oficio, en cualquier controversia contractual, cuando la encuentre demostrada y en dicho proceso hayan intervenido las partes del contrato o sus causahabientes.

En la controversia contractual con la pretensión de nulidad absoluta del contrato, la finalidad del proceso tiene un matiz mucho más público que privado.

• **Pérdida de investidura**

Se adelanta contra los congresistas, los diputados, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales, por considerar que su conducta es atentatoria de la ley, pues viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o ha incurrido en conflicto de intereses, o ha incumplido o extralimitado las funciones propias de su cargo.

Tiene una legitimación en la causa por activa abierta, en tanto puede iniciar el proceso la Mesa Directiva de la Corporación respectiva, cualquier ciudadano o el Ministerio Público. Procede en cualquier tiempo mientras se ejerza el cargo.

• **Protección de los derechos e intereses colectivos**

La acción popular es un proceso que se ventila ante la jurisdicción contenciosa administrativa, aunque es posible que se tramite ante la jurisdicción ordinaria (cuando no haga parte del conflicto una entidad pública). Se ejerce por cualquier persona y tiene una marcada finalidad pública, en razón a que se adelanta al considerar lesionado o puesto en peligro un derecho colectivo, buscando que se tomen las medidas para evitar el daño contingente o restablecer las cosas a su estado anterior, de ser posible.

• **Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos**

Puede ser ejercida por cualquier persona que encuentre que de una ley o un acto administrativo se desprende la obligación de hacer o de no hacer a cargo del Estado, que es clara, expresa y exigible, y que se ha abstenido de materializarla.

• **Nulidad de las cartas de naturaleza y de las providencias de autorización de inscripción**

Es un medio de control impugnatorio de legalidad, y que busca la declaratoria de nulidad judicial, por considerarse ilegal la decisión que concede la nacionalidad colombiana por las causales que señala la ley 43 de 1993, y una de sus principales características es que puede ser formulada por cualquier persona.

En los medios de control referenciados, al menos por sus pretensiones y su legitimación por activa, no es fácil sostener que la finalidad del proceso es tan solo resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, o de un litigio simplemente *inter partes*, razón por la cual, la finalidad tiene un matiz público, pues no solo se busca la justicia, la verdad y todos los argumentos que señalan los exponentes de la publicización del proceso, sino que los destinatarios de las decisiones no son única y exclusivamente las partes intervinientes o, si se quiere, es equivocado pensar que la finalidad del proceso es la que define la postura y comportamiento del juez y de las partes; el activismo se fundamenta realmente en la importancia y en la finalidad de la pretensión.

4. ACTUACIONES DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Son muchos los aspectos que se presentan en el proceso ante lo contencioso administrativo, aun en la mayoría de los medios de control se sigue la cuerda procesal del proceso ordinario que regula la ley 1437 de 2011. Sin embargo, existen normas especiales para algunos procesos (dependiendo del medio de control) o también puede surgir la obligación por remisión expresa o por ausencia de norma para que, en un trámite o fragmento de él, se haga aplicación normativa de ley general, como lo es la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), lo que

implicaría una infinidad de actuaciones tanto de las partes como del juez. Por lo tanto, se hace necesario delimitar un análisis de las actuaciones que se consideran esenciales, dejando notar la influencia de un sistema inquisitivo o dispositivo, o si se requiere actuación de parte o no, o si se encuentra dentro de la órbita de las actuaciones del juez, tal como se verá a continuación.

4.1. INICIACIÓN DE PROCESO

El rasgo definitorio del sistema que permea el proceso judicial es la iniciación de proceso, de ahí se decanta quién es el interesado en la búsqueda de administración de justicia y en quién pone en movimiento la función jurisdiccional. Bajo esta lógica, se esquematiza lo ocurrido en el proceso contencioso administrativo, señalando grados de intensidad en la participación de sujetos calificados para iniciarlo o, si se quiere, una legitimación en la causa rigurosa o se trata de un proceso sin participación de un sujeto, tomando como punto de partida la presentación de la demanda.

4.1.1. MÍNIMA INTENSIDAD

Se considera que estos procesos corresponden a un trámite judicial que no requiere actuación que implique la presentación de una demanda, siendo el inicio del proceso tan solo una carga legal que es entregada al juez. En estos casos existe una menor o nula carga de las partes.

• El control inmediato de legalidad (artículo 136 CPACA)

Se inicia cuando las autoridades que profieren los actos administrativos los envían a la autoridad judicial (dentro de las cuarenta y ocho horas de la expedición) y, a falta de envío, es la misma autoridad judicial quien aprehende de oficio el conocimiento. Para el inicio no requiere demanda y es una actuación que se debe adelantar por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado lo explica afirmando: “iii) Como control oficioso se señala que según el inc. 2º del art. 20 de la Ley 137 de 1994 las autoridades competentes que expidan las medidas administrativas sujetas a control de legalidad, las enviarán a la jurisdicción contenciosa administrativa, ‘dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición’”. Quiso el legislador que el examen de legalidad no necesitara la iniciativa de los particulares, aunque no la excluye; basta que las normas sean expedidas para que surja la competencia de esta jurisdicción y la obligación de la autoridad que profiere remitirlas a examen. Luego, si la autoridad ejecutiva incumple su deber legal de enviarlas a esta jurisdicción, dentro del término de las 48 horas siguientes a su expedición, el juez administrativo está facultado para asumir el examen de las mismas en forma oficiosa o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona” (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 3 de mayo, 1999).

El artículo 23 de la ley 2080 de 2021 adicionó el artículo 136A del CPACA, e impuso a las contralorías el deber de enviar ante la jurisdicción contenciosa, los fallos con

responsabilidad fiscal con sus antecedentes administrativos para efectos de un control automático e integral de ellos; indicativo que no exige demanda o iniciación de los afectados por esos fallos, avizorándose un control de oficio por parte de la jurisdicción.

• **Control por vía de excepción (artículo 148 del CPACA)**

Según la Corte Constitucional, en Sentencia C – 037 de 2000, “se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-037, 2000). A pesar de encontrarse en el Título III de la Parte Segunda del CPACA, en el que se hace referencia a los medios de control, entendidos en síntesis como las pretensiones viables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el control por vía de excepción refiere más bien a una facultad del juez de lo contencioso administrativo para que, en todo proceso que se encuentre bajo su conocimiento, inaplique, con efectos *inter partes*, actos administrativos cuando resulten violatorios del ordenamiento jurídico superior (excepción de ilegalidad).

4.1.2. MEDIANA INTENSIDAD

Aquí se clasifican los medios de control que, si bien requieren la presentación de una demanda, lo que implica el ejercicio del derecho de acción; en cuanto a la legitimación, tienen amplia cabida de sujetos, pues no tienen un interesado en concreto.

• **Nulidad por inconstitucional (artículo 135 CPACA)**

Puede ser instaurada por cualquier ciudadano, permitiendo entender la existencia de una amplia legitimación por activa. Por su parte, el juez no estará limitado en su control a las normas enunciadas en el escrito de demanda y podrá referirse a las normas que a su juicio conformen unidad normativa con las normas demandadas.

• **Nulidad simple (artículo 137 CPACA)**

Aquí se da una amplísima legitimación para poner en movimiento la jurisdicción, la ley permite que la demanda sea formulada por cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada. Ocurre lo mismo con la nulidad de las cartas de naturaleza y las resoluciones de autorización de inscripción (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 147), la protección de los derechos e intereses colectivos (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 144), el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 146) y la nulidad electoral (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 139).

• **Pérdida de investidura** (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 143)

En este caso, se debe formular solicitud (demanda) ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los legitimados son la Mesa Directiva del Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Municipal, y Junta Administradora local según corresponda; la ley también autoriza a cualquier ciudadano y al Procurador General de la Nación o a sus delegados (CONSTITUCIÓN NACIONAL, Artículo 277, Numeral 6 y 7). Lo mismo ocurre con el medio de control de Repetición (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 142), siendo común que se formule por la entidad pública que ha cancelado en su totalidad una obligación impuesta en una condena, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto y que le genere obligaciones. Sin embargo, si la entidad pública no lo hiciera, la demanda puede ser formulada por el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y del Derecho (a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación); cualquier persona podrá requerir a los legitimados para que presenten la respectiva demanda (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 678, 2001).

• **Controversia contractual** (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 141)

Si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato, la ley habilita para la presentación de la demanda, además de las partes del contrato, al Ministerio Público o un tercero que acredite interés directo; el juez podrá declararla de oficio cuando se encuentre probada en el proceso, siempre que los contratantes hayan participado al interior del juicio. Para los efectos del presente escrito, se debe precisar que la iniciación del proceso en ningún caso es por iniciativa judicial y que lo consagrado es una facultad del juez de declarar la nulidad de un contrato aun cuando no haya sido pedida.

4.1.3. MAYOR INTENSIDAD

Para estos procesos se requiere no solo la presentación de la demanda, sino una rigurosa legitimación en la causa, pues solo pueden iniciar el proceso los directos afectados por el hecho, acto o contrato según corresponda.

• **Nulidad y restablecimiento del derecho** (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 138)

El inicio del proceso debe ser formulado por la persona o personas que son directamente lesionadas o afectadas en sus derechos con ocasión a la expedición de un acto administrativo, Santofimio Gamboa afirma: “La naturaleza subjetiva de la acción implica la presencia de una persona determinada que se considere lesionada en sus derechos, esto es, exige

una legitimación precisa o concreta, de aquí que se indique así mismo que la acción ostenta la característica de individual, en el sentido de que va a producir efectos exclusivamente frente a lo pedido respecto de los derechos vulnerados a un sujeto determinado”(SANTOFIMIO, 2004, p. 203).

• **Reparación Directa** (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 140)

Para la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, se debe accionar ante la jurisdicción con la presentación de la respectiva demanda; solo deben formularla los directos afectados del hecho, omisión, operación administrativa, ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o cualquier otra causa imputable al Estado.

• **Controversia contractual** (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 141)

Al igual que en la mayoría de casos, para poner en ejercicio la función jurisdiccional se requiere la presentación de una demanda. Si la pretensión es que se declare la existencia o la nulidad, se ordene la revisión, incumplimiento, la nulidad de los actos administrativos contractuales o que se condene a indemnización de perjuicios; los legitimados para proponerlo son el contratista y contratante, de la misma forma ocurre si la pretensión es la de liquidación judicial a falta de liquidación bilateral o unilateral.

• **Reparación de perjuicios causados a un grupo** (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 145)

La acción de grupo como mecanismo indemnizatorio requiere la presentación de una demanda, que deberá ser interpuesta por cualquiera que pertenezca a un grupo superior a 20 personas que reúnan condiciones de uniformidad respecto de la causa que les generó perjuicios.

5. CONFORMACIÓN DEL CONTRADICTORIO

Este apartado hace referencia a quiénes son los sujetos que deben participar del proceso contencioso administrativo y quiénes definen tal participación.

Como precisión inicial, es necesario indicar que se excluye de este estudio el proceso de control automático de legalidad (CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Artículo 136), puesto que no tiene accionante ni demandado; el proceso versa tan solo sobre la legalidad abstracta de los actos administrativos en los cuales recae el control oficioso.

La principal definición de los que deben comparecer al proceso, le corresponde al demandante, quien con su escrito introductorio señala quiénes acuden a la jurisdicción (accionantes) y quiénes deberán comparecer como demandados, esto surge como resultado del estudio de la capacidad para ser parte y de legitimaciones en la causa, siendo inicialmente un presupuesto procesal al no referir ni a la pretensión ni a la sentencia. Sin embargo, de no cumplirse, impide un pronunciamiento de fondo, es decir, es un presupuesto necesario para constituir un proceso válido. Enrique Vescovi afirma: “No se trata entonces, como la expresión (presupuestos procesales) podría hacer creer, de condiciones sin las cuales no se forma la relación procesal; son más bien requisitos sin los cuales no se puede pronunciar una decisión de fondo, de carácter válido” (VESCOVI, 1984, p. 94). De lo anterior, el actor puede cumplir con el presupuesto procesal de la legitimación en la causa cuando en el escrito de demanda se manifieste la relación jurídica que parte de la atribución de una conducta y de la notificación del auto admisorio de la demanda “de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquel a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda” (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 23 de abril, 2009). Además, constituye un presupuesto material, entendido en términos generales como “condiciones que se requieren para que la sentencia sea favorable al que las reúne, sin afectar la validez del proceso” (AGUDELO RAMÍREZ, 2007, p. 281). Es la participación efectiva, real de los sujetos en el hecho, que origina la presentación de una demanda, sin tener en cuenta si dichas personas han o no demandado (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 31 de octubre, 2007), lo que haría necesario que la legitimación en la causa sea corroborada mediante el presupuesto axiológico (Confrontación del derecho con los hechos y la prueba) de la pretensión, constituyéndose en la confrontación de la afirmación hecha en la demanda y el real nexo de causalidad entre el daño y la entidad demandada. El Consejo de Estado señala:

[...] la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento este en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores [...]. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 23 de abril, 2009)

Si se configura una falta de legitimación en la causa de hecho o material, se resolverá en el proceso. Si el juez considera que se configura la primera (de hecho), se resolverá mediante sentencia anticipada (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 175, Parágrafo 2), y la segunda (material) se resolverá en la sentencia.

Ahora bien, en los eventos en que el actor no señale acertadamente quiénes van a fungir como demandantes o demandados, le corresponde al juez conformar el contradictorio, lo cual se puede hacer desde el auto admisorio de la demanda (COLOMBIA, Ley 1437, 2011, Artículo 171 Numeral 3) y teniendo en cuenta que el CPACA en su Parte Segunda, Título V, Capítulo X, Artículos 223 a 228, regula de forma concreta: i) la coadyuvancia para el medio de control de simple nulidad; ii) la coadyuvancia, litisconsorcio facultativos, intervención *ad excludendum*, para los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, y controversias contractuales; iii) llamamiento en garantía y iv) el impugnador o coadyuvante para la nulidad electoral; denominándolos como “terceros”. Sin embargo, ninguna anotación se hace respecto al litisconsorcio necesario con la lógica que éste es parte y no tercero, razón por la cual se acude a la aplicación de la ley 1564 de 2012 CGP, en lo que refiere al litisconsorcio necesario (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1564 de 2012, Artículo 61), por la remisión que le hiciera el CPACA, a falta de regulación normativa propia.

Adicionalmente, el juez puede conformar el contradictorio, si la parte demandada excepcionó la falta de integración de litisconsorcio necesario (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1564 de 2012, Artículo 100 Numeral 9 del C.G.P), que se resuelve mediante auto escrito si no requiere pruebas, o en la audiencia inicial si requiere practicarlas (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437 de 2011, Artículo 175 modificado por el Art. 38 de la ley 2080 de 2021). E incluso es posible que el juez ordene la conformación del contradictorio por encontrar probada la causal de nulidad a la que hace referencia el Numeral 8 del Artículo 133. Es decir, cuando el proceso se ha adelantado sin notificar el auto admisorio de la demanda a todos los demandados, el juez a petición de parte o de oficio debe convocarlos si no se ha dictado sentencia de primera instancia, otorgando el mismo término del demandado para contestar la demanda (COLOMBIA, Ley 1564, 2012, Artículo 61), aún más, si el no citado reclama la nulidad con posterioridad a la sentencia por falta de conformación del contradictorio, es posible nulitar o invalidar la sentencia, remitiendo el expediente ante el juez de primera instancia para que proceda a integrarlo y proferir nuevamente la decisión (COLOMBIA, Ley 1564, 2012, Artículo 134).

La anterior perspectiva indica que la conformación del contradictorio se perfecciona en los mismos términos que en el proceso civil con la lógica del código general del proceso, sin embargo, no son pocos los casos en que la aplicación de tal normativa, sin más, se lleva por delante a instituciones consolidadas propias del proceso contencioso administrativo, como la caducidad y la falta de agotamiento de los requisitos de procedibilidad, que suelen ser tratadas rigurosamente por el juez de lo administrativo, pero desconocidas al momento de conformar el contradictorio por su parte.

6. DE LAS PRUEBAS QUE LLEGAN AL PROCESO

Las oportunidades probatorias establecidas en el procedimiento contencioso administrativo (COLOMBIA, Ley 1437, 2011, Artículo 212) definen los momentos para solicitarse e incorporarse las pruebas y permiten inferir las partes o sujetos que actúan para llevarlas al proceso.

La presentación de la demanda, la reforma, la oposición a la excepciones y la contestación a la demanda de reconvención son los momentos en que el demandante aporta pruebas o las solicita para que sean incorporadas; la contestación a la demanda, la reforma de la demanda y la formulación de demanda de reconvención, son la oportunidad de la parte demandada. De la misma manera, en los incidentes y sus respuestas, en lo que a ellos refieran, las partes podrán aportar o solicitar pruebas, dependiendo de quién sea la persona que promueve el incidente.

En la segunda instancia, las partes podrán: i) de común acuerdo pedir o aportar pruebas; ii) pedir la práctica de pruebas que fueron negadas en primera instancia o que, no obstante ser decretadas, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las solicitó. En este último supuesto, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que le faltan para su perfeccionamiento: iii) para probar hechos ocurridos con posterioridad a la oportunidad de pedir pruebas en primera instancia; iv) pruebas que no se pudieron pedir en primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria; y v) para desvirtuar las pruebas antes enunciadas (iii y iv).

En cuanto a la actuación del juez, el proceso contencioso administrativo cuenta con norma expresa que autoriza la iniciativa judicial probatoria (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 213); pudiendo ejercerla cuando la considere necesario para el esclarecimiento de la verdad.

No es una facultad, sino un deber. Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer asuntos indefinidos de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material. 24. Cabe recordar que en el caso de la jurisdicción contencioso administrativa se trata de la autoridad que, por vía judicial, controla la actividad de la administración pública. De tal forma le corresponde, de manera protagónica, la protección y salvaguarda del principio de legalidad, entendido como la garantía de que todas las actuaciones del Estado respeten el ordenamiento jurídico y con esto se alejen de la arbitrariedad. (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-113, 2019)

Lo anterior se da en conjunción con las pruebas solicitadas por las partes, es decir, en la audiencia inicial (primera instancia), el juez no está facultado para decretar pruebas de

oficio si las partes no han solicitado pruebas, en la segunda instancia solo podrá decretarlas si son procedentes las pedidas por las partes. Cuando el proceso esté para proferir sentencia de primera o segunda instancia, la iniciativa judicial probatoria se da mediante decisión auto de mejor proveer con la finalidad de esclarecer puntos oscuros del debate. Al respecto, el Consejo de Estado ha afirmado: “está sometido al arbitrio del juez, pues hace parte de su poder instructivo facultativo, en contraste con el impositivo que propende por el esclarecimiento de la verdad dentro de las instancias y bajo el *iter* de la facultad instructiva propiamente dicha – no en la excepcional que se analiza” (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 9 de febrero, 2017).

La ley procesal administrativa le impone al demandado que, con la contestación de la demanda, allegue el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso; si se trata de un caso de responsabilidad médica, es necesario adjuntar copia de la historia clínica, agregando la transcripción completa y clara de la misma (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 175, par. 1), en la práctica, esto suele ser ordenado por el juez, en el auto admisorio de la demanda.

Valga anotar que aparte de lo expuesto por las normas del CPACA no existen unos lineamientos claramente determinados para definir la procedencia de la prueba de oficio, sin duda, el juez o, mejor, el criterio del juez, juega un papel fundamental en tanto prefiera ser un director del proceso activo o un juez garantista y cauteloso. En esa órbita, son variados y serios los argumentos que suelen presentarse para sustentar las posturas, haciendo apasionante este tema y agudizando la discusión entre el activismo judicial y el garantismo procesal. Por regla general, los argumentos que acompañan tales posturas son los traídos por la doctrina del derecho procesal civil, en que se soportan por una parte: i) el valor superior de la justicia como objetivo de la jurisdicción; ii) la prevalencia del derecho sustancial; iii) el derecho fundamental a la prueba como especie del debido proceso; iv) lealtad procesal y la protección del usuario de la jurisdicción, que avalan un juez activo, por otra parte, tratándose de un juez garantista: i) la afectación de la carga de la prueba; ii) la alteración del equilibrio procesal; y iii) la afectación de la imparcialidad como principio rector del operador judicial.

Los argumentos anteriores se mueven entre los contenidos de los sistemas procesales (inquisitivo o dispositivo) y la finalidad del proceso (pública o privada), aún más en la aceptación y el hecho de tomar postura por parte del juez frente a ellos. Sin embargo, es importante analizar los argumentos desde el núcleo de instituciones jurídicas a las que pertenecen; plantearse si la iniciativa probatoria judicial puede ser evaluada dependiendo del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado o si tal iniciativa puede darse desde la finalidad del medio de control (pretensión).

La responsabilidad extracontractual del Estado se ha cimentado especialmente en la doctrina del Consejo de Estado, que, a su vez, ha tomado los principios constitucionales y la jurisprudencia foránea, fijando, dentro del régimen de responsabilidad subjetiva, el

título de imputación de falla del servicio, que puede ser probada o presunta, es decir, son los parámetros de la construcción y evolución de toda la teoría que se ha sostenido sobre la idea de que quien debe probar la falla del servicio es el demandante, en la falla del servicio “*probada*” o le corresponde al demandado, en tanto tenga que probar su actuar conforme a las normas en el supuesto de la falla del servicio “*presunta*”. Lo anterior obliga a cuestionar si el papel del juez debe ser activo o no. El Consejo de Estado respecto al tema ha señalado:

En este orden de ideas, la Sala ha concluido que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en eventos como estos y de manera excepcional, la Sala ha considerado procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, actualmente desarrollado por el art. 167 C.G.P, que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado —, por resultar la regla en él contenida, en el respectivo caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial. (CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 9 de febrero, 2011)

Tal lógica indica que la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, especialmente la de falla en la prestación del servicio, tiene dentro de sus elementos estructurales, reglas respecto a las cargas probatorias, incluyendo la carga dinámica de la prueba. Lo anterior implica que la participación del juez para probar la falla o un comportamiento de la entidad conforme a derecho, rompiendo la presunción de la falla, desnaturaliza los elementos de la teoría.

El medio de control, en cuanto a su naturaleza y finalidad, aporta elementos que permiten determinar la mayor iniciativa probatoria por parte del juez; como en las pretensiones que se tramitan en la jurisdicción contenciosa administrativa que no tienen demandado o en el control automático de legalidad (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 136 y 136A adicionado por la ley 2080 de 2021). También, en los medios de control de nulidad electoral, simple nulidad o una nulidad por inconstitucionalidad,¹ donde la misma Corte Constitucional ha expuesto que la prueba de oficio adquiere especial relieve

...

1 Ver, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado: Sentencia. Radicación 7974 (AC) (1 de febrero de 2000), Sala Plena. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia. Radicación AC-10528 y AC-10967 (5 de febrero de 2001), Sala Plena. C. P. Germán Ayala Mantilla. Sentencia. Radicación 6587 (16 de noviembre de 2001), Sección

cuando se trata de acciones públicas orientadas a salvaguardar la legitimidad de procesos electorales o la efectividad de derechos políticos, destacando el deber de activar sus poderes oficiosos en procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-654, 1999, Sentencia SU-774, 2014).

7. TERMINACIÓN DEL PROCESO

La terminación del proceso con la decisión “sentencia” es una clara actuación que corresponde al juez y la máxima manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo que es necesario estudiar las formas de terminación anormales del proceso, partiendo de cada uno de los medios de control y adentrarse en qué tanto le deja la ley a la voluntad de las partes.

7.1. PROCESOS QUE REQUIEREN TERMINACIÓN SIEMPRE CON SENTENCIA

- **Control automático de legalidad**

Por la naturaleza del control judicial que se realiza (control abstracto de legalidad), ya que no inicia con demanda, sino por que tan solo se envía a la jurisdicción el acto administrativo objeto de control o porque es requerido por la jurisdicción, no es posible la procedencia de figuras como el desistimiento, conciliación, transacción, ni cualquier otra forma de terminación anormal del proceso, siendo únicamente la decisión “sentencia” que realice dicho control de legalidad.

- **Nulidad por inconstitucionalidad**

Una vez iniciado el proceso con la respectiva demanda, al tratarse de una acción pública, cuyo objeto es el de proteger la Constitución, la única forma de terminación es con sentencia.

- **La nulidad simple**

Es un control objetivo de legalidad y que lleva inmerso un interés general de la comunidad, no es desistible (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 25, 1928, Artículo 14). Esto lo explica el Consejo de Estado, señalando que no procede el desistimiento de las pretensiones, en consideración a que se trata de acciones públicas, en las que prevalece el interés general de salvaguardar el ordenamiento jurídico, la misma institución ha indicado

...

Primera. C. P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Auto audiencia inicial. Radicación 11001032800020150000800 (7 de septiembre de 2015), Sección Quinta. C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

que las normas especiales aplicables a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no regulan la figura del desistimiento, razón por la que debe acudir a normas generales. Sin embargo, al estudiarla, se encuentra que tal figura procesal es incompatible con la naturaleza del medio de control de simple nulidad (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 12 de diciembre, 2012). Tal argumento de interés general, se hace extensivo para argumentar que las pretensiones de este proceso no son conciliables ni transigibles.

- **La nulidad electoral**

El objeto de esta pretensión es un control de legalidad de las decisiones de elección o nombramiento de los funcionarios públicos, en tanto no reúnan las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico para ocupar un cargo o cuando se ha llevado a cabo desconociendo las normas que lo regulan. En tal sentido, una vez admitida por el juez, no permite desistimiento (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 280), ni transacción o conciliación.

- **Pérdida de investidura**

No es procedente el desistimiento, ni retiro de la demanda, ni transacción, perención, ni conciliación, y ello se justifica por el contenido de carácter general de la pretensión: “tiene un gran cometido de carácter general, cual es la depuración de la dinámica congresual mediante la transparencia en la forma de acceso o en la gestión que realicen sus miembros; por este camino se alcanzará otro objetivo, cual es la legitimación del Congreso de la República y, con ello, la revitalización del sistema democrático” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-237, 2012).

- **Controversias contractuales**

Si la pretensión de este medio de control es la nulidad absoluta del contrato, solo es procedente el pronunciamiento de fondo por parte del juez.

7.2. PROCESOS QUE REQUIEREN SENTENCIA, DEJANDO A LAS PARTES UN PEQUEÑO MARCO DE ACTUACIÓN

- **Protección de los derechos e intereses colectivos (acción popular)**

Por ser de naturaleza pública, en que el demandante acude a la jurisdicción no en protección de un derecho subjetivo propio, siendo que lo pretendido es la protección a un derecho de interés colectivo, no es procedente el desistimiento. Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

[...] el desistimiento de la demanda no es procedente en las acciones populares, por cuanto se opone a la naturaleza y finalidad de éstas, ya que en las acciones populares se persigue la protección de los derechos e intereses de una colectividad. Por consiguiente, si una persona tuvo la iniciativa de presentar una demanda en ejercicio de la acción popular, mal podría pensarse en la procedencia del desistimiento de la demanda si se atiende a la naturaleza de las pretensiones que se invocan en la misma, encaminadas a la protección de derechos colectivos que se encuentran en cabeza de una comunidad, a la que son vulnerados o amenazados como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. [...] En síntesis, considera la Sala que la figura del desistimiento no tiene cabida en las acciones populares, en atención a la naturaleza colectiva de los derechos para cuya protección fueron instituidas aquellas por el constituyente, dado que su contenido y finalidad no es de orden personal o particular, sino, precisamente de naturaleza colectiva, de allí que la titularidad de dichas acciones sea igualmente popular”. (CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 10 de Julio, 2003)

Por dicha razón, se puede sostener que no es viable la transacción, ni ninguna otra forma de terminación del proceso, ni siquiera la conciliación; puesto que la figura que trae la ley 472 de 1998 es el pacto de cumplimiento que, aunque con algunas características similares a la conciliación, no puede entenderse como iguales, ya que partiendo de la finalidad de la acción popular, el actor no puede disponer de tales derechos en juego, ni renunciarlos ni negociarlos (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 15 de abril, 2010). El pacto de cumplimiento es una formula diseñada por las partes, ella se aprueba mediante sentencia, que deberá atender la protección de los derechos por los que se acudió a la acción popular.

7.3. FORMAS ANORMALES DETERMINACIÓN DEL PROCESO

Aunque, en gran medida, se deja a las partes la decisión, conducta o comportamiento, siempre se requiere la decisión judicial mediante un “auto” que la decreta, con un control de legalidad que suele ser muy riguroso para algunos medios de control.

• Nulidad electoral

Aún con la anotación que se hizo frente a este medio de control, en el sentido de que requiere sentencia de manera obligatoria, se debe precisar que es procedente lo que se conoce como “abandono” y ello se da al inicio del proceso, en los eventos en que se debe notificar al elegido o nombrado mediante aviso en un periódico de amplia circulación, por existir imposibilidad de notificación personal o por desconocimiento de dirección para tal fin, pues la ley le impone al demandante tales publicaciones y, de no hacerlo, genera la

terminación del proceso por abandono (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 277).

• **Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos**

Según la norma especial aplicable, ley 393 de 1997, en esta pretensión es posible la “terminación anticipada” cuando, contra quien se dirige, desarrolle la conducta que se señala en la ley o en el acto administrativo del cual se desprende la obligación clara, expresa y exigible (imperativo, inobjetable y expreso) (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 19 de marzo, 1999), es decir, se puede terminar el proceso mediante auto, cuando la autoridad renuente cumple el deber omitido (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 393 de 1997, Artículo 19). Con todo, se debe precisar que la finalidad de esta pretensión es procurar la efectividad real de las leyes y de los actos administrativos, como mecanismo contra la falta de actividad de la administración (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-157, 1998). Sin embargo, para este medio de control los intereses y pretensiones pueden variar dependiendo de la naturaleza de la norma o acto administrativo exigible, pues, en ocasiones, puede configurarse como acción pública. Ello puede ocurrir cuando la norma exigible sea la ley, en la que cualquier persona se encuentra habilitada para acudir a la jurisdicción; es en esos casos que las características de terminación del proceso se asimilan a las acciones públicas o populares. En cambio, por ejemplo, si la disposición exigible es un acto administrativo de contenido particular y concreto, se encuentra en una clara pretensión privada, en que se puede disponer del derecho y, en consecuencia, no hay objeción para que proceda la conciliación, transacción y demás formas de terminación del proceso.

• **Nulidad y restablecimiento del derecho**

Este medio de control forma parte del contencioso subjetivo de legalidad; en él la pretensión de expulsión del acto administrativo del ordenamiento jurídico por orden judicial busca el restablecimiento de derechos e indemnización de perjuicios. Ello implica que el interés existente es únicamente del afectado por el acto y, en suma, del legitimado para demandar, por lo que es desistible e incluso le procede el desistimiento tácito (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 178), también es conciliable (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 161 N° 1), procede el allanamiento y la transacción (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1564, 2012, Artículo 176). Se precisa que la terminación del proceso por la conducta o la voluntad de las partes requieren, como es normal, un pronunciamiento judicial; para que finalice el proceso, el juez tiene especial control de legalidad, mediante las figuras jurídicas de la transacción y la conciliación, ya que el juez, para aprobar el acuerdo, no solo debe contar con la voluntad de las partes, sino con otros requisitos que incluso, de no cumplirse, pueden conllevar a improbar tal acuerdo, que se justifica por la naturaleza pública de los

recursos, obligando a verificar entre otros: i) la debida representación de las personas que concilian; ii) la capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar; iii) la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes; iv) que no haya operado la caducidad de la acción; v) que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación; vi) que la probanza arrojada indique que existe una alta probabilidad de condena; y vii) que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público ni contrario a la ley (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 16 de marzo, 2005 y Sentencia de 30 de septiembre, 2004).

• **Reparación directa y reparación de perjuicios causados a un grupo**

En la responsabilidad extracontractual, se encuentra con una pretensión esencialmente patrimonial y subjetiva, por lo que aplican las reglas señaladas previamente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

• **Controversias contractuales**

En esta pretensión es viable el desistimiento, debido a que es esencialmente patrimonial. Sin embargo, se exceptúa cuando la singularidad de la pretensión esté dirigida a la nulidad absoluta del contrato; bajo esa misma lógica, es procedente la transacción y la conciliación.

• **Repetición**

Respecto al desistimiento, en este caso se encuentra expresamente prohibido (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 678 de 2001, Artículo 9), ello se justifica en que quien adelanta la demanda es el Estado que ha pagado una condena o ha pagado un acuerdo conciliatorio, a causa del dolo o culpa grave de uno de sus agentes quien será el demandado; lo hace actuando en la protección de interés público (patrimonio público), en tanto se busca recuperar lo pagado. Sin embargo, le procede el allanamiento, la transacción (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437, 2011, Artículo 176) y la conciliación (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 678, 2001, Artículo 12), respecto a este último, Juan Ángel Palacio Hincapié señala:

En este evento, nada impide, que teniendo en cuenta las circunstancias en que actuó el funcionario, se llegue a una fórmula de conciliación en donde el particular, el servidor o ex-servidor o la Entidad pública obligada, aceptan un pago parcial de la indemnización cancelada por la Entidad acreedora, también se puede conciliar sobre el plazo para el pago, sin embargo, debe tenerse en cuenta el acuerdo conciliatorio no sea lesivo para los intereses del Estado. (PALACIO, 2013, p. 382)

8. ANÁLISIS PREVIO A CONCLUIR

Al desarrollarse el modelo de administración de justicia colombiana de forma dual —refiriéndose, por una parte, a una jurisdicción ordinaria para conflictos de derecho privado, entre partes y sujetos iguales; por otra, a una jurisdicción contenciosa administrativa, para conflictos en que se controla la función pública y administrativa, donde, por regla general, asistirá al litigio al menos una persona jurídica de derecho público—, obliga a referirse a lo que se conoce como dualismo jurisdiccional, fenómeno en que la justicia administrativa es desarrollada en términos teóricos por la Doctrina Italiana, buscando explicar y distinguir el conocimiento del juez de lo contencioso administrativo y el juez civil (NIGRO, 2000, p. 114), siendo que resulta perfectamente aplicable en el modelo de administración de justicia colombiana.

Es válido señalar que el hecho de que la administración actúe como un particular o que un particular actúe como Estado u otra variante, ha generado un fuerte debate en la justificación de la existencia de una jurisdicción especializada o, si se quiere, en una desnaturalización de la misma, criterios que necesariamente impactan la actuación del juez que conoce el proceso y controla una u otra función. Lo anterior para precisar que las diferencias entre las jurisdicciones y sus justificaciones inician con el derecho aplicable, la función que se ejerce o se controla y termina en la naturaleza jurídica de los sujetos que intervienen o deben intervenir en un litigio, no por nada las condiciones de igualdad en el derecho privado y las prerrogativas del derecho público las hacen disímiles. Ello permite afirmar que la actividad del juez de conocimiento en caso de conflicto es necesariamente diferente y obliga a reflexionar a respecto de qué consideraciones debe tener un juez de la jurisdicción contenciosa administrativa, que lo diferencian sustancialmente de quien administra justicia en la jurisdicción ordinaria. Pues, si bien no existe discusión en el concepto de juez imparcial en la toma de decisiones, el escenario en que se administra justicia es materialmente diferente entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa, debiendo preguntarse: ¿el conflicto es analizado de forma indiferente? o ¿depende de las condiciones de la naturaleza de los sujetos? o ¿resulta relevante la naturaleza del ordenamiento jurídico aplicable? En la práctica es importante la conciencia de los diferentes escenarios, como legislador o como intérpretes de la norma al participar de un proceso contencioso administrativo, que la existencia de una norma especial “código” es precisamente para atender la naturaleza jurídica de los derechos que se encuentran en discusión, generando preocupación las remisiones normativas a disposiciones (códigos) que han sido diseñados con lógicas diferentes y para atender dinámicas y conflictos igualmente diferentes.

Estas diferencias entre la jurisdicción ordinaria y contenciosa, no abordadas ni analizadas de forma particular, han hecho que estudios, conceptos y la finalidad del proceso y los sistemas procesales, tan solo estudiados en el derecho procesal civil e incluso en el penal, hayan sido traídas y empotradas sin más en el proceso contencioso administrativo. Esto, para sostener, por ejemplo, que se trata de un proceso mixto o tan solo dispositivo o inqui-

sitivo o que la finalidad del proceso es pública o es privada o mixta si se quiere, sin desconocer que, de alguna forma, tales criterios le han dado identidad al proceso contencioso administrativo y han justificado, en ciertas ocasiones, el activismo judicial o riguroso garantismo procesal.

Lo cierto es que se han desatendido los elementos que guían el proceso en materia contenciosa administrativa, los que son en esencia la naturaleza jurídica de los sujetos, el concepto de función pública y función administrativa, y muy especialmente para efectos procesales el concepto de “pretensión” o medio de control como lo denomina el CPACA.

No de otra forma se puede entender que, en gran medida, las pretensiones que conoce el juez administrativo tienen una iniciación con demanda, esto es, el ejercicio del derecho de acción y que, para demandarse ante lo contencioso administrativo, se presenta lo que se ha denominado por el autor como legitimación en la causa por activa “abierta”, puesto que quien presenta la demanda, no lo hace con un interés particular y concreto, ni la sentencia que se profiera tiene efectos *inter partes*. Contrario a ello, son varios los medios de control que están dirigidos al interés público y con la búsqueda de protección del ordenamiento jurídico, en consecuencia, una sentencia con efectos *erga omnes*, como la nulidad por inconstitucionalidad, la simple nulidad, la nulidad electoral, e incluso cuando se actúa en la búsqueda de protección de derechos colectivos, lo que implica un claro interés general, aún más, queda en evidencia en los procesos que deben tramitarse sin demanda ni solicitud, tan solo por imposición legal, como en los controles automáticos de legalidad, que por su naturaleza, la única pretensión es la protección del ordenamiento jurídico. Bajo esta misma lógica, son más las pretensiones en lo contencioso administrativo que no admiten formas de terminación anormal del proceso y requieren que, una vez iniciado el mismo, se expida una decisión que analice de fondo las razones que dieron pie a su existencia, esto es, una sentencia.

Pese a lo anterior, también existen pretensiones ante lo contencioso administrativo, que tienen una naturaleza subjetiva, con demanda, con rigurosa legitimación en la causa, con formas de terminación anormales del proceso, es decir, sin que necesariamente se expida sentencia y, de haberla, con claros efectos *inter partes*, como cuando se encuentra frente a la nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, acción de grupo y controversias contractuales; pretensiones que ocupan en mayor medida a los jueces de esta jurisdicción, tratándose de verdaderos conflictos intersubjetivos de intereses, en que es necesario cuestionarse si la iniciativa judicial debe diferenciarse de las pretensiones aquí señaladas de aquellas que tienen una naturaleza pública o, *contrario sensu*, es una misma visión del juez, tanto en las primeras como en las segundas pretensiones, donde se pueda afirmar que en unas debe existir un mayor activismo judicial y en otras mayor garantismo procesal.

CONCLUSIONES

El sistema procesal, llámese inquisitivo o dispositivo, y el concepto de finalidad de proceso por sí solos no marcan un derrotero claro de cargas, derechos y deberes del juez y de las partes al interior del proceso contencioso administrativo colombiano.

Del diseño procesal que se tramita ante la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana, pero sobre todo de la naturaleza de las pretensiones, se dejan tres concretas afirmaciones a las que se podría arribar que, aunque parecidas, no son lo mismo, tales son:

- La naturaleza de la pretensión hace que el sistema procesal sea más inquisitivo o dispositivo, y de ahí surge la necesidad de actuación judicial oficiosa o no.
- La naturaleza de la pretensión hace que el proceso tenga finalidad pública o privada, y de ahí surge la necesidad de actuación judicial oficiosa o no.
- La naturaleza de la pretensión por sí misma, define que tanto requiere actuación judicial oficiosa o no.

Si bien es fácil entender la necesidad de remisiones normativas por la ausencia de norma aplicable, esto es, acudir a normas generales por falta de normas especiales. Se debe tener cuidado con los vacíos normativos de los procesos, cuyas pretensiones sean de las que se ventilan ante lo contencioso administrativo, para referirse a aquellas de interés general o público, puesto que no son pocos los casos en que conllevan a la aplicación de la norma procesal civil, que se considera útil para resolver el inconveniente de la ausencia de normas, pero que implica la aplicación de un articulado cuya construcción y diseño son propios de pretensiones de naturaleza privada, de sujetos por regla general de derecho privado y de derecho sustancial, igualmente, privado.

REFERÊNCIAS

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. *El proceso jurisdiccional*. 2. ed. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2007.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación de oficio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

ALZAMORA, Mario. *Derecho procesal civil: teoría general del proceso*. Lima: Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado, 1959.

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.

CALAMANDREI, Piero. Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 237-256.

DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere*. Bologna: Il Mulino, 2005.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal*. Tomo I. Bogotá: Editorial ABC, 1985.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

LA CHINA, Sergio. Giusto processo, laboriosa utopia. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno LX (seconda serie), n. 4, ottobre/dicembre, p. 1111-1126, 2005.

MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Los poderes del juez y la oralidad. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2001.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

NIGRO, Mario. *Giustizia amministrativa*. Bologna: Il Mulino, 2000.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2013.

QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Teoría general del Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

RAMÍREZ, Diana. *La prueba de oficio*. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

SANTOFIMIO, Jaime. *Tratado de derecho administrativo: Contencioso administrativo*. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978.

TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras*. Bogotá: Temis, 2006.

TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial. In: TARUFFO, Michele; PRIETO QUINTERO, Andrés *et al.* *Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2005. p. 102-135.

VALDIVIA PEZO, Ernesto. El principio inquisitivo en la reforma del proceso civil. *Revista Jurídica de Perú*, Lima, Año X, p. 227-250, 1959.

VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984.

Normas citadas

COLOMBIA. Ley 1437 de 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*, N° 47956.

COLOMBIA. Ley 678 de 03 de agosto de 2001. Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

COLOMBIA. Ley 393 de 29 de julio de 1997. Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política. *Diario Oficial*, N° 43.096, de 30 de julio de 1997.

COLOMBIA. Constitución política de Colombia de 1991.

COLOMBIA. Ley 25 de 02 de agosto de 1928. Reformatoria de la Ley 130 de 1913. *Diario Oficial*, Año LXIV, N° 20864.

Jurisprudencia citada

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de junio de 2021: *Auto de unificación Radicación 11001031500020210117501*. Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-113 del 14 de marzo de 2019*. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Quinta, de 9 de febrero de 2017: *Sentencia 410012333000 20160008001*. Consejero Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-774 del 16 de octubre de 2014*. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 12 de diciembre de 2012: *Sentencia 19229*. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-237 del 22 de marzo de 2012*. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección tercera, de 9 de febrero de 2011: *Sentencia Radicación 18793*. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Primera de 15 de abril de 2010: *Expediente 17001-23-31-000-2003-00310-01 (AP)*. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección tercera, de 23 de abril de 2009: *Expediente 16837. Radicación 250002326000-1996-01798-01*. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección tercera, de 16 de marzo de 2005: *Sentencia 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)*. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección tercera. (30 de septiembre de 2004): *Sentencia 76001-23-31-000-2000-2627-01(26877)*. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección tercera, de 10 de Julio de 2003: *Expediente 54001-23-31-000-2002-00183-01*. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera, de 16 de noviembre de 2001: *Sentencia Radicación 11001032800020150000800*. Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-037 del 26 de enero del 2000*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-654 del 2 de septiembre de 1999*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 3 de mayo de 1999: *Expediente CA- 011*. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A, de 19 de marzo de 1999: *Sentencia ACU 615*. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-157 del 29 de abril de 1998*. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Segunda. (13 de agosto de 1992): *Sentencia 16837*. Consejero Ponente: Álvaro Lecompte Luna.

COMO CITAR ESTE ARTICULO:

MARTÍNEZ UREÑA, Fernando;
AGUDELO MEJÍA, Dimaro Alexis.
Activismo o garantismo en el proceso
contencioso administrativo colombiano.
Revista Direito GV, São Paulo, v. 19,
e2328, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202328>

Fernando Martínez Ureña

ABOGADO. ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO. ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL. MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO. DOCTOR EN DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN. ABOGADO LITIGANTE, ASESOR Y CONSULTOR DE ENTIDADES PÚBLICAS. DOCENTE UNIVERSITARIO. CONJUEZ DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO.

ferchomaure@hotmail.com

Dimaro Alexis Agudelo Mejía

ABOGADO. MAGÍSTER Y DOCTOR EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO DE LA UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN. INVESTIGADOR DEL GRUPO DE INVESTIGACIONES EN DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN.

dagudelo@udem.edu.co

Derechos humanos en acción: posibilidades y dificultades para penetrar en el mundo financiero

HUMAN RIGHTS IN ACTION: POSSIBILITIES AND DIFFICULTIES FOR PENETRATING IN THE
FINANCIAL WORLD

DIREITOS HUMANOS EM AÇÃO: POSSIBILIDADES E DIFICULDADES PARA PENETRAR NO
MUNDO FINANCEIRO

Alejandro Gabriel Manzo¹

Resumen

Los fondos buitres atacan los Estados endeudados cuando sus poblaciones más vulnerables sufren en carne propia los efectos de la crisis. Su accionar contra Argentina, sirvió de marco para que el Consejo de Derechos Humanos (DD. HH.) se involucre de lleno en el debate de cuestiones financieras hasta entonces cuasi-monopolizadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI). Este artículo analiza el diagnóstico y las soluciones propuestas a la problemática de estos fondos por parte de dicho Consejo entre 2014-2015 con el objeto de mostrar empíricamente las potencialidades y dificultades del enfoque de DD. HH. para penetrar en el campo financiero. A estos efectos, el trabajo da cuenta de las condiciones que posibilitaron la actuación de este órgano en el caso concreto y, a su vez, de la reacción que suscitó tal actuación por parte de los agentes dominantes de este campo. Se argumenta que la efectividad del “poder de veto” de estos agentes a iniciativas alternativas al orden financiero vigente, como la analizada, descansa, en buena medida, en el alto grado de concentración material del mercado de deuda soberana en el que estos fondos se desenvuelven.

Palabras claves

Derechos humanos; Organización de las Naciones Unidas (ONU); Fondo Monetario Internacional (FMI); deuda soberana; fondos buitres.

Abstract

Vulture funds attack indebted States, when their most vulnerable populations suffer in first-hand the effects of the crisis. The actions of such funds against Argentina, served as the context for the Human Rights Council (HR) fully involving in key financial debates; debates that until then were quasi-monopolized by the International Monetary Fund (IMF). The article analyzes the Council diagnosis and its solutions proposed to the vulture funds problem in the 2014-2015 period, in order to empirically show the potentialities and difficulties of the Human Rights approach for penetrating in the financial field. For these purposes, the paper exhibits the conditions that made possible the actions of the Council in the specific case and, in turn, the reactions that such actions aroused by part of the dominant agents of the financial field. It is argued that the effectiveness of the “veto power” of these dominant agents to the Human Rights alternative initiatives largely rests on the high degree of concentration of the sovereign debt market in which these funds operate.

Keywords

Human rights; United Nations (UN); International Monetary Fund (IMF); sovereign debt; vulture funds.

Resumo

Os fundos abutres atacam Estados endividados, quando suas populações mais vulneráveis sofrem em primeira mão os efeitos da crise. Suas ações contra a Argentina serviram de marco para que o Conselho de Direitos Humanos se envolvesse plenamente no debate sobre questões financeiras que até então eram quase monopolizadas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Este artigo analisa o diagnóstico e as soluções propostas para o problema desses fundos pelo referido Conselho entre 2014-2015, a fim de mostrar empiricamente as potencialidades e dificuldades da perspectiva dos direitos humanos para penetrar no campo financeiro. Para isso, o trabalho dá conta das condições que possibilitaram a atuação desse Conselho no caso específico e, ao mesmo tempo, da reação que tal atuação despertou por parte dos agentes dominantes desse campo. Argumenta-se que a efetividade do “poder de veto” desses agentes dominantes a iniciativas alternativas à atual ordem financeira, como a analisada, repousa em boa medida no alto grau de concentração material do mercado de dívida soberana em que esses fundos atuam.

Palavras-chave

Direitos humanos; Organização das Nações Unidas (ONU); Fundo Monetário Internacional (FMI); dívida soberana; fundos abutres.

INTRODUCCIÓN

Durante décadas, el universo financiero internacional se mantuvo al margen de los DD. HH. (GOLDMANN, 2020). En los últimos años, el Consejo de DD. HH. de la ONU procuró revertir esta situación. A estos efectos, creó en su seno nuevas figuras institucionales con mandatos específicos para abordar cuestiones financieras y emitió una serie de resoluciones con prescripciones dirigidas puntualmente a guiar las acciones de los agentes que operan en este campo (BOHOSLAVSKY, 2019).

En este marco, el Consejo focalizó su atención sobre un conjunto de temas financieros sensibles para los DD. HH., entre los que se destacó el de los denominados “fondos buitres”. Estos fondos —en palabras del experto de la ONU encargado de estudiarlos— “son grupos financieros que constituyen el punto más alto y la quintaesencia del bandidismo bancario” (ZIEGLER, 2014, p. 2). Esto es así, explicó Ziegler (2014, p. 1), en tanto ellos se organizan desde el principio con la intención de obtener ganancias especulativas extraordinarias, apostando judicialmente contra la deuda de Estados en situación de crisis. El éxito de sus prácticas pone en movimiento una lógica redistributiva especialmente regresiva que, en último término, vulnera los derechos fundamentales de las poblaciones más desfavorecidas (A/HRC/14/21, 2010).

De allí que, hacia 2014, cuando el caso de los “fondos buitres contra Argentina”¹ se acercaba a su definición, el Consejo ya había realizado una indagación pormenorizada de sus principales acontecimientos (A/HRC/25/50, 2014). El caso despertó su atención no solo por la cuantía inédita de los montos en disputa, sino porque, desde su perspectiva, desnudaba una serie de falencias estructurales en el orden financiero internacional que atentaban contra la vigencia de los DD. HH. (A/HRC/25/50, 2014). Con ello, cuando el caso estalló, el Consejo activó una serie de acciones estratégicas dirigidas en lo inmediato a condenar este precedente, pero que, de prosperar, importarían un conjunto de modificaciones de fondo en dicho orden.

Pese a las expectativas depositadas, estas acciones no lograron alcanzar sus objetivos de máxima y, en su lugar, terminó imponiéndose a la problemática de los fondos buitres una solución “pro-mercado” impulsada desde el Tesoro Norteamericano a través del Fondo Monetario Internacional (por su sigla en inglés IMF), ajena al discurso de los DD. HH. (IMF, 2014). Consecuentemente, cabe preguntarse: ¿Cómo el Consejo opera desde sus nuevas capacidades institucionales frente a casos concretos del campo financiero? y ¿cuáles son las dificultades que enfrenta su discurso para penetrar en este campo?

Este artículo procura reflexionar sobre tales interrogantes mostrando, por un lado, las acciones estratégicas desplegadas por el Consejo entre julio de 2014 y agosto de 2015 como reacción frente a la decisión de los tribunales de EE. UU. de convalidar las pretensiones de los fondos buitres contra Argentina² y, por otro lado, su limitado alcance en el contexto de la oposición a sus iniciativas por parte de los agentes centrales de la gobernanza financiera global.

A estos efectos, el trabajo se divide en tres secciones. La primera, se dirige a dar cuenta de que estas acciones del Consejo tuvieron sentido —o, si se quiere, solo pudieron “existir”— en el marco de una nueva etapa en la relación entre el enfoque de DD. HH. y el campo financiero. Para ello, el artículo historiza dicha relación exhibiendo sintéticamente que las cualidades definitorias de esta última etapa se derivan del diseño originario de la arquitectura internacional en la que el Fondo Monetario Internacional (FMI) aparecía subordinado al sistema de DD. HH. en formación.

La segunda sección busca mostrar estas acciones como parte de una traducción al discurso propio de DD. HH., de fenómenos —como el de los fondos buitres— que durante décadas se

...

1 El caso “NML Capital vs República Argentina” [case 12-105(L)] se tramitó entre 2010 y 2016 en los Tribunales de Nueva York. En junio de 2014, “estalló” cuando la Corte Suprema norteamericana dejó firmes las sentencias de las instancias inferiores (MANZO, 2020).

2 Se toma en consideración el período julio-2014/agosto-2015, ya que fue en éste cuando las acciones anti-buitres del Consejo adquirieron mayor frecuencia e intensidad.

leyeron en clave estrictamente financiera. Con este fin, exhibe cómo el Consejo caracteriza desde su narrativa el *modus operandi* de estos fondos, en general y, en particular, en su conflicto con Argentina. Desde allí, presenta las estrategias del Consejo para evitar que sus actividades impacten sobre los DD. HH. dividiéndolas en tres dimensiones: estrategias de movilización de su capital simbólico, de investigación de sus prácticas y de modificación de las reglas de juego de las reestructuraciones.

La última sección da cuenta de la distancia entre las expectativas y el impacto concreto de estas acciones en el contexto de una disputa de poder entre los actores subalternos y dominantes de la globalización financiera alrededor del conflicto argentino. Por esto, muestra cómo los principales nudos de poder del mercado de deuda soberana se encuentran concentrados en una pequeña red de agentes objetivamente identificable; red con capacidad para activarse velozmente frente a un conflicto concreto, produciendo soluciones normativas acorde a sus intereses y, al mismo tiempo, disipando la viabilidad de otras con potencialidad para afectarlos.

Este artículo pretende poner sus resultados en diálogo con un conjunto de recientes trabajos que han analizado las dificultades que enfrenta el discurso de los DD. HH. para anidar en el campo económico-financiero (ROTH-ARRIAZA, 2020; DOMÍNGUEZ-SEPÚLVEDA, 2020; BOHOSLAVSKY, 2022; TOUSSAINT, 2006; GOLDMANN, 2020). Entre estas dificultades —y sin agotar el espacio—, estos trabajos han resaltado la carencia de enfoques teóricos interdisciplinarios adecuados, la falta de operacionalización de las normas generales al campo específico, los límites de los liderazgos y de las capacidades institucionales requeridas para movilizar a tiempo las organizaciones de DD. HH., la aquiescencia de la sociedad civil, los contextos políticos desfavorables y, finalmente, la falta de voluntad de los Estados.

El trabajo muestra empíricamente que aún en los casos, como el analizado, en los que se eluden con relativo éxito todas estas dificultades y logran activarse los procesos pertinentes, todavía subsiste —en palabras de Bohoslavsky (2022)— el “poder de veto” de los actores financieros dominantes sobre sus potenciales resultados. Se argumenta que para que este poder sea eficaz, no es imprescindible que estos actores desplieguen un conjunto de acciones desestabilizadoras positivas —espionaje, amenazas, compra de voluntades, sanciones (ZIEGLER, 2014 y 2018; XERCAVINS, 2009)—, sino que basta para estos efectos con que les den la espalda a estos procesos: el grado de concentración del mercado de deuda soberana es tal, que les permite vía omisión vaciar de contenido práctico estas propuestas alternativas.

1. LA ONU Y EL FMI EN LA ARQUITECTURA INTERNACIONAL: EL RENACER DE LOS DD. HH. EN EL CAMPO FINANCIERO

En la Segunda Guerra Mundial, se sentaron las bases institucionales de un nuevo orden global. En éste, la gestión de la seguridad internacional y de los DD. HH. se centralizó en la

ONU, mientras que la de la economía se fragmentó en varias Organizaciones Internacionales (OI): entre otras, el FMI, el BM, la FAO y la OIT.

A fin de evitar los posibles efectos perniciosos de esta fragmentación, se ubicó a la ONU en el centro de este rompecabezas organizacional. Desde el punto de vista normativo, su Carta Constitutiva (CNU) fue instituida como un convenio internacional de naturaleza “constitucional” – (A/CN.4/L.702, 2006, p. 23)–, con supremacía sobre el resto de los acuerdos constitutivos (CNU, 1945, Art. 103). En este marco, su Art. 55 fijó los propósitos que debían guiar las prácticas de todas estas organizaciones; propósitos entre los que se incluía el asegurar el respeto universal de los DD. HH. (CNU, 1945, Art. 55).

Desde el punto de vista organizacional, esta centralidad se manifestó en la creación de un órgano específico –el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU– dotado de facultades para orientar, coordinar y fiscalizar este rompecabezas (CNU, 1945, Art. 58, 60, 62, 63 y 64). Fue precisamente dentro de este órgano donde se instauró en 1946 la Comisión de Derechos Humanos (KRIKORIAN, 2013).

Por lo tanto, en el diseño originario de esta arquitectura, los DD. HH. no estaban al margen de la gestión de la economía internacional, sino por el contrario, estaban imbuidos en su propio núcleo. Asimismo, las nuevas OI, incluido el FMI, –en tanto organismos especializados de la “familia de la ONU”– aparecían anclados en relación de subordinación a su Sistema de DD. HH. en construcción (MANZO, 2022).

Sin embargo, hasta los años 1990, el obrar del Fondo se mantuvo prácticamente al margen de este sistema (GOLDMANN, 2020; DOMÍNGUEZ-SEPÚLVEDA, 2020). Tras el resquebrajamiento del Consenso de Washington, a fines de dichos años, el campo de los DD. HH. sufrió una serie de transformaciones que modificaron tal situación; transformaciones que bien pueden aquí agruparse en tres ejes.

En primer lugar, existió una apuesta institucional de la ONU por repotenciar estos derechos. En vísperas del nuevo siglo, su Secretario General abogó por ubicarlos como eje transversal a la fragmentación internacional existente, estimuló una sinergia positiva entre los actores de DD. HH. y los que promovían una nueva agenda de desarrollo global y, finalmente, activó los debates tendientes a relegitimizar el sistema reformando el diseño organizacional de la Comisión en un nuevo Consejo de DD. HH. (VAN GENUGTEN, 2015; KRIKORIAN, 2013).

En segundo lugar, la ONU buscó fortalecer los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) dentro del universo general de los DD. HH. En 1985, el ECOSOC creó para ello el Comité de DESC. En 1993, la Convención de Viena postuló la interdependencia e indivisibilidad de los DD. HH., argumentando que los DESC eran de igual categoría y exigibilidad que el resto de estos derechos. Finalmente, las Directrices de Maastricht, de 1997, precisaron su sentido, definiendo las acciones y omisiones que implicaban su violación (ROTH-ARRIAZA, 2020; DOMÍNGUEZ-SEPÚLVEDA, 2020).

Por último, emergió una nueva ortodoxia doctrinaria en este campo que extendió las obligaciones y responsabilidades de DD. HH. a “actores no estatales”. En el contexto de

la globalización, esta nueva corriente afirmó que las empresas privadas y las organizaciones internacionales estaban ligadas a este sistema, ya sea porque brindaron su consentimiento para integrarse a la familia de la ONU o bien porque las normas de DD. HH. poseen una jerarquía jurídica especial que deben respetar (MANZO, 2021a).

En este escenario, la Comisión de DD. HH. abandonó su relativa aquiescencia con respecto al abordaje de cuestiones financieras. Quizás la materialización más relevante de este proceso fue la creación en su seno en 1997/8 de dos figuras institucionales –un Experto Independiente y un Relator especial– con mandato específico para analizar temáticas cuasimonopolizadas por el FMI. Estas figuras fueron enmarcadas en los llamados “procedimientos especiales temáticos”, siendo las primeras de su tipo en el campo específico de los DESC.³

A partir del año 2000, ambas figuras se fundieron en una sola: “el Experto Independiente en deuda externa y DD. HH.” (desde ahora, Experto Independiente).⁴ La Comisión justificó su instauración advirtiendo que, en la dinámica del orden vigente, los países emergentes y en desarrollo –donde mayores son las necesidades para la efectivización de los DD. HH.– sufren un rápido encarecimiento del servicio de sus deudas y transfieren año a año más recursos financieros hacia el Norte global de los que efectivamente reciben (A/HRC/RES/20/10, 2012, p. 2).⁵

Esta dinámica, consideró la Comisión, torna la deuda externa una “carga insostenible”, en particular para los Estados menos adelantados (A/HRC/RES/20/10, 2012, p. 2). Con ello, desde su perspectiva, la deuda emerge como un serio impedimento para la realización de los DD. HH. en tanto, de una parte, contribuye a la extrema pobreza y representa un obstáculo para el desarrollo humano sostenible (A/HRC/RES/20/10, 2012, p. 2) y, de otra parte, habilita a las Instituciones Financieras Intermediarias (IFIs) a instaurar en sus territorios programas de ajuste que no conceden la debida atención a estos derechos (A/HRC/RES/20/10, 2012, p. 3).

De allí que, el mandato concedido a este Experto Independiente se anclase en una acepción amplia de la noción de deuda externa. En efecto, hacia 2014, este mandato le otorgaba facultades para abordar las consecuencias de esta deuda y sus políticas conexas sobre el goce de los DD. HH., de las medidas que adoptasen los gobiernos, el sector privado y las IFIs para aliviar esas consecuencias y, finalmente, de los nuevos acontecimientos que implicasen reformas en

...

3 En 1967, aparecieron los procedimientos especiales para investigar violaciones de DD. HH. en espacios geográficos determinados y en 1980 para hacerlo sobre temáticas puntuales (DOMÍNGUEZ-SEPÚLVEDA, 2020).

4 Ver la evolución de esta figura en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-foreign-debt/about-mandate-independent-expert-foreign-debt>. Consultado el 15 de marzo de 2022.

5 Para profundizar al respecto, ver Toussaint (2006).

este campo (A/HRC/RES/25/16, 2014, p. 3), es decir, le otorgaba un mandato particularmente extenso que le posibilitaba indagar en tiempo real no solo sobre el obrar de estos fondos, sino también sobre las posibles reacciones que se sucediesen a raíz del caso argentino.

La Comisión fortaleció la labor de este Experto con la creación en su seno de nuevas figuras institucionales abocadas al desarrollo de los DESC, aunque éstas continuaron siendo minoritarias y con mandatos más laxos que aquellas otras focalizadas en los derechos civiles y políticos (DOMÍNGUEZ-SEPÚLVEDA, 2020). En este contexto, la creación del Consejo de DD. HH. en 2008 dio un nuevo impulso a los DESC. En particular, su órgano técnico –el nuevo Comité Asesor que reemplazó a la Subcomisión de DD. HH.– promovió diferentes procedimientos especiales bajo el ropaje institucional de “grupos de trabajos” abocados a analizar la posible vulneración de esta clase de derechos (ROTH-ARRIAZA, 2020); procedimientos que podrían rápidamente activarse si se entendía que el caso argentino así lo ameritaba.

Con ello, distintas dimensiones financieras, cuya discusión en la arena internacional hasta entonces recaía sobre las IFIs, comenzaron a ser traducidas al discurso de DD. HH. En este proceso, la voz de los representantes de los países del Sur Global fue central (XERCAVINS, 2009). Las Tablas 1 y 2 muestran el peso relativo de estos países con respecto a los del Norte Global en el gobierno del FMI y de las entidades de DD. HH. de la ONU. A medida que la brecha económica entre estas dos clases de países se achicaba, los del Sur Global empezaron a solicitar cambios en la gobernanza de las IFIs, en consonancia con el nuevo equilibrio de poder económico global (LARRALDE, 2014).

TABLA 1 — REPRESENTACIÓN POLÍTICA SUR GLOBAL EN ECOSOC, CONSEJO DE DD. HH. Y COMITÉ ASESOR (2014)

ESTADOS DE	ENTIDAD		
	ECOSOC	CONSEJO DD. HH.	COMITÉ ASESOR
ÁFRICA	14 ASIENTOS	13 ASIENTOS	5 EXPERTOS
ASIA Y EL PACÍFICO	11 ASIENTOS	13 ASIENTOS	5 EXPERTOS
AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE	10 ASIENTOS	8 ASIENTOS	3 EXPERTOS
EUROPA ORIENTAL	6 ASIENTOS	6 ASIENTOS	2 EXPERTOS
SUB-TOTAL SUR GLOBAL	41 ASIENTOS (75,93%)	40 ASIENTOS (85,11%)	15 EXPERTOS (83,33%)

(continúa)

ESTADOS DE	ENTIDAD		
	ECOSOC	CONSEJO DD. HH.	COMITÉ ASESOR
EUROPA OCCIDENTAL Y OTROS ESTADOS*	13 ASIENTOS (24,07%)	7 ASIENTOS (14,89%)	3 EXPERTOS (16,67%)
TOTAL	54 ASIENTOS (100%)	47 ASIENTOS (100%)	18 EXPERTOS (100%)

Elaboración: Propia sobre la base de la información contenida en los sitios oficiales de estas entidades, <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/hrc/pages/membership.aspx> y <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/HRCACIndex.aspx>. Consultados el 15 de marzo de 2022.

*En este grupo ingresa EE. UU.

TABLA 2 — **PODER DE VOTO DEL G7 Y RESTO DEL MUNDO EN FMI:** REFORMAS 2006, 2008 Y 2010 EN CONJUNTO

PAÍSES DEL G7	PRE REFORMAS	POST REFORMAS	RESTO DE LOS PAÍSES
ESTADOS UNIDOS	17%	16%	
JAPÓN	6%	6%	PRE-REFORMAS
ALEMANIA	6%	5%	55% DEL TOTAL
FRANCIA	5%	4%	
REINO UNIDO	5%	4%	POST-REFORMAS
ITALIA	3%	3%	59% DEL TOTAL
CANADÁ	3%	2%	
TOTAL	45%	41%	

Fuente: Resoluciones 61-5/2006, 63-2/2008 y 66-2/2010 de la Junta de Gobernadores del FMI.

Elaboración: Larralde Hernández (2014, p. 11).

Estas demandas se tradujeron en el Fondo en un plan de reformas bianual, en virtud del cual en 2006, 2008 y 2010 se aumentó la capacidad de voto de los Estados del Sur Global en detrimento de los del G7 (ver tabla N° 2).

Sin embargo, la última y más significativa de estas reformas no fue ratificada por el Congreso de EE. UU. de forma inmediata, suspendiendo la dinámica bianual del plan previsto. Así, para cuando estalló el caso argentino en 2014, el poder decisorio, en la Junta de Gobernadores del FMI, por ejemplo, de China era inferior al del Reino Unido (4,00 *vs* 4,51) y el de China y la India juntos inferior al de Japón (6,44 *vs* 6,56); EE. UU., asimismo, conservaba su poder de veto sobre las decisiones más trascendentes del organismo (MANZO, 2018, p. 8).

Esta coyuntura potenció el atractivo de la ONU como foro apropiado para canalizar demandas alternativas al orden vigente. En 2011, se produjeron en el Consejo de DD. HH. dos hechos significativos en este sentido: en primer término, se aprobaron los principios rectores que las empresas deben seguir para respetar y efectivizar con sus prácticas los DD. HH. (A/HRC/17/31, 2012) y, en segundo lugar, se hizo lo propio con los principios rectores que deben orientar las conductas de todos los agentes vinculados a operaciones de deuda externa, incluidos, claro está, los fondos buitres y el FMI (A/HRC/20/23, 2011).

Este último instrumento posee aquí una relevancia particular, en tanto operacionalizó las normas generales de los DESC en un conjunto de preceptos concretos relativos al universo financiero y los sistematizó en un solo cuerpo normativo.

Sobre su base, al año siguiente, el Consejo afirmó que el obrar de esta clase de fondos “tiene un efecto negativo directo en la capacidad de los gobiernos para cumplir sus obligaciones en materia de DD. HH.” y, consecuentemente, exhortó a los Estados a adoptar medidas para luchar contra la reproducción de sus prácticas (A/HRC/RES/20/10, 2012, p. 3).

2. EL FENÓMENO DE LOS FONDOS BUITRE EN CLAVE DE DD. HH.: DIAGNÓSTICO Y ESTRATEGIAS PARA ABORDAR EL CASO ARGENTINO

A principios del siglo XXI, la preocupación del Consejo de DD. HH. por el obrar de los fondos buitres apareció de manera indirecta. En efecto, ésta se presentó en el marco del análisis que el Experto Independiente efectuaba por entonces sobre los programas de alivio de la deuda para los países pobres muy endeudados; países entre los que se encontraban los más desventajados del planeta (A/HRC/14/21, 2010, p. 11).

Estos programas, que habían surgido en 1996 de la mano del FMI y el BM, tenían por objetivo condonar parte de sus deudas hasta volverlas a “niveles sostenibles” (A/HRC/14/21, 2010:11). En su análisis, el Experto pudo corroborar cómo estos fondos, mediante procesos judiciales y otros medios, operaban contra estos programas quedándose con parte de los recursos financieros ahorrados por los países pobres en función de la mencionada condonación (A/HRC/14/21, 2010, p. 22).

Ahora bien, una vez que los fondos buitres ingresaron en el radar del Consejo adquirieron un peso propio e independiente de otros fenómenos de estudio. Esto fue así, en tanto esta entidad advirtió que:

1. Los países señalados no eran los únicos blancos de sus acciones y que éstas se expandían cada vez más sobre los mercados emergentes (A/HRC/14/21, 2010, p. 22).
2. Sus litigios desestabilizadores iban en aumento a medida que las condiciones institucionales que requerían para operar se hacían más propicias (A/HRC/41/51, 2019, p. 8).
3. Sus actividades ponían de manifiesto algunos de los problemas estructurales más relevantes del sistema financiero mundial y eran una muestra palpable de su carácter injusto (A/HRC/RES/20/10, 2012, p. 4).

Desde entonces, el Consejo dedicó crecientes esfuerzos para caracterizar el *modus operandi* de estos fondos y denunciar su impacto sobre los DD. HH. Estos esfuerzos tenían sentido, precisamente, porque a través de esta caracterización, este organismo podía —y tal vez como con ningún otro tipo de fenómeno— dar cuenta al público en general de cuáles eran los problemas e injusticias que visualizaba en el sistema vigente y que atentaban, desde su perspectiva, contra los aludidos derechos.

A continuación, presentamos dicha caracterización tomando como fuente de datos los informes del Consejo A/HRC/14/21 y A/HRC/41/51 de 2010 y 2019, respectivamente.

2.1. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS FONDOS BUITRE EN CLAVE DE DD. HH.

De conformidad con los informes señalados, estos fondos son entidades privadas, popularmente conocidas como “buitres” debido a su *modus operandi*, a saber:⁶

1. El blanco de sus operaciones son Estados con economías maltrechas. Los fondos buitres operan durante eventos de crisis financieras con el objeto de: a) aprovechar el momento de debilidad de los países y su poca capacidad de defenderse judicialmente; b) obtener descuentos importantes en la compra de bonos soberanos que adquieren cuando el Estado endeudado está a punto de suspender el pago de su deuda o ya lo ha hecho (A/HRC/41/51, 2019, p. 3; A/HRC/14/21, 2010, p. 5).

...

⁶ Esta caracterización se refiere puntualmente a los fondos buitres que operan en el mercado de deuda soberana; no en el campo privado (A/HRC/14/21, 2010, p. 5).

2. Operan en el mercado secundario de deuda soberana, aprovechando su desregulación. Es decir, que estos fondos no prestan recursos a los Estados-blancos de sus acciones, sino que adquieren los títulos de sus deudas en estos mercados de manos de otros prestamistas. Por lo general, estos últimos están ansiosos de desprenderse de dichos títulos, precisamente, por que se avecina el *default* o éste ya se ha producido y, por ello, los venden a precios de remate. Asimismo, estos mercados les permiten actuar con gran opacidad en lo que respecta a sus transacciones e identidad: los bonos soberanos llegan a su poder sin que el Estado deudor lo sepa, ya que estos mercados funcionan al margen de su voluntad y sus bonos pasan de mano en mano sin necesidad de que sea informado (A/HRC/41/51, 2019, p. 3; A/HRC/14/21, 2010, p. 23).
3. Muchos de estos fondos se constituyen en paraísos fiscales. El secreto bancario que existe en estos centros financieros transnacionales les posibilita ser herméticos tanto en lo relativo a quienes los integran como al origen de sus recursos. De igual modo, les permite fugar capitales de los países en desarrollo si así lo requiriesen y evadir el pago de los impuestos (A/HRC/14/21, 2010, p. 7 y 24).
4. Se niegan sistemáticamente a participar en los procesos de reestructuración de la deuda. No existe una ley de quiebra internacional o semejante. De allí que, cuando la deuda de un Estado se torna insustentable, éste debe emprender por iniciativa propia un proceso para reducirla y/o refinanciarla. Esto implica entablar negociaciones complejas con acreedores muy diversos que pueden o no aceptar su oferta de reestructuración. Los fondos buitres compran su deuda sabiendo desde el inicio que no van a aceptarla y con el objeto de iniciar acciones judiciales. Con ello, el Estado en dificultades se ve bajo la amenaza de ser objeto de un juicio desgastante, con un litigante particularmente agresivo, que busca inducirlo a aceptar un acuerdo muy desfavorable (A/HRC/41/51, 2019, p. 2-3).
5. Persiguen judicialmente al país para lograr el reembolso del valor total del bono, más los intereses y las costas procesales. Los procedimientos son particularmente prolongados, costosos y gravosos, lo que demuestra que los fondos buitres son entidades con el capital suficiente como para afrontarlos. Por su parte, la capacidad del Estado para gestionar ordinariamente sus finanzas y sus reservas se ve mermada a causa de estos juicios durante un largo período (A/HRC/41/51, 2019, p. 3).
6. Se aseguran de que intervengan en la resolución de la disputa tribunales proacreedores. No existe un tribunal de quiebra internacional o semejante, de tal manera que los Estados deudores ceden su jurisdicción a favor de tribunales ubicados en el Norte Global. La mayoría de las demandas de estos fondos se interponen en EE. UU., Gran

Bretaña y Francia, que se consideran jurisdicciones amigables para los acreedores (A/HRC/14/21, 2010, p. 7).

7. “Acorralan” al país para hacer ejecutar la sentencia. Una vez que los fondos buitres han obtenido un fallo favorable, tratan de lograr su ejecución ante diferentes cortes. Pese a que muchas de sus tentativas fracasan, estos fondos persiguen a los Estados una y otra vez ante los tribunales de todo el mundo con la esperanza de bloquear sus activos, erosionar su inmunidad soberana y presionarlos para lograr un acuerdo extrajudicial favorable (A/HRC/41/51, 2019, p. 4).
8. Obtienen beneficios exorbitantes, sin haber prestado dinero a los Estados ni haber realizado ninguna inversión previa en la economía real. Los fondos buitres han logrado tasas medias de recuperación de entre 3 y 20 veces su inversión. En algunos casos, las demandas de estos fondos son de tal magnitud que constituyen una parte significativa del PIB de un país empobrecido, que debería destinarse a la efectivización de los DD. HH. afectados durante la crisis (A/HRC/41/51, 2019, p. 4).

2.2. LOS FONDOS BUITRE OPERAN EN ARGENTINA: DIAGNÓSTICO Y ESTRATEGIAS DEL CONSEJO DE DD. HH. PARA ENFRENTARLOS

En noviembre de 2013, el Experto Independiente en deuda efectuó una visita institucional a Argentina. El informe, que a raíz de la misma elevó al Consejo de DD. HH. —A/HRC/25/50, de abril de 2014— se presenta, desde el punto de vista metodológico, como una fuente de datos particularmente confiable a tiempo de reconstruir el diagnóstico de este Consejo sobre el caso argentino en el momento inmediatamente anterior a su estallido en 2014; diagnóstico clave para comprender, a su vez, su reacción frente a este suceso.

La actuación de los fondos buitres en este país hunde sus raíces en la “crisis del 2001”. Desde 1998 a 2001, explica el informe, Argentina experimentó una profunda recesión (A/HRC/25/50, 2014, p. 4). Una combinación de préstamos y asesoramientos dudosos en materia de políticas por parte del FMI, una serie de *shocks* externos y la concesión de créditos imprudentes desde el mercado financiero internacional llevaron —según el Experto Independiente— al Estado argentino a una situación de deuda insustentable (A/HRC/25/50, 2014, p. 4).

La crisis tuvo graves repercusiones económicas-sociales en Argentina. El PIB, advierte el informe, se contrajo un 25% entre 1999 y 2002, el desempleo alcanzó un 21,5% en 2002, el 53% de la población cayó ese año en la pobreza y el 24,8% en la indigencia (A/HRC/25/50, 2014, p. 7).

En términos del Experto Independiente, la reestructuración de la deuda en *default* fue un proceso prolongado y polémico (A/HRC/25/50, 2014, p. 7). En 2005, después de varios

intentos infructíferos, Argentina hizo una oferta de canje —que implicaba una condonación relevante de la deuda pendiente— que fue aceptada por el 76% del universo de acreedores al que se dirigió. En 2010, Argentina abrió un nuevo proceso en condiciones similares al anterior que elevó esa tasa de aceptación al 91,3%. Desde ahí en adelante estos acreedores fueron pagados en tiempo y forma (A/HRC/25/50, 2014, p. 7).

Como consecuencia de estos procesos y de la recuperación económica experimentada, señala el informe, la deuda como porcentaje del PIB se redujo en Argentina del 166,3% en 2002 al, aproximadamente, 45% en 2012; porcentaje que baja al 14%, si del total de dicha deuda se considera en particular la “deuda externa pública” (A/HRC/25/50, 2014, p. 7).

Ello ha permitido al Gobierno —según el Experto Independiente— aumentar de manera significativa su gasto en educación, salud y seguridad social (A/HRC/25/50, 2014, p. 7). Este nuevo escenario —remata— ha contribuido significativamente al establecimiento de las condiciones para la realización de los DD. HH. (A/HRC/25/50, 2014, p. 13).

Sin embargo, advierte el informe, subsisten en esta materia algunas dificultades, sobre todo en lo que respecta a la lucha contra la pobreza (A/HRC/25/50, 2014, p. 13). Por esta razón, sugiere al Gobierno profundizar sus políticas dirigidas a efectivizar el ejercicio de los derechos a trabajo, a la seguridad social, a la salud, a la educación y a la vivienda (A/HRC/25/50, 2014, p. 13).

Ahora bien, desde la perspectiva del Experto, esta tarea se ve entorpecida por las demandas judiciales que los fondos buitres iniciaron contra el país en la jurisdicción de Nueva York (A/HRC/25/50, 2014, p. 10).

En este sentido, observa que estos fondos no fueron quienes prestaron inicialmente el dinero a Argentina; compraron la mayor parte de la deuda que están reclamando con un importante descuento tras el *default* en 2001. Por ejemplo, el fondo NML Capital —quien lidera el juicio contra el país— pagó aproximadamente 48,7 millones de dólares por más de 220 millones en bonos argentinos emitidos antes de la crisis, pero está reclamando judicialmente el total de su valor nominal más intereses; una cantidad que constituiría un beneficio del 1.380% (A/HRC/25/50, 2014, p. 10).

La problemática cobra sentido, explica el informe, si se advierte que el tribunal de 1ª instancia de Nueva York ya falló, el 21 de noviembre de 2012, a favor de sus pretensiones y los fondos buitres demandantes rechazaron un plan alternativo de pago propuesto por Argentina el 19 de abril de 2013 (A/HRC/25/50, 2014, p. 13).

La definición de este caso plantea cuestiones estructurales que van más allá de la situación particular de este país (A/HRC/25/50, 2014, p. 10). Esto es así, explica el Experto, en tanto la resolución judicial mencionada refuerza básicamente la noción entre los acreedores de que negarse a participar en las reestructuraciones y presentar una demanda para recuperar el valor total de su deuda y los intereses es una vía apropiada (A/HRC/25/50, 2014, p. 10).

Con ello, advierte el Experto, este caso mina la capacidad de los Estados en crisis para reestructurar su deuda de manera justa y eficiente y, a su vez, alienta a que “esta clase de inversores

sin escrúpulos traten de obtener beneficios inmorales a expensas de la población pobre y más vulnerable [...] mediante litigios prolongados” (A/HRC/25/50, 2014, p. 10). Por todo ello, concluye:

El Experto independiente [...] apoya firmemente la posición del Gobierno de no ceder a las demandas irrazonables de algunos fondos buitres que siguen litigando contra el país en jurisdicciones extranjeras (A/HRC/25/50, 2014, p. 10).

Partiendo de este diagnóstico, cuando la Corte Suprema de EE. UU., en junio de 2014, confirmó las resoluciones de las instancias anteriores, el Consejo de DD. HH. activó una serie de acciones estratégicas dirigidas a evitar que las consecuencias del fallo impactasen sobre esta clase de derechos; acciones que son presentadas aquí, agrupadas en los siguientes tres ejes:

2.2.1. ESTRATEGIAS DE MOVILIZACIÓN DE SU CAPITAL SIMBÓLICO

Si bien todas las acciones activadas por el Consejo buscaban en último término disputar la cosmovisión dominante en el campo financiero —importaban, si se quiere, dar una “batalla por las ideas”—, existieron algunas de ellas puntualmente dirigidas a movilizar su capital simbólico en la comunidad internacional.

En concreto, estas acciones se materializaron en un conjunto de documentos de los años 2014 y 2015 que se toman en este punto como *corpus* de datos para analizar las principales “estrategias argumentativas” —en términos de Vasilachis (2003, p. 101)— del Consejo para lograr que los sujetos involucrados en el conflicto incorporasen la perspectiva de los DD. HH. en sus prácticas.⁷

Estas estrategias, en primer término, partían de legitimar la voz de los actores institucionales de DD. HH. en el universo financiero. La ONU, argumentó el Experto Independiente en esta dirección, es el lugar adecuado para discutir cuestiones de deuda en tanto la base de su membresía es universal e igualitaria, su capacidad técnica y de convocatoria es amplia y, finalmente, es un foro imparcial al no operar en los mercados financieros globales (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 2).

Al ser cuestionado por la prensa sobre si puntualmente el Consejo debería inmiscuirse en esta clase de cuestiones, el Experto respondió: “[Si este Consejo] no se ocupa del debate de los problemas de DD. HH. vinculados a la deuda [como el de los fondos buitres] ¿Quién lo hará? Las entidades financieras como el FMI, no tienen un record significativo en materia de DD. HH.” (OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS [OHCHR], 2014, p. 3).

...

⁷ En concreto, se tomaron en cuenta los siguientes documentos: A/70/275 (2015), SPB/SHD/GT/ff (2014), OHCHR (2014), A/HRC/AC/15/CRP.1 (2015) y A/HRC/RES/27/30 (2014).

Desde allí, estas estrategias se dirigieron a subrayar las cualidades del Derecho Internacional de DD. HH. dentro del orden jurídico global. En este sentido, el Experto Independiente expresó: “Me gustaría remarcar que las leyes que conforman este Derecho no son meras expresiones de buena voluntad, sino ‘leyes aplicables’ en el contexto de las reestructuraciones” (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 5). En particular, una solución a la problemática de los fondos buitres en clave de estas normas ayudaría a reforzar la idea de que la “corresponsabilidad” entre deudores y acreedores es la piedra angular de los mercados financieros (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 5).

Anclado en esta narrativa, el 26 de setiembre de 2014, el Consejo emitió una Resolución que en su primer acápite dispuso:

Condenar las actividades de los fondos buitres por los efectos negativos directos que el reembolso de la deuda a esos fondos, en condiciones predatorias, tiene sobre la capacidad de los gobiernos de cumplir sus obligaciones en materia de DD. HH., sobre todo los DESC y el derecho al desarrollo (A/HRC/RES/27/30, 2014, p. 3).

No es una nimiedad —explicó a la prensa, uno de los expertos del Comité Asesor— que el Consejo haya decidido condenar los fondos buitres; de hecho, la condena es “fundamental” (ZIEGLER, 2014, p. 2-3). Esto es así, sostuvo, en tanto son 47 Estados-miembro designados por la Asamblea General que han decidido, por una mayoría importante, velar por la Declaración Universal de los DD. HH.; es un gran avance para consolidar el principio de que cualquier reducción de los recursos estatales se debe a la acción de fondos especulativos, como los buitres, atentando contra el desarrollo y suponiendo un sufrimiento para los trabajadores del país endeudado (ZIEGLER, 2014, p. 2).

En el marco de esta concepción, el Experto Independiente envió al principal fondo buitres demandante de Argentina —NML Capital Limited— una comunicación formal instándolo a recalibrar sus acciones en clave de la normativa de DD. HH. (A/70/275, 2015). Es importante hacer notar, advirtió el Experto, que las empresas privadas financieras, incluidas, claro está, esta clase de fondos, deben respetar con sus prácticas este tipo de derechos. En particular, ellos poseen el deber de diligencia para identificar, prevenir y cuantificar los posibles impactos negativos que con sus acciones causen sobre los DD. HH. (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 3).

En segundo término, los discursos del Consejo se dirigieron a procurar que los tribunales del campo financiero incorporasen las normas de DD. HH. al momento de emitir sus fallos. Dos clases de estrategias argumentativas se utilizaron en este sentido.

En primer lugar, aparecieron aquellas estrategias orientadas a disputar la lógica general con la que el Consejo entendía actuaban las jurisdicciones que operan en los conflictos de deuda soberana. La concepción hegemónica en este campo, observó el Experto Independiente, es que los jueces se apeguen casi exclusivamente a lo prescripto en los contratos, juzguen

a los Estados como si fuesen un agente privado más y le atribuyan al principio *pacta sunt servanda* (“los contratos están para cumplirse”) un carácter “absoluto” (A/70/275, 2015, p. 12-13). Desde su perspectiva, esta concepción desconoce que todo contrato está limitado por el conjunto de normas y valores más generales de la comunidad internacional (A/70/275, 2015, p. 16): cuando se ponen en peligro los DD. HH., observó el Experto, la ejecución de un contrato no es un argumento suficiente para pedir a los Estados que paguen sus deudas en su totalidad y a tiempo (A/70/275, 2015, p. 17).

En segundo lugar, se presentaron aquellas estrategias orientadas a cuestionar la actuación de los jueces norteamericanos en el caso argentino concreto. De conformidad con el informe pertinente del Comité Asesor, sus decisiones representaron un “alejamiento mayúsculo” del enfoque tradicionalmente seguido en estos casos que impuso bloqueos sobre bienes inembargables, favoreciendo a los acreedores más aventajados por sobre los más desfavorecidos y, finalmente, causó daños injustificados a Argentina y a terceros inocentes, como los bonistas que habían aceptado las reestructuraciones (A/HRC/AC/15/CRP.1, 2015, p. 12-15).⁸ Las consecuencias, concluyó el informe, de estas decisiones “son claramente *shokeantes* [...] y no es sorprendente que hayan sido ampliamente cuestionadas, incluso por el propio gobierno norteamericano” (A/HRC/AC/15/CRP.1, 2015, p. 12).

Asentado sobre esta base discursiva, el Experto Independiente remitió una comunicación formal a este gobierno expresando su preocupación sobre el impacto negativo de dichas decisiones sobre los DD. HH. (A/70/275, 2015). Cabe aclarar que por entonces existía la expectativa de que algunas de estas decisiones se revirtiesen. Esta posibilidad tenía sentido porque, si bien las resoluciones centrales del caso ya estaban firmes, su puesta en práctica —que implicó el bloqueo judicial de los fondos depositados por Argentina con destino al pago de su deuda (MANZO, 2020)— daba lugar a múltiples caminos de acción que aún no habían sido revisados en sede judicial y que, asimismo, podían serlo por el poder ejecutivo de EE. UU. si considerase que afectaban las relaciones internacionales del país.

Finalmente, el Experto Independiente envió una comunicación formal al propio gobierno de Argentina (A/70/275, 2015). Éste había mantenido su posición de resistencia, aún luego de que las resoluciones centrales del caso quedasen firmes: abonar al camino contrario, explicó el Experto, es decir, si Argentina decidiese pagar a NML Capital de conformidad con los términos prescriptos por las cortes de EE. UU., expone al país a demandas multimillonarias del resto de sus acreedores que podrían solicitar términos similares (OHCHR, 2014, p. 2). Su comunicación, por lo tanto, recordaba al gobierno argentino que la toma de esta posición de ningún modo lo eludía del cumplimiento de sus obligaciones en materia de DD. HH. para con su población.

...

⁸ Para profundizar sobre la naturaleza de estas decisiones, ver Manzo (2020).

2.2.2. ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN DE LOS FONDOS BUITRE

Diez días después de que el juez de la causa NML formalizase la orden que congelaba los fondos de los acreedores de la deuda reestructurada con el fin de presionar a Argentina para que satisficiera las pretensiones de los fondos buitres demandantes, el Comité Asesor solicitó al Consejo de DD. HH. la creación de un grupo de estudio para investigarlos (A/HRC/AC/13/2, 2014, p. 7).

Considerando la labor ya realizada al respecto, este Consejo hizo lugar a dicha petición y por Resolución del 26 de setiembre de 2014 solicitó:

Al Comité Asesor que prepare un informe basado en investigaciones sobre las actividades de los fondos buitres y sus repercusiones en los DD. HH. y que presente al Consejo en su 31º período de sesiones [en agosto de 2015], para su examen, un informe sobre los progresos de esas investigaciones (A/HRC/RES/27/30, 2014, p. 3).

Hacia principios de octubre de 2014 —esto es a días de la mencionada Resolución—, el Grupo de Trabajo a cargo de esta tarea ya había sido conformado con 5 de los 18 expertos del Comité Asesor y se había designado como jefe del mismo a uno de sus miembros, Jean Ziegler.⁹ Este último subrayó la relevancia del acontecimiento al expresar que, en virtud de esta investigación, por primera vez el tema de los fondos buitres será tratado desde el ángulo de los DD. HH. a raíz de un caso concreto: “la ONU —remató— no suele discutir temas financieros, de modo que cuando los discute es que ya se alcanzó un nivel de intensidad muy alto” (ZIEGLER, 2014, p. 4).

Las exceptivas existentes en el momento sobre los posibles efectos de la labor de este Grupo pueden aquí agruparse en tres ejes. En primer lugar, se pensaba que ayudaría a sacar a la luz las actividades de estos fondos. La visibilización de su *modus operandi* a través de un informe respaldado por los máximos órganos de la ONU, se esperaba tendría un “poder moral muy grande” que influiría no solo sobre los organismos especializados más afines al Consejo, como la FAO, sino además sobre las IFIs (ZIEGLER, 2014, p. 4).

En este punto se esperaba, en particular, que el Grupo pudiese probar que los fondos buitres no constituyen especuladores aislados, sino una “creación de las oligarquías financieras” y una “parte importante del capitalismo financiero mundial” (ZIEGLER, 2014, p. 3). Tras ellos, se sospechaba, actuaba en las sombras la alta banca internacional, que los usaba para presionar a los Estados deudores a fin de evitar que estos considerasen la opción de la reestructuración como una vía sencilla para evadir el pago de sus deudas en tiempo y forma (ZIEGLER, 2014, p. 2).

...

⁹ La conformación del Grupo se institucionalizó el 23 de febrero de 2015 (A/HRC/AC/14/2, 2015, p. 4).

En segundo lugar, se consideraba que esta investigación posibilitaría mostrar de forma fehaciente que las actividades de estos fondos son ilegales según el Derecho Internacional. Si este fuese el caso, la misma ONU podría activar mecanismos para perseguirlos. Lo ideal, explicó el jefe del Grupo de Trabajo, en este sentido, sería que su Consejo de Seguridad asumiera el tema como propio, porque el capítulo 7 de la Carta lo habilita a actuar frente a amenazas contra la paz y la seguridad internacional por parte de agentes que operan al margen de la legalidad (ZIEGLER, 2014, p. 3).

Finalmente, se creía que la investigación podría generar los insumos necesarios para que los Estados limitaran o prohibieran jurídicamente las prácticas de estos fondos en sus territorios nacionales. La expectativa estaba centrada en un cambio de las reglas de juego financieras a través del Derecho supra-contractual (VIVIEN, 2016). El Grupo fomentaría este cambio al poner a disposición de los Estados un *set* de opciones legislativas a seguir, a partir del análisis y exhibición de las bondades de las legislaciones anti-buitres ya existentes (VIVIEN, 2016). A diferencia de la anterior, se trataría de una solución a esta problemática, por un lado, “indirecta” en tanto su puesta en práctica dependería de la voluntad de cada uno de los Estados-miembro y, por otro lado, “territorialmente limitada” en cuanto a que su aplicabilidad se circunscribiría precisamente a la jurisdicción de aquellos Estados que hubiesen expresado su voluntad legislativa en este sentido.

A fin de cumplir con estas expectativas, el Grupo conformado debía poner en marcha un proceso de investigación eminentemente técnico, no politizado (ZIEGLER, 2014, p. 3). Además, debía reunir información sobre una variedad de fuentes diferentes. En particular, el Consejo le solicitaba recabar aportaciones de los Estados-Miembros, los organismos de las ONU, organizaciones no gubernamentales y otras organizaciones internacionales competentes (A/HRC/RES/27/30, 2014, p. 3).

La dinámica de la investigación se organizó a través de reuniones formales, en las que los miembros del Grupo debatían sus principales avances y, en virtud de ellos, fijaban los lineamientos para orientarla (A/HRC/AC/15/2, 2015). En dichas reuniones participaban, además, agentes interesados. Así, por ejemplo, en la reunión de febrero de 2015 el Experto Independiente le recomendó al Grupo que llevara a cabo un análisis empírico más amplio que el efectuado en el informe de 2010, circunscripto al obrar de fondos buitre en los países pobres y que prestara especial atención al análisis de la tensión entre dicho obrar y la normativa del Derecho Internacional (BOHOSLAVSKY, 2015a).

Finalizado el plazo de trabajo convenido, en agosto de 2015, el litigio de los fondos buitre contra Argentina aún se encontraba en plena ebullición y sin una resolución aparente a la vista (MANZO, 2020). En este marco, el Grupo de Trabajo solicitó al Consejo una prórroga para presentar su informe final (A/HRC/AC/15/2, 2015, p. 7). No obstante ello, elevó al Comité Asesor un borrador de informe que, en términos generales, contenía ya todos los elementos que darían forma al contenido de su versión definitiva, a excepción de sus reflexiones finales (A/HRC/AC/15/CRP.1, 2015).

Este documento fue calificado por la prensa como una “verdadera mina de información” sobre las estrategias de los fondos buitres (VIVIEN, 2016). El borrador partía de subrayar las enormes inquietudes que suscitan estas estrategias, en el contexto de una creciente litigación contra los Estados deudores (GRANOVSKY, 2015). Desde allí, caracterizaba el *modus operandi* de estos fondos y analizaba empíricamente los casos más llamativos de sus operaciones en los últimos años. A continuación, explicaba por qué sus prácticas vulneraban la normativa de DD. HH. y describía las iniciativas emprendidas recientemente para combatir los efectos negativos de sus actividades (A/HRC/AC/15/CRP.1, 2015).

No obstante, no avanzaba sobre sus conclusiones y recomendaciones. Al respecto, advertía que éstas se formularían solo después del debate general que se daría en el plenario del Comité Asesor durante la sesión en la que este documento preliminar sería presentado (A/HRC/AC/15/CRP.1, 2015, p. 27). Esta dinámica tenía sentido una vez que el informe fuese aceptado por este Comité, se esperaba que comenzara una “dura batalla” por su aprobación en el Consejo de DD. HH. Allí —explicó el jefe del Grupo de Trabajo— las presiones serán muy fuertes, se discutirá cada término del informe y cada representante calibrará su decisión evaluando qué puede suceder en caso de que efectivamente fuese aprobado (ZIEGLER, 2014, p. 3).

2.2.3. ESTRATEGIAS ORIENTADAS A CAMBIAR LAS REGLAS DEL JUEGO DE LAS REESTRUCTURACIONES

No existe, como ya se señaló, una ley de quiebra internacional. En este escenario, a medida que avanzaba el caso argentino, se hacía evidente para el grueso de los observadores que las reglas del juego que ordenaban por entonces las reestructuraciones de deuda soberana no eran adecuadas, hasta el punto de tornarlas en abstracto prácticamente inviables.

Esto es así, en tanto este caso demostraba que un porcentaje verdaderamente minoritario de acreedores (de poco más del 1% del universo total) tenía la posibilidad de bloquear un acuerdo de reestructuración alcanzado por un país con la amplia mayoría de ellos y, desde allí, sumirlo en una crisis financiera casi 15 años después de decretado el *default*. Se trata de una situación que no podría acontecer en los territorios nacionales, precisamente, en virtud de que las leyes de quiebra existentes consagran que un acuerdo alcanzado con un porcentaje dado de acreedores —generalmente de 2/3 del universo total— se torna obligatorio para los restantes.

Con ello, en vísperas de que la Corte Suprema de EE. UU. se pronunciase sobre el aludido caso, el Experto Independiente sostuvo que “se necesita urgentemente un mecanismo internacional independiente basado en un conjunto claro de normas y procedimientos vinculantes para resolver los problemas de la deuda soberana” (A/HRC/25/50/Add.3, 2014, p. 22). De igual modo, advirtió, que el proceso de construcción de dicho mecanismo debería ser apoyado por los propios acreedores (A/HRC/25/50/Add.3, 2014, p. 23) y funcionar bajo los auspicios de una institución incluyente y legítima, como la ONU (A/HRC/23/37, 2013, p. 23).

En este contexto, el Consejo emitió una resolución lamentando la inexistencia de un mecanismo semejante y, en particular, que hasta la fecha no hayan prosperado los intentos

“de corregir las injusticias del actual sistema de solución del problema de la deuda, que sigue poniendo los intereses de los prestamistas por encima de los intereses de los países endeudados y de los pobres que viven en esos países” (A/HRC/RES/23/11, 2013, p. 3). Por consiguiente, solicitó que se intensifiquen los esfuerzos para concebir mecanismos “destinados a cancelar o reducir sustancialmente la carga de la deuda externa de todos los países en desarrollo” (A/HRC/RES/23/11, 2013, p. 3).

Cuando la Corte Suprema de EE. UU. finalmente convalidó el fallo contra Argentina, el G77+China efectivamente canalizó dichos esfuerzos a través de la ONU y, el 9 de septiembre de 2014, la Asamblea General activó un proceso para redactar una suerte de ley de quiebra internacional en el plazo de un año (A/RES/68/304, 2014). Una semana antes de que tal resolución de hecho se aprobase, el G77+China había enviado una comunicación formal a los actores institucionales del Consejo de DD. HH. invitándolos a emitir opinión al respecto de la iniciativa presentada (SPB/SHD/GT/ff, 2014). Visto así, las estrategias que se analizan en este acápite se vinculan a los aportes de este Consejo al referido proceso; estos aportes se concretaron en los siguientes cuatro eventos concretos.

En primer lugar, el Consejo, el 26 de setiembre de ese año, emitió una resolución alentando a todos los Estados, por un lado, a participar en las negociaciones encaminadas a establecer el marco jurídico propuesto y, por otro lado, a garantizar que ese marco fuese compatible con las normas de DD. HH. (A/HRC/RES/27/30, 2014, p. 3).

En los considerandos de esta resolución, el Consejo observó que este marco sería una herramienta fundamental para impedir que los fondos buitres paralicen las actividades de los países, impidiendo que protegiesen a su pueblo conforme el Derecho Internacional (A/HRC/RES/27/30, 2014, p. 2). De igual modo, consideró que la decisión de efectuar una reestructuración es un “derecho soberano” de los Estados, que no debe verse frustrado ni obstaculizado por ninguna medida procedente de otro territorio nacional (A/HRC/RES/27/30, 2014, p. 2).

En segundo lugar, el Experto Independiente envió una comunicación al G77+China mostrando su apoyo a la iniciativa presentada y advirtiéndole que el fenómeno de los fondos buitres “es sólo una, aunque probablemente la más destacada, evidencia de las consecuencias del vacío legal existente en las reestructuraciones” (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 2). De allí que, advirtió, la convalidación de sus pretensiones por parte de los tribunales envía un mensaje equivocado al mundo con repercusiones estructurales sobre las reestructuraciones que el futuro mecanismo debe silenciar (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 2).¹⁰

...

¹⁰ El mensaje, sostuvo el Experto, es el siguiente: “aquellos acreedores que no acepten una reestructuración y litiguen contra el deudor serán reembolsados íntegramente, mientras que aquellos que se esforzaron y

Por otra parte, en dicha comunicación, el Experto sostuvo que este mecanismo debería incluir una referencia explícita a los dos instrumentos jurídicos centrales en materia de DD. HH. en el ámbito financiero —v.g. los Principios Rectores de DD. HH. sobre Deuda (A/HRC/20/23, 2011) y Empresas (A/HRC/17/31, 2012)— para asegurar que las obligaciones que emanan del Derecho Internacional de este campo se consideren adecuadamente en el contexto de las reestructuraciones (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 2).

En tercer lugar, el Experto Independiente participó en la reunión de enero de 2015 del Comité, conformado para redactar el aludido mecanismo, presentando un documento oficial en el que, básicamente, operacionalizó el contenido de los referidos Principios en seis prescripciones concretas a tener en cuenta durante las reestructuraciones (BOHOSLAVSKY, 2015).

En virtud de ellas, el futuro mecanismo —sostuvo el documento— debería, entre otras cosas, advertir que: todos los agentes involucrados en estos procesos, incluidos el FMI y los acreedores privados, deben respetar los DD. HH.; el árbitro actuante debe ser transparente e imparcial; deben evitarse medidas regresivas sobre los DESC; debe realizarse un análisis de sustentabilidad de la deuda que considere la efectividad de los DD. HH.; finalmente, deben crearse las vías para asegurar el involucramiento en las negociaciones de los actores de DD. HH. y de la sociedad civil (BOHOSLAVSKY, 2015).

Por último, y en virtud de su participación en la reunión de julio de 2015 del aludido Comité, el Experto Independiente elevó a la Asamblea General un documento clarificando, para los efectos del futuro mecanismo, las nociones de “sostenibilidad” y “legitimidad” de la deuda (A/70/275, 2015, p. 11).

Si un Estado —expresó el Experto, criticando la concepción hegemónica de estas nociones en el ámbito financiero— “debe pagar la deuda siempre y en cualquier circunstancia, independientemente del propósito para el que se solicitaron los fondos, en qué se los gastó o el esfuerzo que significa reembolsarlos, sin duda esta idea se basa en un concepto demasiado simplista de la soberanía y los contratos” (A/70/275, 2015, p. 17).

Cuando una de las partes de la relación financiera es un Estado, observó el Experto, al momento de exigir la ejecución de un contrato deben necesariamente considerarse sus obligaciones para con los DD. HH. (A/70/275, 2015, p. 16). A la luz de los efectos *erga omnes* de las normativas de este campo, esto no debe resultar extraño a los prestamistas, quienes también deben respetar estos derechos (A/70/275, 2015, p. 17). Lo dicho no genera incertidumbre jurídica, porque existen reglas de larga data para interpretar normas internacionales conflictivas; de hecho, —concluyó— negar la existencia de un conflicto normativo y no

...

aceptaron que había que reducir la deuda serán los únicos que sufran el recorte [...] [con ello] los acreedores serán mucho más reacios a participar en las reestructuraciones y las crisis serán más largas” (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 2).

poner en diálogo las obligaciones financieras con las de los DD. HH. es, en último término, lo que provoca incertidumbre (A/70/275, 2015, p. 20).

3. LAS RELACIONES DE PODER QUE LIMITAN LA EFICACIA DE LAS ACCIONES DE DD. HH.:

LA GOBERNANZA FINANCIERA GLOBAL EN ACCIÓN EN EL CASO ARGENTINO

La historia de los fondos buitres operando contra Estados está íntimamente vinculada a la evolución del mercado de deuda soberana. Hasta la globalización financiera, el grueso del financiamiento externo de los países en desarrollo provenía de fuentes oficiales. A partir de los años 1970, los grandes bancos comerciales comenzaron a liderar dicho proceso a través de la concesión de créditos sindicados y directos. Sin embargo, esta modalidad crediticia comenzó a ser sustituida en los años 1980 por un proceso de titulación de las deudas soberanas promovido por el FMI en respuesta a la crisis de la deuda por entonces vigente (BOUGHTON, 2001).

En este contexto, la emergencia de un verdadero “mercado de bonos de países emergentes” suele asociarse simbólicamente al Plan Brady de 1989 en el que, precisamente, se canjearon parte de los pasivos externos de los países afectados por dicha crisis por nuevos títulos de deuda (BOUGHTON, 2001). A partir de allí, se gestaron las condiciones institucionales propicias para la actuación de estos fondos (MANZO, 2021b). Los bonos soberanos empezaron a ser revendidos en mercados secundarios y sus riesgos cubiertos por diferentes tipos de derivados. Entre 2003 y 2014, el *stock* de bonos existentes prácticamente se triplicó¹¹ y las divisas en juego en su mercado secundario eran varias veces superiores al valor de tal *stock* (GULATI y GELPNER, 2006, p. 8). Si bien este proceso implicó la despersonalización y la heterogenización del universo de agentes relacionados al mercado de deuda soberana, sus principales resortes de poder siguieron estando altamente concentrados.

Con el fin de fundamentar esta afirmación, es necesario comenzar por aclarar que en tal mercado no participan en calidad de deudores los países de economías avanzadas; quienes emiten títulos de deuda en éste son exclusivamente países periféricos en busca de financiamiento externo para sus economías (MANZO, 2019a; GULATI y GELPNER, 2006).

En la práctica, la colocación de sus títulos es realizada por grandes bancos de inversión con casa matricial en los países del G7. Hacia principios del siglo XXI, cerca de media docena de ellos dominaba el espacio (GULATI y GELPNER, 2006, p. 9). Estos bancos compiten entre sí para tomar la mayor cantidad de gobiernos-clientes en tanto sus servicios son retribuidos a través de jugosas comisiones. Asimismo, su negocio no suele terminar con la gestión

...

11 Entre 2003 y 2014, el *stock* de bonos soberanos en este mercado pasó de aproximadamente 300 mil a 900 mil millones de dólares (GULATI y GELPNER, 2006, p. 8; IMF, 2014, p. 18).

de la emisión propiamente dicha, sino que continúa durante toda la vida del bono emitido; esto es así, en tanto estas entidades suelen operar como agentes financieros intermediarios para el pago/cobro de esos títulos (MANZO, 2020). Finalmente, brindan servicios a la comunidad de inversores —a la cual ellos también pertenecen— emitiendo reportes periódicos sobre este mercado (GULATI y GELPNER, 2006).

La documentación de una emisión dada es, en la práctica, efectuada por firmas jurídicas especializadas con oficinas centrales en los territorios del G7. Media docena de firmas norteamericanas, todas excepto una con sede principal en Wall Street, documentan los bonos soberanos emitidos bajo la Ley de Nueva York y no más de un puñado de firmas con sede en la City de Londres hacen lo propio con los bonos de la Ley Inglesa (GULATI y GELPNER, 2006, p. 11).¹² En caso de conflicto, tanto los gobiernos deudores como los acreedores, suelen contratar sus servicios para asesoramiento o representación (MANZO, 2019b).

Al no existir una Ley ni un tribunal de quiebra internacional, tales conflictos se resuelven bajo la Ley y la jurisdicción de los Estados a los que la documentación de los bonos remite. Al momento del estallido del caso de los fondos buitres con Argentina, casi el 90% del *stock* de bonos soberanos existente remitía a estos efectos al Estado de Nueva York o al de Inglaterra (IMF, 2014, p. 6). Visto así, los jueces de estas dos jurisdicciones eran los encargados de juzgar, a través de su ley estatal civil o comercial, el grueso de los conflictos internacionales que se sucedían en este mercado entre un Estado soberano y sus acreedores (MANZO, 2020).

Por el costado de estos últimos, es decir, por el costado de los agentes inversores que compran los bonos soberanos de forma primaria, el mercado es también concentrado. A principios del siglo XXI, unas pocas docenas de fondos reunían en su poder la mayor parte de la deuda externa emitida por los gobiernos de los mercados emergentes (GULATI y GELPNER, 2006, p. 9).¹³ Los grandes bancos comerciales —incluidos, aquellos que asisten a los gobiernos en sus emisiones— siguen teniendo en este espacio un papel destacado, ya sea a través de la compra directa de estos bonos o, indirecta, por medio de su participación en otros fondos inversores. Junto a ellos actúan una variedad de prestamistas diferentes que van desde fondos específicamente conformados para operar con esta clase de títulos, pasando por compañías de seguro o fondos de pensión y llegando hasta *hedge funds* especializados en la compra de títulos de alto riesgo (GULATI y GELPNER, 2006).

...

¹² Según Gulati y Gelpner (2006, p. 11): “Pocas de estas firmas tienen [hacia su interior] más de uno o dos asociados especializados en deuda soberana”.

¹³ Esta concentración no ocurre cuando en una emisión dada participan inversores nacionales o minoristas del país emisor (GULATI y GELPNER, 2006, p. 9).

Es relevante, de igual modo, advertir que todos los agentes del sector privado mencionados —bancos asistentes, firmas jurídicas e inversores—, pese a sus posiciones diversas, y en muchos casos encontradas, se integran como miembros de organizaciones empresariales conformadas para defender los intereses del sector. Al momento del estallido del conflicto argentino, cinco de estas organizaciones caracterizaban todo el espacio. Tres de ellas estaban focalizadas puntualmente en los mercados emergentes (por sus siglas en inglés, EMCA, EMTA e IIF) y las dos restantes en títulos de mercados maduros (SIFMA e ICMA) (MANZO, 2019a, p. 17). El grueso de sus cargos jerárquicos estaban ocupados por representantes de los grandes bancos de los países del G7 (MANZO, 2019b).

Por último, cabe advertir que entre estos agentes del sector privado y los del sector oficial de dichos países existe una serie de vasos comunicantes. Los máximos representantes de la Reserva Federal de EE. UU. y de aquellas áreas del Tesoro vinculadas a este mercado provienen usualmente de firmas líderes de Wall Street y, al abandonar sus cargos, regresan al ámbito financiero privado (ROTHBARD, 2011). Este fenómeno de “puertas giratorias” es común también en el gobierno de las IFIs (TOUSSAINT, 2006). Asimismo, los representantes de uno y otro sector suelen mantener reuniones informales para discutir asuntos de interés común; puntualmente, en lo que atañe al debate del régimen de reestructuraciones, desde 2004, estas reuniones adquirieron carácter formal y periódico en el Comité creado para tales efectos por IIF (IIF, 2014; MANZO, 2019a).

3.1. LA GOBERNANZA FINANCIERA GLOBAL TRAS LA SOLUCIÓN PRO-MERCADO A LA PROBLEMÁTICA DE LOS FONDOS BUITRE

Desde un inicio, el poder ejecutivo norteamericano siguió con preocupación el desarrollo del caso argentino. En este contexto, en abril y en diciembre de 2012, efectuó sendas presentaciones frente a la Corte de Apelaciones para respaldar las solicitudes de Argentina que buscaban revertir las decisiones del juez de Nueva York de primera instancia a favor de los fondos buitres.¹⁴

En estas presentaciones, el gobierno argumentó que, por un lado, la interpretación de las cláusulas contractuales en disputa por parte de dicho juez era errónea y adversa a los intereses políticos de EE. UU. y, por otro lado, que la medida cautelar por él ordenada vulneraba la soberanía de Argentina y podría dañar las relaciones internacionales de EE. UU. Asimismo, advirtió sobre los posibles efectos negativos de estas decisiones sobre el régimen de reestructuraciones de deuda soberana (NML, 2012).

...

¹⁴ Briefs US government as Amicus Curiae, US Court of Appeals for the 2^o Circuit, April 4th and December 28th, 2012, case:12-105(L).

De allí que, en 2013, cuando la referida Corte de Apelaciones confirmó las decisiones de primera instancia y sin esperar la resolución al respecto por parte de su Corte Suprema, —es decir, sin esperar a que el caso “estallase”— el Tesoro norteamericano activó un proceso de reforma de este régimen; proceso que tuvo tres grandes diferencias con respecto a aquel impulsado en el seno de la ONU (A/RES/68/304, 2014).

En primer lugar, mientras que este último pretendía efectuar una reforma integral del régimen vigente, el Tesoro focalizó su atención en una única problemática, a la que denominó el “problema de acción colectiva” (IMF, 2014). Este recorte era acotado aún para el diagnóstico de dificultades visualizadas por entonces por el propio FMI en las reestructuraciones (IMF, 2013). El esfuerzo del Grupo de Trabajo creado por el Tesoro —rememora en este sentido quien lo liderara— “estuvo orientado por el pragmatismo, por la búsqueda de resultados concretos y precisos, y por el no engancharse en un meta-debate sobre una estrategia más amplia” (SOBEL, 2016, p. 4)

Esta forma de ingreso por parte del Tesoro al campo de las reestructuraciones fue diferente a la de la ONU hasta el punto que la “problemática de los fondos buitres” desapareció en ella como tal. Lo que había que solucionar para el gobierno de EE. UU. era, en definitiva, la manera de organizar la acción de los acreedores en las reestructuraciones de forma colectiva, sin que en dicha organización se avasallasen a las minorías o, a la inversa, sin que estas últimas pudiesen —como en el caso argentino— alterar el resultado de estos procesos considerados como un todo. Como bien explicó en aquel momento el FMI, esta reforma no supone una transferencia de poder “de los acreedores al deudor”, sino, más bien, “de los acreedores individuales a los acreedores como grupo” (HAGAN, 2014, p. 2).

En segundo lugar, en tanto que el proceso de la ONU se orientaba a redactar una suerte de ley de quiebra internacional, el del Tesoro pretendía resolver el problema observado por medio de la redacción de nuevos “modelos de cláusulas contractuales” con reglas específicas para organizar, precisamente, la acción colectiva de los acreedores en las reestructuraciones. Este enfoque era “pro-mercado” —Hagan (2014, p. 1)— en tanto no afectaba su lógica autorregulativa. En efecto, las partes de una futura operación de crédito continuarían negociando sus derechos y obligaciones sin intervención alguna de un tercero, pudiendo decidir descentralizadamente si incorporar o no esos nuevos modelos de cláusulas en sus contratos.

Finalmente, mientras que el proceso de la ONU se activó a partir de una convocatoria pública y abierta,¹⁵ el del Tesoro lo hizo a través de una cerrada y a dedo. En concreto, la convocatoria de este último actualizaba el caso particular de la “matriz política” de la globalización financiera conformada en los años 1970 y 1980 por los gobiernos de los países centrales

...

15 Ver: A/RES/68/304 y A/C.2/69/L.4/Rev.1 de 2014.

de Occidente, las IFIs —mayormente controladas por ellos— y los grandes bancos o corporaciones financieras con casa matricial en sus territorios.

En términos organizativos, el carácter más novedoso de este proceso de reforma fue el hecho de que sentó en un plano de igualdad —o, si se quiere, en calidad de “socio”— en una mesa de trabajo del sector oficial a agentes del sector privado: “nosotros entendimos —explicó el director legal del FMI en este sentido— que, desde el momento en que el enfoque escogido era un enfoque-de-mercado, requería, no sorprendentemente, el trabajo con los actores del Mercado. Eso es, precisamente, lo que hemos estado haciendo” (HAGAN, 2014, p. 3).

En la práctica, la representación del sector privado se efectuó a partir de la convocatoria a dos de las cinco organizaciones empresariales ya mencionadas: ICMA e IIF. El rol de ICMA fue central en este proceso, formando parte desde el inicio de sus discusiones generales e integrando sus equipos técnicos encargados de diseñar los borradores de cláusulas previstos (SOBEL, 2016). En su selección pesó el hecho de que ICMA tenga su sede central en Londres y que entre sus casi 500 firmas asociadas se encuentren representados agentes tanto del lado oferente como del demandante de bonos soberanos (GELPNER, 2014).

La labor de IIF en esta matriz fue menos visible. Miembros de su *staff* se insertaron en las discusiones del Grupo de Trabajo y sus autoridades auxiliaron a ICMA en la redacción de sus propios modelos de cláusulas (SOBEL, 2016). Esta asociación se fundó en los 1980 con motivo de la crisis de la deuda externa y sus socios incluían los principales bancos comerciales afectados. Muchos de los involucrados en esta experiencia, explican Gulati y Gelpern, “se conocían por haber trabajado juntos en las reestructuraciones de los 80; momento en que las normas informales de esta pequeña comunidad de banqueros de elites, abogados y funcionarios gobernaban el escenario” (GULATI y GELPERN, 2006, p. 67). Si ICMA garantizó la representación de los agentes financieros del mercado europeo en este nuevo proceso, la IIF hizo lo propio con aquellos del estadounidense.

Por parte del sector oficial, el principal gobierno convocado por el Tesoro al proceso de reforma fue el británico. De hecho, ambos gobiernos aparecieron como pares en este proceso; dicho de otro modo, en éste la jurisdicción inglesa fue elevada al nivel de la de Nueva York en tanto se organizó para diseñar modelos de cláusulas con las especificidades propias de estas dos jurisdicciones (IMF, 2014, p. 6). El equipo técnico encargado de redactar estos modelos estuvo, en la práctica, compuesto exclusivamente por ciudadanos de EE. UU. y Gran Bretaña.¹⁶

Los representantes de Francia y Alemania fueron invitados a las reuniones de discusión (SOBEL, 2016, p. 4) y los de Canadá, Italia y Japón declararon estar activamente insertos en

...

¹⁶ Ver: Integración del equipo en Tabla N° 5, Manzo (2019b, p. 1646).

el debate por intermedio del FMI (A/68/PV.107, 2014). La participación de estos gobiernos del G7 fue, comparativamente a la de sus pares anglosajones, secundaria porque la Comunidad Europea había presentado sus propios modelos de cláusulas a principios de 2013. También lo fue la participación de los representantes de México, Brasil, Uruguay y Turquía que se involucraron en las discusiones generales del proceso, pero no en los equipos de redacción de los nuevos modelos (MANZO, 2019a).

Por último, las IFIs estuvieron representadas en este Grupo de Trabajo por el FMI. Esta entidad cumplió, en el proceso de reforma, un rol central tanto antes de que éste efectivamente comenzase —analizando empíricamente el problema de acción colectiva en las últimas reestructuraciones (IMF, 2013)—, como durante su desarrollo —involucrándose en las discusiones generales y conformando los equipos técnicos de redacción de las cláusulas modelo (MANZO, 2019a)— e, incluso, una vez que este Grupo concluyó su labor, monitoreando el grado de aplicación de las reformas efectuadas (IMF, 2017).

En síntesis, se advierte que este proceso de reforma fue impulsado y controlado por las elites que dominan el mercado de deuda, al menos, desde la década del 1980. En su núcleo aparecieron representados, participantes del sector oficial de los países anglosajones, del FMI y de los grandes jugadores del capital financiero de Wall Street y la City de Londres; en sus márgenes, los del resto de los países del G7, de los emergentes incluidos y los de otros jugadores operantes en dichas jurisdicciones financieras.

Así, esta matriz organizativa hacía descansar sobre una pequeña comunidad de agentes —que escogía, previamente, el problema a resolver y la modalidad jurídica para hacerlo— la capacidad de dotar en la práctica de contenido a la reforma y abría sus puertas a la discusión de dicho contenido a otra comunidad de agentes calculadamente seleccionada.

Al comparar esta integración con la del mencionado Comité *ad hoc* conformado en la ONU para reformar el régimen vigente se advierte que en la matriz política impulsada por el Tesoro no participaron los siguientes agentes con intereses en una correcta organización de las reestructuraciones: 1) entidades interestatales, intergubernamentales y del sistema de Naciones Unidas, diferentes del FMI; 2) actores institucionales de DD. HH.; 3) agrupaciones de la sociedad civil; 4) organizaciones de trabajadores; 5) expertos con una visión heterodoxa de la relación deuda soberana, economía y sociedad, en general, y no anclados en la posición *contractualista* del debate sobre reestructuraciones, en particular. De igual modo, no tuvieron igual grado de representación en uno y otro proceso los países en desarrollo (A/AC.284/2015/2, 2015; MANZO, 2019b).

3.2. EL PAPEL DE LOS AGENTES DOMINANTES DEL MERCADO FINANCIERO EN LA ONU: LA LIMITADA EFICACIA DE LAS ACCIONES DEL CONSEJO

Para septiembre de 2014, cuando el Consejo de DD. HH. activaba la investigación de los fondos buitres y la Asamblea General emplazaba la redacción de un mecanismo vinculante para reestructuraciones, el Grupo de Trabajo convocado por el Tesoro norteamericano ya había

presentado sus resultados –nuevas cláusulas-modelos, denominadas CACs– por medio de ICMA y el FMI (IMF, 2014; HAGAN, 2014).

Si bien, expresó el Experto Independiente al respecto, estos nuevos modelos “pueden abordar algunos problemas, sigue existiendo un vacío legal que debe resolverse en el campo de la reestructuración de la deuda (BOHOSLAVSKY, 2015, p. 3)”. Las CACs, sostuvo, incluso cuando están diseñadas e interpretadas correctamente, lo que no puede darse por sentado, no abordan completamente los problemas de coordinación ni el resto de las dificultades estructurales que se plantean en este campo (SPB/SHD/GT/ff, 2014, p. 4).

Anclado en este entendimiento, como ya se mencionó, la ONU decidió activar un proceso de reforma más amplio que el realizado por este Grupo de Trabajo. Este proceso fue impulsado por el G77+China y su apertura contó en la Asamblea General con el apoyo de 124 países y el rechazo de solo 11, entre los que se encontraban, precisamente, aquellos que habían liderado la labor en dicho Grupo (EE. UU., Gran Bretaña, Alemania, Japón y Canadá). Francia e Italia, los otros dos países que junto a ellos completan el G7, se abstuvieron en dicha votación (1ª columna, Tabla 3).

TABLA 3 – **RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA EN TORNO A REESTRUCTURACIONES 2014/15**
(VOTOS A FAVOR, EN CONTRA Y ABSTENCIONES)

VOTOS DE PAÍSES	RESOLUCIÓN A/RES/ 68/304 (1)	RESOLUCIÓN A/RES/69/ 247 (2)	RESOLUCIÓN A/RES/69/319 (3)
AFIRMATIVOS	124 (70,45%)	128 (71,91%)	136 (74,32%)
ABSTENCIONES	41 (23,30%) (FRANCIA E ITALIA)	34 (19,10%) (FRANCIA E ITALIA)	41 (22,41%) (FRANCIA E ITALIA)
NEGATIVOS	11 (6,25%) (CANADÁ, ALEMANIA, JAPÓN, GRAN BRETAÑA Y ESTADOS UNIDOS)	16 (8,99%) (CANADÁ, ALEMANIA, JAPÓN, GRAN BRETAÑA Y ESTADOS UNIDOS)	6 (3,27%) (CANADÁ, ALEMANIA, JAPÓN, GRAN BRETAÑA Y ESTADOS UNIDOS)
TOTAL:	176 (100%)	178 (100%)	183 (100%)

“Hacia el establecimiento de un marco para reestructuraciones”, Asamblea de 9 de septiembre de 2014.

“Modalidad para el establecimiento del marco de reestructuraciones”, Asamblea de 29 de diciembre de 2014.

“Principios básicos para reestructuraciones”, Asamblea de 10 de septiembre de 2015.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de la información contenida en dichas Resoluciones.

En el Consejo de DD. HH. la oposición de los países del G7 a las resoluciones en las que se abordaron por entonces cuestiones relativas a la deuda soberana se manifestó, incluso, antes de que estallara el caso argentino. Así, en 2013, los representantes de estos países se opusieron a aquella Resolución por la que este órgano solicitaba la creación de un nuevo mecanismo de reestructuración (1º columna, Tabla 4) y en 2014 hicieron lo propio con aquella que extendía el mandato del Experto Independiente por un nuevo período de tres años (2º columna, Tabla 4).

Su oposición a la Resolución de condena e investigación de los fondos buitres – 3º columna, Tabla 4 – resalta en particular, ya que los votos negativos expresados en el Consejo se circunscribieron exclusivamente a dichos países del G7 y a República Checa.

TABLA 4 – **RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE DD. HH. EN MATERIA DE DEUDA 2013/2014** (VOTOS A FAVOR, EN CONTRA Y ABSTENCIONES)

VOTOS DE PAÍSES	RESOLUCIÓN A/HRC/ RES/23/11 (1)	RESOLUCIÓN A/HRC/ RES/25/16 (2)	RESOLUCIÓN A/HRC/ RES/27/30 (3)
AFIRMATIVOS	30 (63,83%)	30 (63,83%)	33 (70,21%)
ABSTENCIONES	2 (4,26%)	3 (6,38%)	9 (19,15%) (FRANCIA E ITALIA)
NEGATIVOS	15 (31,91%) (ALEMANIA, JAPÓN, ITALIA Y EE. UU.) CANADÁ, GRAN BRETAÑA Y FRANCIA NO TENÍAN REPRESENTANTE EN EL CONSEJO	14 (29,79%) (ALEMANIA, JAPÓN, GRAN BRETAÑA, FRANCIA, ITALIA Y EE. UU.) CANADÁ NO TENÍA REPRESENTANTE EN EL CONSEJO	5 (10,64%) (ALEMANIA, JAPÓN, GRAN BRETAÑA Y EE. UU.) CANADÁ NO TENÍA REPRESENTANTE EN EL CONSEJO
TOTAL:	47 (100%)	47 (100%)	47 (100%)

“Consecuencias de la deuda sobre los DD. HH.”, Consejo de 21 de junio de 2013.

“Renovación del mandato del Experto Independiente, Consejo de 24 de marzo de 2014.

“Condena e Investigación de los fondos buitres”, Consejo de 26 de setiembre de 2014.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de la información contenida en dichas Resoluciones.

El Gobierno de EE. UU. legitimó en la Asamblea su oposición a estos procesos de reforma, argumentado, “que ya se está trabajando sobre esa cuestión técnicamente compleja en otros foros más adecuados, entre ellos el FMI y órganos no gubernamentales, como ICMA”

(A/C.2/69/SR.37, 2014, p. 4). Asimismo, advirtió que estos procesos implican “la movilización de importantes recursos del sistema de la ONU para cuestiones que ya se están abordando en otras instituciones internacionales. Es poco afortunado malgastar tiempo y dinero en procesos duplicados” (A/C.2/69/SR.37, 2014, p. 4).

En este contexto, a fines de 2014, y luego de analizar el contenido de las propuestas debatidas en este foro, la representante de Italia en la ONU, hablando en nombre de la Unión Europea, aclaró la posición que tomarían en adelante los agentes dominantes del campo financiero en este proceso. En concreto, sostuvo que su participación en las discusiones “dependerá de diversas condiciones” (A/C.2/69/SR.37, 2014, p. 5).

En primer lugar, señaló que estas discusiones deben “limitarse a la elaboración de un conjunto de principios no vinculantes que tengan en cuenta un enfoque de contratación voluntaria y basada en el mercado para las reestructuraciones y que aspiren a ampliar su aplicación” (A/C.2/69/SR.37, 2014, p. 5); es decir, y en sentido inverso, estos agentes “no participarán en debates que tengan por objetivo el establecimiento de un marco jurídico multilateral para reestructuraciones que sean vinculantes” (A/C.2/69/SR.37, 2014, p. 5).

En segundo lugar, advirtió, que el trabajo en la ONU deberá “reflejar la labor reciente y en curso en materia de reestructuraciones realizadas por el FMI, o llevada a cabo en estrecha colaboración con éste y con su apoyo técnico. Los debates también deberían aludir a la labor realizada en otros foros sobre estas cuestiones, como el Club de París” (A/C.2/69/SR.37, 2014, p. 5). Estos foros, concluyó, son las “instancias apropiadas para encontrar soluciones” en este campo (A/C.2/69/SR.37, 2014, p. 5).

Bajo esta narrativa, los países del G7 votaron en contra de la Resolución de la Asamblea —aprobada por el voto afirmativo de 128 países (2ª columna, tabla 3)—, que decidió la conformación de un Comité *ad hoc* para encauzar los debates en este proceso de reforma. Dicha Resolución invitó expresamente a sumarse a ellos al FMI, al BM y a las entidades del sector privado con interés en la materia (A/RES/69/247, 2015, p. 3).

Pese a esta invitación, ninguno de los agentes del núcleo del Grupo de Trabajo convocado por el Tesoro norteamericano se involucró en la labor del Comité, es decir, no participaron en sus discusiones los representantes de los países del G7, del capital financiero con asiento en sus territorios ni de las IFIs (A/AC.284/2015/2, 2015). Tampoco lo hicieron en los debates que tuvieron lugar en el seno del Comité Asesor de DD. HH. relativos a la investigación de las actividades de los fondos buitres (A/HRC/AC/15/2, 2015), aun cuando el Consejo también los había instado expresamente a sumarse al proceso (A/HRC/RES/27/30, 2014, p. 3).

En este marco, el Comité *ad hoc* conformado finalizó su labor a mediados de 2015 sin haber conseguido su objetivo de redactar un mecanismo legal para reestructuraciones. En su lugar, y en línea con lo solicitado por la embajadora de Italia, presentó a la comunidad internacional un conjunto de “principios no vinculantes” dirigidos a orientar las prácticas de los agentes participantes en estos eventos (A/RES/69/319, 2015). La Resolución que los

institucionalizó en la Asamblea recibió solo 6 votos negativos, 5 de los cuales fueron de los países del G7; Francia e Italia volvieron a abstenerse en la votación (3ª columna, tabla 3).

El punto N° 8 de esta Resolución, relativo al principio de la “sostenibilidad de la deuda soberana”, hizo una mención expresa a la necesidad de garantizar en las reestructuraciones el “respeto de los DD. HH.” (A/RES/69/319, 2015, p. 2). De igual modo, incorporó una serie de prescripciones que iban en línea con lo sugerido por el Experto Independiente en su participación en el Comité (BOHOSLAVSKY, 2015). Efectivamente, su punto N° 1 advirtió que estos procesos no pueden verse obstaculizados por medidas abusivas de otros Estados o acreedores y los N° 2, 3, 4 y 7 receptaron los principios de buena fe, transparencia, imparcialidad y legitimidad con la que deben actuar todos los involucrados en una reestructuración dada (A/RES/69/319, 2015, p. 2).

Por su parte, el Grupo de Trabajo de DD. HH. continuó su investigación sobre los fondos buitres luego de haber presentado su informe preliminar en agosto de 2015 (A/HRC/AC/15/CRP.1, 2015). Su versión final fue concluida en febrero del año siguiente y debía someterse a votación en el Consejo en el mes de setiembre (ZIEGLER, 2018). Sin embargo, dicha votación no aconteció y se pospuso por tiempo indefinido.

De conformidad con el experto que lideró esta investigación, este resultado obedeció a los cambios producidos en el escenario político de Argentina (ZIEGLER, 2018). La posición de resistencia del país a las decisiones de la justicia norteamericana, se abandonó cuando el oficialismo perdió las elecciones presidenciales a manos de un partido opositor que había prometido activar un curso de acción diferente. Así, a principios de 2016, el litigio NML concluyó cuando el nuevo gobierno argentino logró un acuerdo con los fondos buitres demandantes y otros acreedores *holdouts* pagando un monto aproximado de 6,5 mil millones de dólares (A/HRC/41/51, 2019, p. 7).

El informe final de esta investigación fue, finalmente, recibido por el Consejo en setiembre de 2019. Este describe de manera detallada el *modus operandi* de los fondos buitres, su actuación en los últimos casos y da cuenta del por qué sus prácticas atentan contra la plena efectividad de los DD. HH. Sin embargo, en su desarrollo, no traza una relación entre estos fondos y otros actores dominantes del campo financiero y, en sus conclusiones, no declara ilegales, sino “ilegítimas” sus actividades (A/HRC/41/51, 2019, p. 19). Recomendando, por último, una serie de acciones a realizar por la comunidad internacional para restringir sus prácticas, entre las que se destacan las acciones legislativas a adoptar por los Estados en sus propios territorios (A/HRC/41/51, 2019, p. 20).

REFLEXIONES FINALES

Luego del estallido del caso argentino, el Consejo de DD. HH. desplegó un conjunto de acciones en el campo financiero internacional, años atrás impensadas. Este artículo procuró exhibir las condiciones que posibilitaron este despliegue y, al mismo tiempo, la brecha entre las expectativas depositadas al inicio del proceso y los resultados finalmente alcanzados, con la

esperanza de reflexionar sobre las potencialidades y dificultades del enfoque de DD. HH. para anidar en este campo.

El análisis efectuado mostró que no se requirió modificar los acuerdos constitutivos de la ONU y el FMI para realizar estas acciones. El Consejo hizo en este caso lo que jurídicamente dichos acuerdos siempre autorizaron a hacer. Esto es así, en tanto en el diseño originario de la arquitectura internacional los DD. HH. fueron ubicados en el centro de la cooperación económica internacional y las IFIs como organismos especializados de la ONU que debían propender a su efectivización, aceptando la orientación y fiscalización del ECOSOC a estos efectos (CNU, 1945, Art. 55 y cc).

Pese a esta posibilidad, el Consejo no puso en práctica sus facultades en el campo financiero hasta fines de los años 1990. El análisis realizado exhibió que el puntapié inicial de este viraje se dio en el ámbito de la deuda con la creación de la figura del Experto Independiente; figura que, básicamente, procuró recortar la distancia —aún existente— entre los procedimientos especiales en materia de DESC y los de los derechos políticos y civiles. En la producción de este resultado, se conjugaron tanto factores exógenos (fin de la Guerra Fría, crisis del Consenso de Washington, etc.) como endógenos al propio campo de DD. HH. (v.g. nuevo paradigma de DD. HH.).

En este marco, el trabajo mostró que hacia 2014 el Consejo ya había superado el grueso de las dificultades que complotan —de conformidad con la literatura especializada— contra la activación de este enfoque frente a posibles vulneraciones de los DESC. En efecto, se dio cuenta de que por entonces las nuevas figuras institucionales habían ya desarrollado las capacidades técnicas para operar frente a la amenaza de los fondos buitres y contaban a su disposición con mandatos acordes a la intervención requerida y marcos normativos específicamente adoptados a la situación.

Asimismo, el análisis realizado exhibió que las particulares características del caso argentino habían generado un contexto político-social propenso para la actuación del Consejo —en un momento en el que el retardo de la reforma de la gobernanza del FMI cerraba la posibilidad de canalizar por su intermedio propuestas alternativas al orden vigente— que los propulsores de las iniciativas abordadas supieron aprovechar para sus fines.

En su segunda sección, el artículo mostró que la caracterización de los fondos buitres del Consejo se opuso a la cosmovisión dominante en este campo. En virtud de esta cosmovisión, los actores hegemónicos invisibilizaron estos fondos en el caso concreto, al presentarlos o bien como simples acreedores, a los que se les vulneraban sus derechos contractuales, o bien como acreedores *holdouts* en el marco de cláusulas contractuales inadecuadas para resolver los problemas de acción colectiva. Por uno y otro camino, sus discursos —abstractos y aparentemente neutros— desacoplaron este fenómeno de la realidad histórica-social que posibilita su existencia y reproducción.

En el período abordado, el enfoque de DD. HH. lo reinsertó en dicha realidad a través de cuatro movimientos discursivos interrelacionados; en efecto, el análisis realizado permite

observar que el Consejo presentó los fondos buitres como un fenómeno: 1) social —no individual o descentralizado exclusivamente en las partes de un conflicto dado— que moviliza recursos siguiendo los patrones de poder que estructuran al mercado financiero internacional: desde el Trabajo al Capital y desde el Sur al Norte Global; 2) estructural —no superficial o coyuntural— que se nutre de los vacíos legales existentes y de las contradicciones del sistema financiero para desenvolverse en la práctica; 3) central —no marginal ni una simple externalidad— que para reproducirse requiere la mediación de un conjunto de actores dominantes, con los jueces de las jurisdicciones claves a la cabeza, que por acción u omisión toleran o potencian sus prácticas; 4) ilegítimo —no neutro o puramente económico— que activa un conjunto de relaciones que trascienden el mundo financiero, desnudando su carácter injusto.

El trabajo exhibió, anclado en esta narrativa, que el Consejo desplegó un conjunto de acciones autónomas o en cooperación con la Asamblea para evitar la reproducción de estos fondos en el futuro. Entre las primeras, se destacaron aquellas dirigidas a condenar e investigar su *modus operandi* y, entre las segundas, aquellas orientadas a alterar las reglas de fondo de las reestructuraciones. Advirtiéndose que estas acciones no fueron efectivas a tiempo de cumplir con sus fines tangibles más concretos (alterar el resultado del litigio, iniciar un proceso de persecución de estos fondos por parte de la comunidad global o redactar una suerte de ley de quiebra internacional) sus efectos deben juzgarse en el plano simbólico.

En este plano, la investigación realizada posibilita presentar estos efectos simbólicos en dos niveles, según su mayor o menor grado de abstracción. En un nivel más general, estas acciones fueron efectivas al momento de visibilizar a escala global la vocación del Consejo, por una parte, de incorporar y legitimar la perspectiva de los DD. HH. en los debates propios del campo financiero y, por otra, de dar los marcos interpretativos específicos para que los distintos agentes que se desenvuelven en este campo tomen consciencia e incorporen las prescripciones de DD. HH. en sus prácticas concretas.

En un nivel más tangible, estas acciones fueron efectivas al momento de poner a disposición de su audiencia internacional una narrativa alternativa sobre los fondos buitres que, por un lado, presentó un menú de opciones legislativas que los Estados pueden seguir para acotar su margen de acción y, por otro lado, arrojó luz sobre las prácticas que estos fondos desarrollan en la opacidad, y disputó su cobertura legitimante construida en torno a la legalidad de sus conductas.

En el caso abordado, el Consejo efectuó esta disputa de dos formas. En primer término, mostrando empíricamente cómo y por qué con sus prácticas estos fondos menoscaban la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones en materia de DD. HH., evadiendo su propia obligación de evaluar los efectos negativos de dichas prácticas sobre estos derechos (A/HRC/41/51, 2019, p. 7-14). En la actual etapa de transición en la que se encuentra la nueva ortodoxia de DD. HH. con respecto al paso de un sistema Estado-céntrico a uno en el que graviten de manera creciente los actores no-estatales, los nuevos desarrollos normativos

y doctrinarios apuntan a tazar la responsabilidad que les cabe a esta clase de actores por su complicidad en dicho menoscabo (BOHOSLAVSKY, 2019; VAN GENUGTEN, 2015).

En segundo término, subrayando el lugar que ocupa el principio de buena fe en el Derecho Internacional. En coincidencia con la opinión esbozada por Ziegler (2018), sostenemos que estos fondos operan “ilegalmente” de conformidad con este Derecho, ya que ellos arriban a la Justicia no porque tengan un derecho vulnerado de forma espontánea, sino porque ellos mismos se han ubicado conscientemente en dicha situación de vulneración con el objeto de obtener ganancias extraordinarias por vía judicial.

Este principio es universalmente reconocido en los Estados a los efectos de evitar que sus institutos jurídicos se desvirtúen, precisamente al ser usados con lógicas y objetivos para los cuales no fueron creados. Puntualmente, en el campo financiero desde la Edad Media estaba prohibido la compra de títulos con el fin de litigar (DOCTRINA CHAMPERTY y MANZO, 2021, p. 266) y en materia de reestructuraciones la buena fe se vulnera si los acreedores no participan en el proceso con espíritu colaborativo, es decir, sabiendo desde el inicio que van a rechazar las ofertas del deudor (A/RES/69/319, 2015, p. 2). Cuando dicho reconocimiento existe con tal extensión se convierte en fuente del Derecho Internacional (Art. 38, estatuto CIJ). Corresponde, consecuentemente, a los jueces actuantes en esta clase de casos —aun siendo de jurisdicciones estatales— aplicar este principio para rechazar las demandas de estos fondos, tomando en consideración que dichos casos son en esencia internacionales.

En su tercera sección, el artículo problematizó el porqué de la limitada efectividad práctica de las acciones del Consejo, poniendo el acento en el comportamiento de los agentes dominantes del campo durante el proceso; agentes representados, en concreto, por los gobiernos del G7, las IFIs y las asociaciones de las grandes corporaciones financieras. El análisis realizado posibilita observar la capacidad de estos agentes para articularse frente a problemáticas puntuales de manera eficiente, con el objetivo de presentar resultados tangibles antes que los agentes subalternos se organicen para elaborar sus propuestas alternativas.

Mientras que estos últimos brindaron su apoyo en el FMI a los nuevos modelos de cláusulas contractuales, los primeros, como se mostró, se opusieron de principio a fin a los procesos activados en la ONU.¹⁷ Esta oposición se comprende desde sus propios intereses. Efectivamente, de prosperar las acciones del Consejo, estos agentes dominantes deberían aceptar durante las reestructuraciones la puesta en práctica de marcos normativos construidos desde

...

17 Durante el primer *round* de reformas del régimen de reestructuraciones en 2001-2003, la posición contractualista del Tesoro Norteamericano y aliados triunfó sobre la legalista, utilizando una táctica semejante que bien podría expresarse en los siguientes términos: apóyennos con la reforma de los contratos (“lo menos”) mientras se sigue indagando sobre la posibilidad de establecer un mecanismo legal (“lo más”); efectuada la primer reforma, los contractualistas se retiran del escenario (MANZO, 2019a).

entidades con sistemas de votación un país-un-voto y cosmovisiones diferentes; entidades que, por otra parte, desempeñarían en estos procesos distintos roles, que en el régimen actual recaen exclusivamente sobre estos agentes. Asimismo, la redistribución de recursos que en ellos acontece debería en adelante efectuarse buscando compatibilizar los derechos de los acreedores con los DD. HH. de las poblaciones afectadas por la crisis.

El análisis efectuado posibilita concluir que la efectividad de su “poder de veto” —en palabras de Bohoslavsky (2022)— sobre la voluntad asociada de más de 120 países en la Asamblea de la ONU descansa en el alto grado de concentración del mercado de deuda soberana. Mientras que la estructuración de este mercado siga haciendo convergir el grueso de los flujos de divisas transnacionales sobre espacios puntuales de jurisdicciones estatales controlados por una pequeña red de agentes interconectados, es difícil que propuestas como las ensayadas por el Consejo puedan en la realidad prosperar; en palabras metafóricas, basta con que los dueños de la pelota y la cancha no asistan al partido programado para que éste quede suspendido.

AGRADECIMIENTOS

El autor agradece el apoyo financiero del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

REFERÊNCIAS

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Responsabilidad por complicidad financiera: ¿Por qué cuesta tanto? *In: Los DD. HH. en el mundo financiero* (en prensa).

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Complicity of international Financial institutions in violation of human rights in the context of Economic reforms. *Columbia Human Rights Law Review*, New York, v. 52, n. 1, p. 203-250, 2019.

BOUGHTON, James M. *Silent Revolution: The International Monetary Fund 1979-1989*. IMF, Washington, 2001.

DOMÍNGUEZ, Elvira; SEPÚLVEDA, Magdalena. Contextualizing the Cassese Report. *In: BOHOSLAVSKY, Juan Pablo et al. Pinochet's Economic Accomplices: An Unequal Country by Force*. London: Lexington Books, 2020. p. 63-76.

GELPNER, Anne. A Sensible Step to Mitigate Sovereign Bond Dysfunction. *PIIE blogs*, New York, 2014. Disponible en: <https://piie.com/blogs/realtime-economic-issues-watch/sensible-step-mitigate-sovereign-bond-dysfunction>. Consultado el 22 de septiembre de 2017.

GIANVITI, François. Economic, Social and Cultural Rights and the IMF. *IMF*, Washington, 2002. Disponible en: <https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/gianv3.pdf>. Consultado en marzo de 2021.

GOLDMANN, Matthias. Contesting Austerity in the 1970s and 1980s: When Human Rights Went Missing. In: *Human Rights in Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 1-32.

GRANOVSKY, Martín. Leyes para que respeten los derechos humanos — Reclamo del Comité Asesor al Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre deuda soberana. *Diario Página 12*, Buenos Aires, 13 de agosto de 2015. Disponible en: www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-279270-2015-08-13.html. Consultado el 05 de febrero de 2022.

GULATI, Mitu; GELPNER, Anne. Public Symbol in Private Contract: A Case Study. *Washington University Law Quarterly*, St. Louis, v. 84, n.7, p. 1627-1715, 2006.

HAGAN, Sean. Conference Call on Addressing Collective Action Problems in Sovereign Debt Restructuring. *IMF News Articles*, Washington, 09 de octubre de 2014.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE (IIF). IIF Special Committee on Financial Crisis Prevention and Resolutions: Views on the Way Forward for Strengthening the Framework for Debt Restructuring. *Institute of International Finance (IIF) Special Committee Working Paper*, Washington, enero de 2014.

KRIKORIAN, Marcelo. *Derechos humanos, políticas públicas y rol del FMI: Tensiones, errores no asumidos y replanteos*. La Plata: Librería Editora Platense, 2013.

LARRALDE HERNÁNDEZ, Juan. Reformas de Gobierno del FMI en 2008-2013. In: *FLACSO-ISA Conferencia Conjunta Internacional*, ISANET-FLACSO, Buenos Aires, 23 al 25 de Julio de 2014. Disponible en: web.isanet.org/Web/.../3733e679-3e27-4ff0-b95c-6fe37c128615.pdf. Consultado el 09 de abril de 2022.

MANZO, Alejandro Gabriel. Reestructuraciones de deuda soberana: el debate sobre su regulación en términos de disputa por la gobernanza global. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 9-45, 2018.

MANZO, Alejandro Gabriel. ¿Gobernanza financiera?: comparación de las matrices políticas de las que emergieron las CACs 2003 y 2014. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 1, e1908, jan-abril, 2019a. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201908>.

MANZO, Alejandro Gabriel. El discurso de la gobernanza como legitimador de las elites financieras en el campo de las reestructuraciones de deuda soberana. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1617-1656, 2019b.

MANZO, Alejandro Gabriel. Global Justice: Why Not State Jurisdictions in Transnational Financial Disputes? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, 2020.

MANZO, Alejandro Gabriel. ¿Qué hay de nuevo? Repensando el nexos jurídico entre el FMI y los Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México (en revisión desde el 25 de marzo de 2021a).

MANZO, Alejandro Gabriel. Condiciones institucionales que posibilitan la existencia de los “fondos buitres”: la dilución del principio de inmunidad soberana en el caso NML vs Argentina. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 27, n. 3, p. 261-280, 2021b.

MANZO, Alejandro Gabriel. El punto cero: la génesis del desacoplamiento del FMI del sistema internacional de DDHH de la ONU (parte I y II). *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de San Isidro, año III, n. 4, p. 237-317, 2022.

ROTH-ARRIAZA, Naomi. The Belated Centrality of the Economic Dimension in Transitional Justice: A Case Study. In: BOHOSLAVSKY, Juan Pablo *et al.* *Pinochet's Economic Accomplices: An Unequal Country by Force*. London: Lexington Books, 2020. p. 21-35.

ROTHBARD, Murray N. Wall Street, los bancos y la política exterior norteamericana. Traducción de Juan José Gamón Robres. Auburn: Mises Institute, 2011. Disponible en: <https://cdn.mises.org/Wall%20Street%20los%20Bancos%20y%20la%20Pol%C3%ADtica%20Exterior%20Norteamericana.pdf?token=pTyZkCjI>. Consultado el 15 de febrero de 2022.

SOBEL, Mark. Strengthening Collective Action Clauses: Catalysing Change-the Back Story. *Capital Markets Law Journal*. Oxford, Oxford University Press, v. 11, n. 1, p. 3-11, 2016.

TOUSSAINT, Eric. *Banco Mundial: el golpe de Estado permanente. La agenda oculta del Consenso de Washington*. Vilassar de Dalt: El Viejo Topo, 2006.

VAN GENUGTEN, Willem. The WBG, the IMF and Human Rights: about Direct Obligations and the Attribution of Unlawful Conduct. In: VANDENHOLE, Wouter (ed.). *Challenging Territoriality in Human Rights Law*. New York: Routledge, 2015. p. 44-68.

VASILACHIS, Irene. *Pobres, pobreza, identidad y representaciones sociales*. Barcelona: Gedisa, 2003.

VIVIEN, Renaud. Fondos buitres: el Informe Ziegler nos muestra el camino a seguir. *Comité para la Abolición de las Deudas Ilegítimas (CADTM)*, Liège, 19 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.cadtm.org/Fondos-buitres-el-Informe-Ziegler>. Consultado el 09 de abril de 2022.

XERCAVINS, Josep. La crisis global, las Naciones Unidas y la gobernabilidad democrática mundial. Barcelona: Universitat Politècnica de Catalunya, 2009. Disponible en: https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/6586/xFIUNREPORTd_es.pdf. Consultado el 15 de febrero de 2022.

ZIEGLER, Jean. Los fondos buitres hacen el trabajo sucio. *Diario Página 12*, Buenos Aires, 05 de octubre de 2014. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-256853-2014-10-05.html>. Consultado el 05 de febrero de 2022.

ZIEGLER, Jean. Fondos buitres: la plutocracia contra el pueblo”. In: *Red en Defensa de la Humanidad (REDH-CUBA)*, [s.l.], 04 de enero de 2018. Disponible en: <https://redh-cuba.org/2018/01/fondos-buitres-la-plutocracia-pueblo-jean-ziegler/>. Consultado el 05 de febrero de 2022.

Documentos y normativas citadas

Del FMI (por su sigla en inglés IMF) y ONU general

IMF. Sovereign Debt Restructuring: Recent Developments and Implications for the Fund’s Legal and Policy Framework. *IMF Report*, Washington, 2013.

IMF. Strengthening the Contractual Framework to Address Collective Action Problems in Sovereign Debt Restructuring, *IMF Policy Paper*, Washington, 02 de septiembre, p. 1-48, 2014.

IMF. Second Progress Report on Inclusion of Enhanced Contractual Provisions in International Sovereign Bond Contracts. *IMF Report*, Washington, 2017.

ONU. *Carta de las Naciones Unidas* [CNU]. 1945. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf. Consultado el 15 de febrero de 2022.

Experto Independiente

A/HRC/14/21. Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, New York, 14º período de sesiones, 29 de abril de 2010, Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-foreign-debt>.

A/HRC/25/50/Add.3. Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, de Cephas Lumina. Misión a la Argentina (18 a 29 de noviembre de 2013). *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, New York, 25º período de sesiones, 02 de abril de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/129/41/PDF/G1412941.pdf?OpenElement>.

A/HRC/RES/25/16. Mandato del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, New York, 25º período de sesiones, 15 de abril de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/136/06/PDF/G1413606.pdf?OpenElement>.

A/69/273. Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, New York, 69º período de sesiones, 07 de agosto de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/498/10/PDF/N1449810.pdf?OpenElement>.

A/70/275. Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, New York, 04 de agosto de 2015. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-foreign-debt>.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Towards a multilateral legal framework for debt restructuring: Six human rights benchmarks States should consider. In: *UN Human Rights: OHCHR*, Geneva, 26 de enero de 2015. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Development/IEDebt/DebtRestructuring.pdf>.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Mandate of the Independent Expert on the Effects of Foreign Debt and Other Related International Financial Obligations of States on the Full Enjoyment of Human Rights, Particularly Economic, Social and Cultural Rights – Vulture Funds and Human Rights. In: *UN Human*

Rights: OHCHR [Statement], Geneva, 14th session of the Human Rights Council Advisory Committee, 25 de febrero de 2015a. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/Session14/StatementJuanPabloBohoslavsky.pdf>. Consultado el 04 de septiembre de 2022.

SPB/SHD/GT/ff. Mandate of the Independent Expert on the Effects of Foreign Debt and Other Related International Financial Obligations of States on the Full Enjoyment of all Human Rights, Particularly Economic, Social and Cultural Rights. [Carta del Experto Independiente a la Asamblea General y al G77+China]. *Office of the High Commissioner for Human Rights* [OHCHR], Geneva, 05 de septiembre de 2014. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IEDebt/letter_Chairman_of_the_Group_G77.pdf.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Human rights impact must be addressed in vulture fund litigation – UN experts. *UN Human Rights: OHCHR* [Press Release], Geneva, 27 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15354>. Consultado el 04 de septiembre de 2022.

Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de la ONU

A/HRC/AC/13/2. Informe del Comité Asesor sobre su 13º período de sesiones. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 12 de septiembre de 2014.

A/HRC/AC/14/2. Informe del Comité Asesor sobre su 14º período de sesiones. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 23 a 27 de marzo de 2015.

A/HRC/AC/15/L.1. Proyecto de medida: Actividades de los fondos buitres y sus repercusiones en los DDHH. Informe del Comité Asesor sobre su 15º período de sesiones. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 10 a 14 de agosto de 2015.

A/HRC/AC/15/2. Informe del Comité Asesor sobre su 15º período de sesiones. *ONU: Consejo de Derechos Humanos* Ginebra, 10 a 14 de agosto de 2015.

A/HRC/33/54 Informe del Comité Asesor sobre las actividades de los fondos buitres y sus repercusiones en los DDHH. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, 33er período de sesiones, 20 de julio de 2016.

A/HRC/AC/17/2 Informe del Comité Asesor sobre su 15º período de sesiones. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, 07 de septiembre de 2016.

A/HRC/41/51. Actividades de los fondos buitres y sus repercusiones en los derechos humanos. Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 41er período de sesiones, 24 de junio a 12 de julio de 2019. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/132/69/PDF/G1913269.pdf?OpenElement>.

ZIEGLER, Jean. A/HRC/AC/15/CRP.1: Draft progress report on the activities of vulture funds and the impact on human rights. In: *UN: Human Rights Council. Advisory Committee*, Geneva, 03 de agosto de 2015.

Consejo de Derechos Humanos de la ONU

A/HRC/20/23. Report of the Independent Expert on the Effects of Foreign Debt and Other Related International Financial Obligations of States on The Full Enjoyment of All Human Rights, Particularly Economic, Social and Cultural Rights, by Cephias Lumina – Guiding Principles on Foreign Debt and Human Rights. *UN: Human Rights Council*, 20th session, 10 de abril de 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-23_en.pdf.

A/HRC/17/31. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, de John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 17º período de sesiones, 21 de marzo 2011. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/121/93/PDF/G1112193.pdf?OpenElement>.

A/HRC/RES/20/10. Consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 20º período de sesiones, 18 de julio de 2012. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/162/03/PDF/G1216203.pdf?OpenElement>.

A/HRC/23/37. Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, de Cephias Lumina. Evaluación de los efectos de las iniciativas internacionales de alivio de la deuda en los derechos humanos. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 23º período de sesiones, 11 de junio de 2013. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/146/27/PDF/G1314627.pdf?OpenElement>.

A/HRC/RES/23/11. Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 23º período de sesiones, 21 de junio de 2013. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/149/54/PDF/G1314954.pdf?OpenElement>.

A/HRC/RES/27/30. Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales: las actividades de los fondos buitres. *ONU: Consejo de Derechos Humanos*, Ginebra, 27º período de sesiones, 26 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/181/02/PDF/G1418102.pdf?OpenElement>.

Asamblea General de la ONU

A/CN.4/L.702. Fragmentos del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. *Asamblea General de la ONU: Comisión de Derecho Internacional*, New York, 58º período de sesiones, 18 de julio de 2006. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/628/66/PDF/G0662866.pdf?OpenElement>.

A/68/948. Carta de fecha 7 de julio de 2014 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente del Estado Plurinacional de Bolivia ante las Naciones Unidas. *Asamblea General de la ONU: Informe del Consejo Económico y Social*, New York, 68º período de sesiones, 07 de julio de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/427/94/PDF/N1442794.pdf?OpenElement>.

A/RES/68/304. Hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana. *Asamblea General de la ONU*, New York, 68º período de sesiones, 09 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/530/08/PDF/N1453008.pdf?OpenElement>.

A/C.2/69/SR.37. Acta resumida de la 37ª sesión, segunda comisión. *Asamblea General de la ONU*, New York, 20 de enero de 2015. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/673/20/PDF/N1467320.pdf?OpenElement>.

A/RES/69/247. Modalidades para aplicar la resolución 68/304, titulada “Hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana”. *Asamblea General de la ONU*, New York, 69º período de sesiones, 13 de enero de 2015. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/719/41/PDF/N1471941.pdf?OpenElement>.

A/AC.284/2015/2. Informe del Comité Especial sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana. *Asamblea General de la ONU*, New York, 04 de agosto de 2015. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/244/26/PDF/N1524426.pdf?OpenElement>.

A/RES/69/319. Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana. *Asamblea General de la ONU*, New York, 69º período de sesiones, 29 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/277/85/PDF/N1527785.pdf?OpenElement>.

COMO CITAR ESTE ARTICULO:

MANZO, Alejandro Gabriel. Derechos humanos en acción: posibilidades y dificultades para penetrar en el mundo financiero. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2329, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202329>

Alejandro Gabriel Manzo

INVESTIGADOR ADJUNTO EN CONSEJO NACIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS (CONICET). PROFESOR ADJUNTO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA (UNC). DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES (UNC). MAGÍSTER EN SOCIOLOGÍA (UNC). MASTER OF ARTS IN THE SOCIOLOGY OF LAW POR EL OÑATI INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE SOCIOLOGY OF LAW (IISJ), ESPAÑA.

alemanzo@unc.edu.ar

1 Don State Technical University,
Rostov-on-Don, Russia
<https://orcid.org/0000-0003-3988-2066>

2 Vegas Lex Law Firm, Moscow,
Russia
<https://orcid.org/0000-0001-9996-5299>



A New Legal Concept for Understanding the Essence of Production and Consumption Waste: A View from Russia

NOVO CONCEITO LEGAL PARA ENTENDER A ESSÊNCIA DOS RESÍDUOS DE PRODUÇÃO E CONSUMO: UM OLHAR DA RÚSSIA

Aleksey Anisimov¹ and Dmitriy Motorin²

Abstract

Recently, production and consumption waste has been recognized as a distinct legal category in the environmental law of the Russian Federation. This regulatory category has been changed several times within a short period. The study evidences that these changes were ontological, resulting from a change in approach to the distinction of waste from other results of economic activity. In practice, these changes introduced new characteristics into the concept of waste, each of which is related to one of the approaches to understanding the essence of waste identified by the authors of the article. The article reveals handicaps of earlier and contemporary approaches to understanding the legal essence of waste in Russia. Based on the results of the study, a new *subjective* approach is proposed. This approach can serve as a starting point for shaping a new conceptual understanding of waste able to improve environmental law and promote quality enforcement.

Keywords

Production and consumption waste; environmental law; legislative history, waste terminology; legal category.

Resumo

Os resíduos de produção e consumo passaram a ser considerados uma categoria legal separada na lei ambiental da Federação Russa há relativamente pouco tempo. E o regulamento da categoria foi várias vezes alterado nesse curto período. O estudo demonstra que tais mudanças foram ontológicas, fundamentadas pela mudança de abordagem da diferenciação dos resíduos em relação aos demais resultados das atividades econômicas. Na prática, tais mudanças introduziram novas características ao conceito de resíduos. Cada uma delas está relacionada a uma das abordagens de compreensão da essência dos resíduos identificadas pelos autores do artigo. O artigo revela deficiências das abordagens anteriores e contemporâneas para a compreensão da essência jurídica dos resíduos que se formaram na Rússia. Pelos resultados do estudo, é proposta uma nova abordagem subjetiva, que pode servir como ponto de partida para moldar uma nova compreensão conceitual dos resíduos que melhorará a qualidade da lei ambiental e da fiscalização.

Palavras-chave

Resíduos de produção e consumo; direito ambiental; histórico legislativo, terminologia de resíduos; categoria legal.

INTRODUCTION

Official documents at all levels register growing quantities of production and consumption waste every year. According to official statistical data, the annual increase of waste generated in Russia represents approximately 500 mln t (7,266.05 mln t in 2018, 7,750.8 mln t in 2019), and only about 50% of it is actually utilized (ROSPRIRODNADZOR, 2020). The situation with municipal solid waste (MSW)¹ is even more troubling. With the current growth of MSW quantities, the capacity of waste landfill sites will be depleted in 32 Russian regions by 2024 (ACCOUNTING CHAMBER OF THE RUSSIAN FEDERATION, 2020).

Such a situation has been evidenced in Russia even though all strategic environment protection and planning documents clearly state that the government shall strive to stimulate entities to use and neutralize waste instead of depositing (burying and storing) it.²

The Strategy for the Development of the Industry for Processing, Recycling and Treatment of Waste for the period until 2030 was approved for that purpose.³ It is expected that implementation of the Strategy will result in:

- decreased quantity of generated waste;
- changed structure and system of waste handling with an emphasis on waste utilization and neutralization (rather than burial);

...

- 1 Municipal solid waste: waste generated on residential premises in the process of consumption by individuals, as well as goods which have lost their consumer properties in the process of their use by individuals on residential premises in order to meet personal and household needs.
- 2 In Russian legislative: «Waste utilization – use of waste for production of goods (products), performance of works, provision of services, including reuse of waste and its intended purpose (recycling), its return to the production cycle after appropriate preparation (regeneration), extraction of useful components for its reuse (recovery), as well as use of solid municipal waste as a renewable energy source (secondary energy resources) after the extraction of useful components at processing facilities.
Waste neutralizing – reduction of waste mass, changes in its composition, physical and chemical properties (including incineration, except for incineration associated with the use of solid municipal waste as a renewable energy source (secondary energy resources) and/or disinfection at specialized facilities) in order to reduce negative impact of waste on human health and environment.
Waste burying – isolation of waste which is not subject to further disposal at special storage facilities in order to prevent harmful substances from entering the environment.
Waste storing – storage of waste in specialized facilities for a period of more than eleven months for the purpose of recycling, neutralization and burial».
- 3 Decree of the Government of the Russian Federation No. 84-r of January 25th, 2018 «On Approval of the Strategy for Development of Industry for Processing, Recycling and Neutralization of Production and Consumption Waste for the Period Up to 2030».

- established criteria and procedure for referring waste to the category of recyclables;
- regulatory framework harmonization and terminology update.

Similar aims have been set by the President for the Environmental Security Strategy of the Russian Federation until 2025.⁴ Therefore, the Russian government absolutely understands that it is mandatory to develop the technologies for waste utilization in the country. The 2015 environmental law review became one of the first solid measures in this process.

During the review, Federal Law No. 89-FZ, dated June 24, 1998 and titled «On Production and Consumption Waste» (henceforth – Law No. 89-FZ) was significantly changed:

- provisions on the concept of extended producer responsibility (EPR) were included;
- a disposal charge⁵ was introduced;
- a centralized waste management system was created in the Russian Federation constituents on the basis of the regional waste management operators;
- territorial and federal schemes of waste management were created.

However, the main change was an adjustment to industry terminology to align it with the 1989 Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal (hereinafter – the Basel Convention).

In practice, the focus to align the environmental terminology exclusively to meet the standards and definitions generally accepted globally has aggravated legal uncertainties. Inclusion of new legal norms into Russian laws did not rehabilitate the industry.

RESEARCH ISSUES AND HYPOTHESIS

The academic community has expressed concerns regarding the inefficiency of the waste management industry reform, persistently high rate of waste disposal and lack of resources for the creation of modern waste recycling technologies. It is emphasized that the laws still evidence many gaps in the regulation of waste management activities (GILMUNDINOV, TAGAEVA and BOXLER, 2020, p. 133).

...

⁴ Decree of the President of the Russian Federation No. 176 of April 19th, 2017 «On the Strategy of Environmental Safety of the Russian Federation for the Period Up to 2025».

⁵ Disposal charge – a mandatory monetary payment made for any wheeled vehicle, self-propelled cars and trailers included, imported from foreign countries or manufactured in Russia.

Activists and industry representatives usually disagree on the ecological issues, however, they find common ground on this issue.

It is reasonable to concur with the opinion, issued by the international environmental organization Greenpeace (2021), that the increased quantities of waste recycling and utilization do not solve waste challenges, as such a model does not account for the downcycling process that results in the production of new items of lesser quality. The demand for such items diminishes and consumers return to using the initial resources.

Industry representatives confirm that there are problems with waste recycling (VAKHRAMEEV, 2017).

Pupkova and Shevtsov (2019 and 2020) state in their research that, between 2014 and 2019, one of the most popular sites for e-initiatives in Russia – Change.org – demonstrated stable growth in the quantity of petitions on waste management issues (against placement of waste disposal sites/waste incineration plants and for innovations in waste management).

Governmental representatives are also debating the inefficiency of the waste law review. Varfolomeeva (2016, p. 34), a member of the High Ecological Council with the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation, stated, in 2016, for example, that the production and consumption waste management reform «evidences great difficulties, to say the least».

The reform's implementation is questioned at the regional level as well. The Samara Oblast government regards measures to harmonize social, business and environmental interests as necessary (CHEREDNIKOV, 2021, p. 273).

All that has led to discussions in the academic community. Further on, when the new laws were applied, their shortcomings were quickly exposed. One of the main reasons for the numerous issues is the inadequate that occasionally allows for qualifying and differentiating tangible objects into waste/non-waste.

For instance, after the breakup of the USSR, during the period of transition to market economy in the 1990s, the cases in which suitable-for-use and having-value-in-use metal products were misclassified as scrap metal waste were widespread. Spare car parts, electrical wires, different steel and non-ferrous metal industry products were delivered to the scrap yards and, further on, exported (BRINCHUK, 1998).

Lawmakers went so far as to introduce a separate definition of «scrap/waste of non-ferrous and/or ferrous metals» in Article 1 of Federal Law No. 89-FZ. These were defined as «articles made from non-ferrous and/or ferrous metals, and alloys thereof, which have become dysfunctional or lost their consumer properties». However, the situation did not bring about the desired benefit.

In Primorye (the Far East of Russia) stealing of scrap ferrous and non-ferrous metals became an issue. As per data from the Judicial Information Agency Review Magazine (2001, p. 272), the citizens in the region were not only carrying to the scrap-yards products such as telephones and electrical and home appliances, but also a Lenin monument in Lesozavodsk and ammunition stolen from the Vladivostok military arsenal. Military personnel even tried to take apart a

decommissioned atomic submarine. Additional administrative sanctions introduced by regional lawmakers addressed the problem. However, the legislation was shortly annulled by court decision, as the representative body of the sub-federal region had acted outside their jurisdiction.

Thus, the new definitions granted law enforcement authorities absolute freedom in qualifying material objects as waste. Furthermore, the terminology used in the industry does not clearly differentiate waste from other results of production activities.

GOST 30772-2001⁶ established the definition for a «byproduct»:

additional products made during manufacturing of core products, not because they represent the purpose of the production, but because they are suitable to be used as raw material in another production process or for consumption as a ready-made product. (RUSSIA, 2001).

According to the note to this definition, a byproduct is not regarded as waste. At the same time, the difference between byproducts and other residues of manufacturing activities is vague.

For example, dephosphorization⁷ in the metallurgical industry is applied alongside other processes for increasing quality and controlling the content of impurities in steel products. Dephosphorization is performed by means of adding slagging materials, often freshly burnt lime, into liquid alloy.

Dolomitic limestone is used as raw material for the production of lime; at high temperatures, it breaks down into carbon dioxide and lime. During incineration, small particles of lime are suspended in upward gas streams and further collected in filters at gas treatment plants as lime dust (lime powder). The chemical composition of such dust coincides completely with lime that is created during the burning of dolomitic limestone. However, for dephosphorization, lime must be in lumps, which is why lime powder is not used in steel making.

If we address lime powder from the point of view of the definition provided in Law No. 89-FZ, it would thus represent a waste product, as it consists of a residue in the production process. In such a form, lime does not have consumer properties. On the other hand, this lime is an end product. It can be used in construction, for whitewashing, and soil fertilization, given that it has the features of a byproduct as per GOST 30772-2001.

In practice, a similar problem with waste and byproduct identification occurs in other industries as well, which will be dealt with in detail in section 6 of this article.

...

⁶ GOST (State standart) 30772-2001. *Resource saving. Waste management. Terms and definitions*. Approved by the Resolution of State Committee of the Russian Federation for Standardization and Metrology of December 28, 2001 No. 607-st.

⁷ That is, reducing amount of phosphorus and its derivatives in steel melt to the values required for a particular grade of steel.

It is unquestionable that the turnover of goods and wares shall be differentiated from waste management. This distinction can be inferred from the requirements set by accounting rules where information on waste and products is registered in separate accounts, included differently into accounting reports and reflected in the balance sheet, and from the necessity of setting uniform requirements for goods manufacturers.

It is not fair to establish, for some lime dust manufacturers, requirements to register it as waste, issue respective certificates, perform accounting on it, receive licesing for waste management, and develop rates of waste generation and placement, while omiting these requirements for others.

Thus, the existing situation calls for a comprehensive, complex theoretical assessment of legal regulation for waste management procedures. The results of such an assessment can set a model for regulation and development of such relations, as well as the introduction of new legal institutes⁸ and systematization of old ones.

The first stage for the solution is to perform a doctrinal interpretation of the industry terms and definitions and to produce an adequate definition of production and consumption waste.

RESEARCH OBJECTIVES AND METHODOLOGY

Terminology is, indeed, of great importance in jurisprudence. It involves the specification of juridical regulations and detailing of lawmaker's intent in order to avoid any legal uncertainty in the regulation of social relations.

Jurisprudence does not tolerate misrepresentation, as even superficial changes of wording, phrases and sentences can distort the initial meaning that was input into the legal norm by the lawmaker (KAGERMANOV, 2020, p. 35).

In some schools of Law, the use of a specific (inherent only to the specific branch of law) system of notions and categories is regarded as a characteristic that suggests the existence of a separate branch of law (TURANIN, 2009, p. 6).

Efficient industrial regulation cannot exist without clear and holistic terminology. Precision of selected definitions influences the ultimate efficiency of the regulatory impact of a specific prescription.

Taking all of the above into account, the objectives of the research are set as follows:

...

⁸ In the Russian scientific doctrine, a «legal institution» is a set of legal norms regulating a single related type of social relation.

- to determine the legal meaning, features and essence of «waste»;
- to elaborate an unambiguous definition for the term «waste» that allows to clearly distinguish waste from the connected results of human activities, ensure legal certainty and provide for efficiency of regulation of waste management.

The implementation of such objectives can serve as a starting point for creating a new understanding of waste that can be further developed in studies across the industry.

Apt (2008, p. 4) stated that modern logic actually forms the basis of a lawmaker's work in establishing legal definitions. Logic, in its turn, is based on the nature, content and scope of notions, language forms and their expressions, and rules of formulating term definitions, among other factors.

In jurisprudence, classical methods for creating definitions are often applied, as per the principle «definito per genus proximum et differentiam specificam», formed by Aristotle (1976, p. 213, translated). Terms are defined by nearest genus and differentia.

However, Bentham (1891, p. 233) specified that this method is not universal, as it does not allow for due definition of abstract notions (for example, duty, subjective right, right in rem). Instead, the author uses the paraphrase method. In other words, it is not the term that is interpreted by other words, but the entire phrase.

Hart (2017, p. 147, translated) developed Bentham's argument and proposed a new method for term definition – an explanatory elucidation. It suggests that, instead of trying to create definitions for single words, they should be defined by the characterization of the role they perform in the legal system.

Similar ideas were expressed in the works of Frege (2008, translated) and Wittgenstein (1994, translated), who assume the necessity of the use of contextual definitions. A contextual definition is represented when the term meaning identification implies its definition and analysis of the contexts where it is applied.

Ogleznev (2018, p. 80) performed a comprehensive analysis of the previously described methods for term definition. He suggests that the use of the genus – differentia method is conditioned by two aspects: genus definition is analytical and real, and it is assumed that there are several defined objects before the definition (i.e., the genus of the defined objects is known). However, when it is required to define an ultimately general notion, one shall refer to contextual definitions.

Thus, we are going to use a combination of methods for the creation of the legal terminology previously described in order to analyze the essence of «waste», assess the existing definitions and create a new approach to the legal understanding of waste herein.

The universal formal legal method⁹ will be used in this paper in order to assess the regulating impact of the existing and developed approaches to the understanding of the essence of waste.

Apart from that, we will use the comparative legal and the historical analysis methods, which allow for studying the evolution of legal regulation of waste management. A chronological study will permit an understanding regarding the meaning assigned to the term «waste» at different stages of its legal scientific development, the mistakes made and the solutions possible within the accumulated legal regulation experience.

As such, the first part of the article dwells on the initial origin and regulation of waste management and its understanding within the USSR's laws. In the second part, we consider the modern legal framework for waste management. In the third part, we posit constructive proposals for specifying the legal essence of waste within the RF experience.

1. HISTORY OF LEGAL REGULATION FOR WASTE MANAGEMENT

Waste can be named as one of the most ambiguous and disputable categories in law, past and present. It is not possible to evidence a single opinion on the issue of essence of waste, its classification, tradability or lifecycle, neither in science nor in practice.

This is partly due to the fact that the category of «waste» is relatively young. The necessity to identify waste as a separate legal object arose only after the establishment of environmental laws, approximately 50 years ago (ZHAVORONKOVA and ZINOVIEVA, 2016, p. 147). Authoritative studies of the legal regulation of waste management activity in the Russian legal discipline were introduced only at the end of the previous century (RAIMOVA, 1997; BOBYLEV, 1997).

Legal scholars faced the necessity to study such a tangible object as waste generated as a result of human activity only after the emergence of environmental laws as a separate branch of the law. The specific features of the «waste» category can be demonstrated in the context of environmental legal relations.

The use of secondary resources as a way to rationalize production was included into the program of the first five-year plan of the USSR (GOVERNMENT OF USSR, 1930, p. 73). However, initial efforts to regulate activities related to waste can be found in the normative

...

⁹ The method of research in which law is studied in its «pure» form, outside any connection with other spheres.

legal acts of the All-Union State Sanitary Inspection¹⁰ and in the ordinances of the Council of Ministers of the RSFSR¹¹ starting only in the second half of the 20th century.

At first, waste was not considered an environmental, but a sanitary-epidemiological problem. The aim of regulating such activities was not related to environmental protection from pollution, degradation or loss of initial properties. At that stage, waste was regarded as a source of danger for the health and welfare of people. Removal of waste was considered the hygienic minimum required for prevention of the emergence and development of diseases. At the same time, waste utilization by means of its upcycling played an economic role, as it offered new ways for improving on production efficiency and for economy of resources.

There was no distinct definition of the term «waste», so it is not possible to understand what specific meaning the policy makers at that time put on it. However, some properties of waste can be traced with in the Soviet legal acts. In the second half of the 20th century, the laws of the USSR divided waste into liquid, solid and gaseous states.

Gaseous waste was differentiated from industrial emissions, (see (d), clause 5, Instruction by the All-Union State Sanitary Inspection, dated December 30th, 1950),¹² crucial for the creation of the modern system of ecological regulation. Municipal waste stood out from the list as a separate type of waste and was denoted as garbage (clauses 1 and 2, Ordinance of the Council of Ministers of the RSFSR No. 1661, dated December 26th, 1952).

In the middle of the last century, the Soviet state began considering ecological system degradation as a result of human activities.

This fact and the existence of a rather developed (by the standards of that time) system of using recoverable resources can explain why provisions regulating waste management were absent from the environmental protection laws in all of the Soviet Union republics (they were adopted within the period from 1957 to 1963). For example, in RSFSR law «On nature protection», dated October 27th, 1960, the issue of waste management is only evidenced in Article 12, «Sanitary protection of nature», in which a necessity to remove and neutralize waste was declared.

...

10 Instructions for state sanitary inspection bodies and the sanitary and anti-epidemic service on monitoring implementation of measures to protect the atmospheric air in populated areas from industrial emissions and waste pollution. Approved by the All-Union State Sanitary Inspection on December 30th, 1950.

11 Resolution of the Council of Ministers of the RSFSR of December 26th, 1952 No. 1661 «On Measures to Ensure Neutralization and Disposal of Garbage Exported to Landfills and Agricultural Fields in the Vicinity of Moscow, Leningrad and Cities of Republican (RSFSR) Subordination».

12 All-Union State Sanitary Inspection – a state authority during the USSR (at the moment, its roles are performed by a structural unit of the Ministry of Health).

At the time that environmental laws were created, there was no systemic approach to legal regulation of waste management activities. This explains why there was no legally set definition of waste or clear differentiation of its types (categories or classes).

The first published works from the founders of legal environmental science do not present a systemic approach to the waste issue, either (KOLBASOV, 1961, p. 76; KAZANZEV and KOLOTINSKAYA, 1962, p. 134). Apparently, at that time, the legal regulations related to waste-management did not anticipate any challenges for law enforcement in differentiating waste from non-waste.

According to the results of the analysis we performed, it was related to the quality of the USSR's normative framework, which concentrated on regulating the issues of utilization and involvement of waste into secondary industry. In the Soviet Union, there was a centrally-controlled economy, and there were no clear requirements for waste management by enterprises like those that exist in modern legal systems. Enterprises were not obliged to provide reports on waste generation or obtain approval of waste generation rates and follow limits for allocation.

Under such conditions, for qualification of substances (materials) law-enforcement needed some general knowledge of what is, in fact, «waste» and «garbage». Information on the term «waste» occurs in general reference books, for example, in the Great Soviet Encyclopaedia (PROKHOROV, 1975, p. 51). From this, it was possible to obtain the following definition:

- *Production waste is different in composition, physical and chemical residue properties formed during the manufacturing of products.*

One of the first definitions of the term «waste» in the Soviet Union's legal science was provided in industrial reference books of the 1980s.¹³ Thus, the 1984 *Reference Book of Secondary Material Resources in Oil Refining and Petroleum Industries*¹⁴ divides waste into:

- *production wastes, residues of raw materials formed when they are processed into end products (except end products and byproducts);*
- *consumption wastes, different worn out products and spent materials formed during product consumption.*

...

¹³ *Secondary Material Resources of Ferrous Metallurgy, Handbook, 1988; Secondary Material Resources of Non-Ferrous Metallurgy, 1984; Secondary Material Resources of Coal Industry, 1983, etc.*

¹⁴ *Reference Book of Secondary Material Resources in Oil Refining and Petroleum Industries, Handbook. Ekonomika, 1984.*

At first sight, it may seem that such definitions do not contain a common attribute by which the material object in both cases can be qualified as waste. However, if we closely study the definitions, it is possible to observe that, in both cases, waste represents those substances (objects) that do not have further application in the specific production process (point of consumption).

In fact, these definitions provide one of the approaches to understanding the essence of waste that is further used in the laws of Russia and in several other former republics of the USSR. Herein, we classify such an approach as «residual» (waste material left over in the process of production/consumption and that cannot further be used by the manufacturer).

From the example of oil refining and petrochemical industries, we also understand that consumption waste was divided into industrial consumption waste (used chemicals, catalysts, petroleum oils) and domestic consumption waste (worn-out rubber products for personal use and household needs) (ABDRAKHIMOV, 1989, p. 3). As such, industrial consumption and production waste constituted a group of industrial waste products.

Radioactive waste, at that time, was differentiated as a separate type of waste. It was divided into liquid (inorganic matter solutions, pulps from filtration materials, organic liquids, etc.) and solid (products, materials, biological objects, used ionizing radiation sources).¹⁵

We should also take into account the works of N. Reimers (1990, p. 331-332) on the classification of waste and the study of its essence. In his ecological reference book, he identifies production (industrial), consumption, household, gaseous, radioactive, construction and other types of waste as separate categories.

In general, he characterizes «waste» as «types of raw materials unsuitable for production of specific types of products, their residues or substances and energy generated in the course of technological processes that are not utilized in this specific production process».

Thus, the analysis demonstrated that the general concept of the notion and essence of waste was set and its classification created in the legal science and practice of Soviet Russia. These concepts were established not at the moment of the formation of environmental laws as a separate branch of law, but only in the 1980s – when deep market reforms were applied in the Soviet economy. This period of Soviet history bears the name «Perestroika».

As Lavrovsky (2021, p. 1) states, reforms of that period implied refusal of government orders and opening of the national market to foreign corporations as well.

The definition of the terms for waste during these economic reforms confirms the conclusion, made by the authors that, during the period of centrally-controlled economy in the USSR, there was not yet a need for a clear terminology.

...

¹⁵ For more details, see paragraphs 1.3., 1.3.1 and 1.3.2 of SanPiN 42-129-11-3938-85 «All-Union Sanitary-Hygienic and Sanitary-Anti-Epidemic Rules and Regulations».

But does the «residual» approach efficiently differentiate waste from similar results of production activities in modern market relations?

The absence of a single and basic normative act on waste in the USSR became the reason for the conventionality of the above terms and differences between such types. The authors of the article will further propose that the terminology used in the USSR is not universal. Particularly, the «residual» approach does not clearly answer the question of which raw material residues are regarded as byproducts, and which are considered waste.

2. LEGAL UNDERSTANDING OF THE PRODUCTION ESSENCE AND CONSUMPTION WASTE IN MODERN ENVIRONMENTAL LAWS IN RUSSIA

It is an error to conflate the regulation of production and consumption waste currently existing in Russia with the model applied in the USSR. The independent classifications of waste established in different economic sectors of the USSR do not allow for the existence of a single system. Thus, there were distinctions for production and consumption waste in the oil industry, light industry, ferrous metallurgy industry, etc.

Even RSFSR Law No. 2060-1, dated December 19th, 1991 and titled «On Environment Protection» in Article 7 mentioned the possibility of issuing permits for burial (storage) of *industrial, municipal and other types of waste*, and a final list of types was left undetermined.

After the USSR's breakup, at the 11th plenary meeting of the Interparliamentary Assembly of the CIS¹⁶ Member Nations that took place on June 15th, 1998 in Saint Petersburg, the Model Law on production and consumption waste was adopted (henceforth – the Model Law). This law was adopted in advance of the creation of CIS country systems for production and consumption waste management, so that these systems could become common and unified.

The waste management system approved by the Assembly preserved the framework of the Soviet laws with respect to the basic principle of dividing waste into production and consumption types. The Model Law provided the following definition:

Production and consumption wastes are any substances, materials and objects that are formed during human activities and do not have further application in the place of their formation or detection and from which their owner is exempt from, intends to, or must be exempt from their utilization or disposal. (CIS, 1998)

Analysis of the syntax in this definition highlighted the following aspects: first of all, the definition settled on the mentioned attributes of the «residual» approach (impossibility of fur-

...

¹⁶ The CIS is the Commonwealth of Independent States.

ther application at the place of their formation). Secondly, the definition included additional wording describing the due management method for residual substances («[...] is exempt from, intends to, or must be exempt from their utilization or disposal»).

Such wording gives waste an additional attribute, according to which it consists of material objects (something one discards) which shall be managed as waste.

Similar wording was used in the definition of waste in the Basel Convention¹⁷ which was ratified by the Russian Federation.

For further research, we propose naming the approach to waste via the wording «activity-related» approach (waste that is identified from the point of view of the required management method for the material object).

Thus, the definition of waste given in the Model law is actually a synthesis of two approaches – the «residual» and the «activity-related».

At the same time, the Model Law has been of an advisory nature for the CIS member nations, which is why not all of its provisions were reflected in Federal Law No. 89-FZ on Production and Consumption Waste, dated June 24th, 1998 (henceforth – Law No. 89-FZ). Despite the agreements reached by the Interparliamentary Assembly, the terms initially set by Law No. 89-FZ significantly differed from the concept implemented in the Model Law.

The first revision of Law No. 89-FZ stated as follows:

Production and consumption wastes are remains of raw materials, materials, semi-finished products, other articles or products that have been formed in the process of production or consumption, as well as the goods (products) that have lost their consumer properties. (RUSSIA, 1998).

Therefore, Law No. 89-FZ defined waste as residue of material objects (the «residual» approach), however, it added to the term the criterion of the object's loss of its initial consumer properties. For the purposes of this research, we will name the approach to understanding the essence of waste by full or partial loss of the object's properties, its alteration or deterioration as the «qualitative» approach (deterioration of the quality of the object to such a state that it is prevented from meeting consumer demands).

It should be noted that Law No. 89-FZ did not just divide waste into two types – production and consumption waste. Radioactive waste was mentioned as a separate type in Article 2 of Law No. 89-FZ. Later revisions also mentioned biological and medical waste.

...

¹⁷ According to article 2 of the Basel Convention, «waste» consists of substances or objects which are disposed of, are intended to, or are required to be disposed of by the provisions of national law.

Law No. 89-FZ suggests that radioactive, medical and biological waste have special legal regimes that differ from other production and consumption waste. Their regulation is performed in accordance with the special laws and normative acts that include the following definitions:

- *Radioactive wastes are materials and substances as well as equipment, products (including used ionizing radiation sources) that shall not be further used and in which the content of radionuclides exceeds the levels established by the criteria set by the Government of the Russian Federation.*¹⁸
- *Biological wastes are bodies of animals and birds, aborted and still-born fetuses, veterinary confiscated products, and others that are not suitable to be eaten by people or fed to animals.*¹⁹
- *Medical wastes represent anatomic, autopsy, biochemical, microbiological and physiological wastes, formed during executing medical activities, activities related to the production of medicines and medical products, activities related to the use of infectious agents and genetically modified organisms for medical purposes and during the production, storage of biomedical cell products.*²⁰

It is possible to evidence several issues due to the specific character of regulation in the sphere related to special types of waste. At the same time, such problems are, to a lesser extent, more related to the issues of waste identification than to production and consumption waste.

Medical and veterinary waste is formed in specific industries, i.e., by the organizations and individual entrepreneurs whose activities are related to medicine (pharmacy) and veterinary medicine, respectively. The processes of such activities actually do not pose difficulties for waste identification (for example, used syringes or expired medicines and biological remains).

Relations occurring during the use of nuclear energy are strictly regulated by technical and safety requirements related to radioactive substances (materials). Secondary use of spent radioactive substances (materials) without additional processing is not allowed by law.

Thus, the essence of these special types of waste fundamentally differs from production and consumption waste, which is why the experience of their regulation is not relevant for this article.

...

¹⁸ See Federal Law No. 170-FZ of November 21st, 1995 «On the Use of Atomic Energy».

¹⁹ See Federal Law No. 4979-1 of May 14th, 1993 «On Veterinary Medicine».

²⁰ See Federal Law No. 323-FZ of November 21st, 2011 «On the Basics of Protecting the Health of Citizens in the Russian Federation».

It should be mentioned that, at first, Law No. 89-FZ differentiated, within production and consumption waste, a separate category of «hazardous waste»,²¹ assuming that there might exist «non-hazardous» ones. The impossibility of establishing a reliable classification of the hazard character presented a challenge to the waste management system in the Russian Federation for several decades.

The «non-hazardous waste» category that existed for some time was derived from the presence in the USSR of only four hazard classes of harmful substances (as per clause 1.1, GOST 12.1.007-76):²² class I – extremely hazardous, class II – highly hazardous, class III – moderately hazardous and class IV – low-hazardous. The same classification was included as the basis for the 1987 Temporary Classifier of Toxic Industrial Waste²³ and 1995's Recommended Practice for Determining Waste Hazard Class.²⁴ The systems set to determine hazard classes of harmful substances allowed for existing of waste, the hazard grade of which could be lower than class IV.

Posterior to this, however, first in 2001 and later in 2014, the Ministry of Nature of the Russian Federation approved the Criteria²⁵ for attributing hazardous waste to a hazard class that filled the gap and introduced hazard class V for waste (virtually non-hazardous waste). The criterion for referring waste to the specific hazard class represented the period of ecosystem restoration after the substance is discarded, which allowed for assigning one of the five classes to any type of waste.

However, paragraph 2, Article 1, Law No. 89-FZ existed with the term «hazardous waste» until December 30th, 2008. During all that time, it was possible to evidence a legal uncertainty allowing for the existence of substances considered waste, but hypothetically, that could be of no harm to the ecosystem when deposited into it.

...

21 This was understood as substances having properties of toxicity, explosion hazard, fire hazard, high reactivity, or containing pathogens of infectious diseases, or which may pose an immediate or potential danger to the environment and human health independently or when coming into contact with other substances.

22 GOST 12.1.007-76. The State Standard of the USSR. Occupational Safety Standards System. Hazardous Substances. Classification and General Safety Requirements. Approved by the Resolution of the State Standard of the USSR of March 10th, 1976 No. 579.

23 The Temporary Classifier of Toxic Industrial Waste of 1987 and the Methodological Recommendations for Determining the Toxicity Class of Industrial Waste. Approved by the Ministry of Health of the USSR on May 13th, 1987 No. 4286-87, GKNT of the USSR May 5th, 1987.

24 Methodological Recommendations for Determining the Waste Hazard Class/Ministry of Natural Resources of the Russian Federation and Goskomsanepidnadzor of the Russian Federation, 1995.

25 Criteria for Assigning Waste to Hazard Class Degree of Negative Impact on the Environment (approved by Order of the Ministry of Natural Resources of the Russian Federation No. 511 of June 15th, 2014).

Finally, in order to remove the uncertainty in Law No. 89-FZ, it was decided to abstain from differentiating among production and consumption waste of special categories (hazardous, toxic, fire-hazardous, explosive, etc.)

The analysis performed by the authors evidences that the first revision of Law No. 89-FZ established the understanding of the essence of waste based on two approaches – «qualitative» and «residual». Such a system was by no means considered ideal. Within the period under investigation, a criminal situation was evolving actively in some industrial markets.

As we mentioned previously, the situation in the ferrous and non-ferrous metals markets was very complex. It is described in detail in a joint study by scientists from the Ural State Law University and practising lawyers from «UMMC-Holding Corp»²⁶ (ABRAMOV *et al.*, 2009). With the view to normalize relationships in the industry, the stage performed large-scale reforms of the laws on waste in 2014 and 2015.

Within the framework of this reform, among other measures, the definition of waste as per the Basel Convention (Activity-related approach) was included into Law No. 89-FZ and wastes were described as *substances or objects that are formed during production, works execution, services rendering or during consumption that are disposed of, are intended to be disposed of or are required to be disposed of by the provisions of Law No. 89-FZ.*

When analysing the new model of waste management, it should be mentioned that Law No. 89-FZ does not contain provisions that explain the meaning of such wording and does not include the term «disposal».

According to paragraph 4, Article 2 of the Basel Convention, «disposal» means any operation specified in Annex IV to the Convention. Unfortunately, despite the desire of the originators to use in Annex IV, the most general and abstract wording, the annex ultimately does not allow for identifying universal attributes for the operations of «disposal». The convention originators have only listed such operations «which occur in practice» (deposit into or onto land, deep injection, release into a body of water, incineration, land treatment, storage pending any of the operations, recycling/reclamation of metals and metal compounds, recycling/reclamation of other inorganic materials, etc.).

By drawing an analogy with Law No. 89-FZ, it is possible to conclude that disposal operations, as per the Russian laws, currently represent waste management operations at the final stage of their lifecycle, i.e., utilization, neutralization or placement (Article 1, Law No. 89-FZ). However, does the understanding of the meaning of waste disposal help in concluding what (as envisioned by the lawmakers) waste actually is? Definitely not.

First of all, we should not ignore the fact that the regulation subject of the Basel Convention is much smaller than the regulation subject of Law No. 89-FZ and is restricted by

...

²⁶ The company is the largest copper producer in Russia and the ninth largest in the world.

transboundary movements of waste. As Ignatieva (2018, p. 13) correctly stated, the term «disposal» could have reasonably been used in Law No. 89-FZ in the section on regulation, mainly, transboundary movements of hazardous waste and its disposal. However, the new definition in Law No. 89-FZ is fixed as universal in its meaning. At the same time, it should be noted that the definition of waste in the Basel Convention is not actually intended to be used at the stage of qualifying substances as waste, as such an issue shall be resolved at the level of «national law» (paragraph 1, Article 2, paragraph 1, Article 3 of the Basel Convention).

Thus, the structure of the term «waste» in the convention does not contain (and could not contain) the fundamental attributes of waste. The new definition provides no indication of the procedure for substances identification that are «disposed of, intended to, or required to be disposed of» nor an indication of the party that shall make decisions regarding disposal of substances.

In 2014, the Ministry of Nature of Russia also approved of the new Criteria for attributing hazardous waste to hazard classes I-V²⁷ which accounts for the following:

- grade of waste's hazard to the environment determined with special coefficients and initial indicators of the component hazard;
- dilution factor of the aqueous extract from waste in which there is no harmful impact on hydrobionts.²⁸

The new classification allowed for differentiating production and consumption waste by hazard classes more effectively. It was ultimately stated that there is no waste that poses a danger to the environment. However, the classification itself does not allow for differentiation of material objects as «waste/non-waste», as that is not what it is intended for.

Eventually, the term defined in Law No. 89-FZ lost its practical effect. The essence of the term «waste» formed on the basis of the «activity-related» approach outlines the situation in which it is understood as substances (things and other material objects) that shall be treated as waste. This means that the current definition refers back to itself.

...

²⁷ Criteria for Assigning Waste to Hazard Classes I – V According to Degree of Negative Impact on the Environment (approved by Order of the Ministry of Natural Resources of the Russian Federation No. 536 of December 4th, 2014).

²⁸ Hydrobionts – organisms adapted to living in the aquatic environment. For the purposes of determining the hazard class, various systematic groups are used – daphnia, ciliates, ceriodaphnia, bacteria, etc.

3. ACADEMIC DISCUSSIONS ON THE ESSENCE OF WASTE IN RUSSIA

Waste definitions from academic sources were unable to help solve the above described issue related to unrestricted, biased approach and uncertainty when comparing similar results of production activities.

One of the first large-scale studies of the problems of regulating activities related to waste was performed by E. Raimova (1997, p. 9-10). For a better understanding of waste essence, she distinguished waste from the point of view of ecological and legal aspects. It was suggested to regard production waste as residue of feed stock and materials, substances and products, as well as products of physical-chemical or machine processing of feed stock.

From the environmental point of view, not only should the waste have attended to such criteria as full or partial loss of consumer properties and the impossibility of further application in the national economy, but also fulfilled the condition that it not be the purpose of the production process. From the legal point of view, it was suggested to consider as production waste the materials, substances and products that were not the intended purpose of the production process.

The same author offered to regard consumption waste as the products, substances, components and details. From the environmental perspective, the waste should not be suitable in any way for further use. From the legal point of view, it should have partially or fully lost its consumer properties.

The specification of the environmental and legal aspects in the understanding of the essence of waste has, in fact, academic value. However, it should be noted that the effort made by Raimova (1997) to give several definitions for production and consumption waste will only confuse the law enforcement agencies.

At the same time, the criteria identified by the author for the environmental point of view are not actually environmental. These criteria do not reflect the impact of waste on the state and degree of ecosystem deterioration, nor its biological and species diversity. Therefore, the idea of identifying the environmental aspect in understanding waste is not convincing.

After analyzing the given definitions regarding the previously identified approaches, it is not possible to state that the understanding of waste proposed by Raimova (1997) corresponds to the concept that was included in the initial revision of Law No. 89-Z. She applies the «residual» and «qualitative» approaches that, consequently, do not allow for solving the problems set out in this article.

Having said that, within the «qualitative» approach, Raimova (1997, p. 10) offers a rather rigorous point of view that one of the key criteria of waste, intended for its more precise identification, is the unsuitability for further use.

A similar perspective in the study of waste essence in Law No. 89-FZ was posited by Nurmukhametova (1999, p. 28) and Trofimets (2007, p. 20-21). The latter author does not renounce the fact that the existing legal regulation of waste allows for its further use in economic activity. That is why Trofimets (2007) suggests differentiating between:

- Waste, such as substances, materials and products that cannot be reused in the production or consumption process «at least in the foreseeable future».
- Waste as secondary material resource that can be further used in some processes.

From our point of view, such a rigorous approach to the understanding of waste is highly contentious. By proposing the differentiation between used and non-used waste, the authors do not substantiate the economic and environmental reason for such a distinction.

This situation is the consequence of the fact that the term «production and consumption waste» in Law No. 89-FZ was not clear and allowed for an incorrect qualification of substances as waste, aggravating the problem. Assuming that the laws consider the classification of production and consumption waste into waste and secondary material resources, it would not change the fact that both categories are subject to the provisions of Law No. 89-FZ with resulting impairment for their owners. There was not a single list of technologies for management of different types of waste when such offers were proffered, nor is there one currently.

The Database of waste and technologies for using and neutralizing waste²⁹ that has for many years is an informational resource that summarizes and systematizes the data received by Rosprirodnadzor. The register of data on technologies for waste management is absolutely not comprehensive.

When there is no clear understanding of whether or not waste can and must be reused, it is impossible to create a system of requirements for the waste producers mentioned by Trofimets (2007, p. 14).

Having said that, the availability of technologies for utilization of a certain category of waste does not prove that such utilization is possible in each specific case.

Thus, differentiating production and consumption waste into waste and secondary material resources is, in a certain sense, conventional and not valuable. The introduction of the second category, which required a separate alternative regulation, severely complicates the process of law enforcement for the provisions of Law No. 89-FZ.

4. APPLICATION OF THE NORMS IN PRACTICE AND JUDICIAL DISPUTES ON THE ESSENCE OF WASTE

In practice, striving to unify the terms and definitions did not resolve the problem of substances (materials, products) qualification as a type of waste that previously existed.

...

²⁹ See Section IV of the Procedure for Maintaining the State Waste Cadastre. Approved by order of the Ministry of Natural Resources of the Russian Federation dated September 30th, 2011 No. 792.

As neither the terms, nor the other provisions of Law No. 89-FZ in its current revision allow for resolving disputable situations, law enforcement agents started considering different methods to qualify the results of economic activity as waste.

In our opinion, the least appropriate method was chosen by the main regulatory institution for production and consumption waste management – the Federal Service for Supervision of Nature Resources (Rosprirodnadzor). After 2015, with cases³⁰ under governmental inspection, Rosprirodnadzor regional divisions started using the provisions of the Federal Classification Catalogue of Wastes (FCCW)³¹ to resolve the issue of «waste/non-waste».

According to paragraph 6 of the Procedure for Keeping the State Waste Inventory,³² the FCCW includes a list of the types of waste present in the Russian Federation and systematized as per its classification attributes: source, condition of generation (reference to some specific production, technology), chemical and/or component composition, aggregate state and physical form.

The FCCW stays up to date by means of collecting information on classification attributes (source, composition, aggregate and physical state) and hazard classes of specific types of waste submitted by individual entrepreneurs and legal entities (paragraph 10 of the Procedure of keeping the State Waste Inventory).

When Rosprirodnadzor divisions supervise the activities of entities and identify disputable substances that an entity does not account for as waste, they formally compare the substances to attributes from the FCCW list. If a substance or an object have been mentioned in the catalogue, it is acknowledged as waste.

Having said that, the laws allow Rosprirodnadzor to acknowledge material objects as waste even in situations in which such objects have not been included into the FCCW yet.

As Ignatieva (2018, p. 4) states, laws do not prescribe the procedure for acknowledging a substance or an object as waste without attributing its hazard class and emergence of waste as a separate object – with determination of the substance or object's impact on the environment.

Thus, the disputable substance or object can legally be qualified as waste within the framework of expert examination with the aim to determine the hazard class of the disputable substance (object). Such examinations are performed by special laboratories created within

...

³⁰ See, for example, the Decision of the Arbitration Court of the Ural District of January 17th, 2019 No. F09-8653/18 in case No. A60-16630/2018; the Decision of the Arbitration Court of the Primorsky Territory of April 28th, 2018 in case No. A51-5008/2018.

³¹ Federal Classification Catalogue of Waste. Approved by Order of Rosprirodnadzor No. 242 on May 22nd, 2017.

³² Procedure of keeping the State Waste Inventory. Approved by Order of the Ministry of Natural Resources of the Russian Federation No. 792 on September 30th, 2011.

the Rosprirodnadzor divisions. For the examination, the experts follow the Criteria for attributing hazardous waste to hazard classes I-V by degree of negative impact on the environment (hitherto – the Criteria) previously mentioned herein.³³

We strongly believe that neither comparison with the FCCW, nor the determination of a substance hazard class can serve as due mechanisms for differentiating substances into «waste/non-waste».

First of all, the substances or objects listed in the FCCW as waste can be found in the All-Russian Classifier of Products by Type of Economic Activity (OKP).³⁴ For example, both catalogues contain information on such substances and objects as dross (OKP 172162 Dross, OKP 078320 Dross and Weld Slag, FCCW 3 51 501 00 00 0 Rolling Mill Dross), Lime (OKP 574331 Lime Powder and Dolomitic Lime for Liming Acid Soils, FCCW 3 45 200 00 00 0 Lime and Gypsum Wastes), steelmaking slags (OKP 571831 Slag Crushed Stone from Blast Furnaces and Steelmaking for Road Construction, FCCW 3 51 210 21 20 4 Steelmaking Slag), etc.

At first sight, such a confusing situation can be easily explained by the classical example of juice and candied peels manufacturers. On the one hand, orange juice is the raw material for manufacturing the main product, and the peel left after processing is a useless waste. On the other hand, for the manufacturers of candied peels, the peel represents the raw material, discarding the orange juice as waste. Thus, the inclusion of a substance (object) into the waste catalogue cannot serve as a criterion for the high-level qualifying of a substance or object as waste in each specific case.

Secondly, the determination of waste hazard class is performed by taking into account the dilution factor of the aqueous extract from the waste with no harmful impact on aquatic organisms. As previously mentioned, the criteria were first created for classification of waste depending on its hazard level for the environment.

The criteria have been created in such a way that any of the analysed waste can be assigned to a hazard class. In other words, the determination of the hazard class and the use of the criteria for qualifying substances or objects as waste is unacceptable. Laboratory study of absolutely any substance or object will attribute it with one of the hazard classes with respect to the environment.

This is evident from the fact that any anthropogenic object, the physical-chemical or morphological properties of which are not inherent to the natural components of the environment,

...

³³ Criteria for Assigning Waste to Hazard Classes I – V According to Degree of Negative Impact on the Environment (approved by Order of the Ministry of Natural Resources of the Russian Federation No. 536 on December 4th, 2014).

³⁴ OK 034-2014 (CPA 2008). The All-Russian Classifier of Products by Types of Economic Activity. Approved by the Order of Rosstandart on January 31st, 2014 No. 14-art.

will exert negative impact on the environment. For example, even natural overburden rocks³⁵ taken from the subsurface will exert negative impact, as their quantitative chemical composition significantly differs from the composition of the surface soils.

It is possible to evidence, in legal precedents, cases in which courts have either agreed and disagreed with the inadequacy of the method of waste identification applied by the Rosprirodnadzor regional divisions.³⁶ It is noteworthy that, within the framework of disputes in cases No. 60-49692/2017 and 60-49693/2017, the courts were forced to use the earlier existing (and not valid as of the timing of the disputes) revision of Law No. 89-FZ and to resolve the disputes using the older definition (based on the «residual» and «qualitative» approaches). The courts stated that the disputed production residues did not lose their consumer properties and that there are consumers who are interested in their use.

Within the framework of case 50-22167/2014 the court has only applied the «Activity-related» approach. When analysing the issue of acknowledging overburden rocks as waste, the court indicated that the mentioned «overburden rocks are not disposed of and are not required to be. On the contrary, they are subject to reclamation».

However, in order to resolve the issue of qualifying the other substance involved in case 50-22167/2014 (unsorted crushed stone), the court had to go beyond the actual workings of the term «waste» in Law No. 89-FZ. Rosprirodnadzor insisted that, in the dispute, the subject was not crushed stone, but broken brick that was included into the FCCW as waste.

However, the court rejected this reason and agreed with the perspective of the entity that, broken brick as waste is actually ceramic product that has lost its consumer properties. In such a case, the substances are accounted for by the entity as crushed stone and are used for road backfilling and sold to third parties.

Though the court indicated that the clarifications of the parties «are accepted by the court on the basis of the definition of waste given in Law No. 89-FZ», these clarifications were actually based on the «qualitative» approach, and not on the «activity-related» approach, currently fixed in the law.

Thus, at the moment, Law No. 89-FZ could not provide the ordinary law enforcement agent with terms and definitions that would allow for guaranteed uniformity and adequacy

...

³⁵ Overburden rocks – rocks that cover (enclose) minerals and are subject to excavation and movement in the process of open-pit mining.

³⁶ See, for example, Decision of the Arbitration Court of the Sverdlovsk region in case A60-49693/2017 on January 31st, 2018; Decision of the Arbitration Court of the Sverdlovsk Region in case A60-49692/2017 on July 5th, 2018; Decision of the Arbitration Court of the Perm Krai in case No. A50-22167/2014 on February 18th, 2015.

when determining the essence of production and consumption waste. The law does not give clear criteria for differentiating waste, as such, from other results of economic activity.

As previously mentioned, we believe that the effort of the court to interpret the provisions of Article 1 of Law No. 89-FZ by identifying waste definition of additional (not directly stated) attributes will not improve the situation.

The effort of the court to combine the «activity-related» and the «qualitative» approaches to the understanding of waste will not allow for creating a universal and precise definition. Removal and loss/absence of consumer properties demonstrates their inconsistency for being the criteria for waste identification even in the aforementioned classical example. Following these criteria, both juice manufacturers and candied peel manufacturers must be regarded as non-waste production entities, as neither orange juice nor peel lose their consumer properties during processing and can be further used in production activities.

5. CONSTRUCTIVE PROPOSALS ON THE NEW MECHANISM OF IDENTIFYING WASTE

As the research has demonstrated, the first stages of creating a single system of waste management in Russia could not resolve the task of forming a single and precise understanding of what production and consumption waste represent.

The approaches to understanding the essences of waste identified as – «qualitative», «residual» and «activity-related» – even when combined, do not help in explaining the specific character of waste as a result of economic activity. This defines the need to create a new concept based on the essence of waste that could help in solving the above described problem of qualifying substances, materials and products as waste and their differentiation from other similar categories.

In our opinion, the main problem for a solution consists of the efforts of law makers and law enforcement entities to find objective attributes for the waste, however, they completely disregard the subjective essence of the process of its generation. During the whole existence of such a definition, the law has tried to regulate social relations with respect to waste, defining them as an evaluation criterion that does not account for the standing of the main participant of these social relations – the owner of the waste.

In the Russian legal system, waste ownership is determined as per the civil laws (Article 4, Law No. 89-FZ).

Waste consists of the operation result (use) of tangible objects. So, the issue of waste generation is directly related to that exercised by the owner of the property title.

In order to purchase the ownership of waste, it is important that the person is not necessarily the owner of the initial material object. For example, according to the laws of the Russian Federation, the ownership of waste from the use of the subsurface arises for the company which holds the license for its use (right of obligation), even though the subsurface is owned by the Russian Federation.

Thus, for the emergence of ownership of waste, it is enough to legally own the initial object (proprietary right or right of obligation, irrespectively). As a result, the waste owner is the individual whose economic activity generates such waste.

Thus, the question of waste generation shall be directly related to the procedure of regulating economic activity, guarantees and freedoms of the subjects of its ownership.

Article 8 of the Constitution of Russia sets the principles of market economy and guarantees freedom of economic activity. Article 35 of the Constitution of Russia determines the rights of the owner with respect to the owned property and establishes the guarantees that protect the owner from being deprived of such right.

The provisions of the Constitution of Russia determine that each manufacturer has the right to establish their production process and their purposes, and the consumer has the right to decide when to dispose of the property belonging to them.

Taking this into account, the identification of the objective criteria (genus or context attributes) cannot account for the subjective character of waste generation.

We believe that relations in waste management can be regulated only with the creation of a theoretical model of understanding the essence of waste which contains the criteria of the new «subjective» approach. Some of the approach aspects can be found in the works of Ignatieva and Ponomarev. By defining the term «waste», Ponomarev (2010, p. 176-187) refers to the liabilities of the persons whose activities generated waste in order to register it, determine its hazard class and organize execution of passports, set in Law No. 89-FZ.

Ignatieva (2018, p, 6), on the other hand, states that when the term set in Law No. 89-FZ is not sufficient, it is possible to apply a retrospective assessment of the acting entity's behavior as an objective criterion which allows for identifying the substance (object) as waste or non-waste. In other words, a material object can be named as waste in situations in which the previous behavior of the person (receipt of the license for the activities related to waste, development of waste passports and the completion of the waste registration form) testifies to that.

These authors do not propose their own full-scale approaches to defining the terms in the industry or to regulating the subjective judgement of the waste owner. Ignatieva mentions only two options for improving the clarity of the existing definition:

- explanation through acknowledged notions with clear definitions; waste listing (groups of waste) for which Law No. 89-FZ is valid;
- or, on the contrary, listing the exclusions for which the law is not valid.

The necessary perspective to account for the subjectivity of the waste generator is supported by Kolb (2018, p. 17). Referring to the absence of legally relevant attributes of waste in the Law which allow for differentiating it from «non-waste», Kolb (2018) states that the essence of waste consists of the substance or the object which is no longer necessary for the owner.

It is possible to agree with these authors that, when identifying waste, it is necessary to consider the retrospective analysis of the behaviour of the person whose activities generated the disputable material objects.

However, we should say that the approach presented by the authors is still not absolute or one-sided. Considering the situation in which a person is brought to justice for not implementing their liability to register waste,³⁷ the fact that such an individual has not registered the substance or object as waste should be regarded for the benefit of the owner of such a disputable substance.

We believe that identification in theory of the subjective criterion should not specifically imply setting it in to Law No. 89-FZ. It is necessary to create a mechanism that could restrict the subjective viewpoint of the right owner with respect to the identification of the substance as waste.

Certain mechanisms were previously developed in Russia, allowing for the minimization of cases of transboundary movement of valuable products registered as waste. As Ponomarev (2018, p. 110) states, administrative barriers of the Russian laws in international transportation of waste can be described as excessive. It can be regarded as a factor that precludes a return to the large-scale scrap metal export seen in late 1990s and early 2000s.

However, we assume that it is also necessary to avoid the opposite extreme, when waste is used by the owner or stored at warehouses as ready-made products with no oversight. With account of the academic and practical experience accumulated in Russia, it is necessary to develop a new «subjective approach» that will include some aspects of the «qualitative» approach. This will help to identify a more generic and universal definition, ensuring the balance of private and public interests.

Thus, we propose to include in the Law on waste the following definition, based on the «subjective» and «qualitative» approaches:

- *Production and consumption wastes are substances or objects generated by citizens, individual entrepreneurs or legal entities in the process of production, execution of works, service rendering or in the process of consumption, that have partially or fully lost the ability to meet the consumer demands of the person who has generated waste and of which such person has disposed or wants to.*

Considering the situation in which the person has not disposed of and does not intend to dispose of the material result of the economic activity, such a result is not qualified as waste, representing the end product of a byproduct of the production process.

...

³⁷ For example, in the Russian legal system, all waste owners must complete and submit statistical reporting forms (2-TP waste) to Rosprirodnadzor. Such reporting should contain data on the volumes of waste generation (accumulation) and the further life cycle, up to the places of final utilization/neutralisation/burning.

It is important that the attribution to substances (objects) of the status of product/byproduct is performed according to prescribed legal requirements.

It means that the substance shall comply with the sanitary-hygiene norms and rules, environmental requirements and laws on technical regulation. Thus, Law No. 89-FZ shall be amended with the conditions in which substances (objects) can be qualified as waste, irrespectively of the opinion of the person who generated it in the course of its production or consumption process.

We propose identifying a range of requirements to the products, such as conditions that can be traced from overall interpretation of two federal laws:³⁸

- absence of design, technological or other documentation that allows for referring to substances and materials as products;
- absence of duly approved technical specifications that allow for not referring the disputable substances or objects to production and consumption waste;
- absence of documents confirming the compliance of generated substances and materials with the requirements of technical regulation documents applied to products;
- absence in the primary accounting documents of operations in which they are regarded as products or reflection of disputable substances (objects) as waste;
- execution of operations to place substances (objects) as waste or sell the substances (objects) to third parties under civil law contracts for further placement.

CONCLUSION

Thus, production and consumption waste, as a legal category, has already faced several developmental stages within the relatively short period of existence of the Russian environmental law.

In theory, these stages are characterized by ontological changes in the model of relation between waste and other results of economic activity. In practice, this was reflected in the inclusion of the term «waste» as having new attributes belonging to one of the approaches to understanding the essence of waste, which we have previously identified as «residual», «qualitative» and «activity-related».

Our research has demonstrated that, even when combined in different variations, the existing approaches do not allow for defining the notion of waste by fully differentiating it from related legal categories, such as, for example, byproducts.

...

³⁸ Federal Law No. 162-FZ of June 29th, 2015 «On Standardization in the Russian Federation»; Federal Law No. 184-FZ of December 27th, 2002 «On Technical Regulation».

Such a problem calls for the necessity to combine and precisely elaborate the theory of a new approach, one that will account for the subjective character of the waste generation process and retain the objective criteria for preserving the quality of law enforcement. The legal framework for such a «subjective» approach set herein can serve as the starting point for the emergence of a new concept for understanding waste.

REFERENCES

ABDRAKHIMOV, Yury R. *Classification of Waste Products from the Production of Cracking Catalysts, Rational Processing and Use: An Overview* [Klassifikatsiya otkhodov proizvodstva katalizatorov krekinga, ratsional'naya pererabotka i ispol'zovaniye: Obzornaya informatsiya]. Moscow: TsNIITeneftekhim, 1989.

ABRAMOV, Valery V.; BELYKH, Larisa A. *et al.* Legal Assessment of the Current Legislation in the Field of Procurement, Processing and Sale of Non-ferrous Scrap [Pravovaya otsenka deystvuyushchego zakonodatel'stva v oblasti zagotovki, pererabotki i realizatsii loma tsvetnykh metallov]. *Business, Management and Law*, [s. l.], v. 20, n. 3, p. 130-137, 2009. Available at: <https://elibrary.ru/item.asp?id=14871468>. Accessed on: July 17, 2022.

ACCOUNTING CHAMBER OF THE RUSSIAN FEDERATION. *Bulletin: Garbage Reform*. Moscow: [s. e.], 2020. n. 9 (274). Available at: <https://ach.gov.ru/upload/iblock/462/46234b3e3624fcccbb8bace5c892f2f4.pdf>. Accessed on: July 17, 2022.

ARISTOTLE. *Metaphysics*. In: ASMUS, Valentine F. *Works: In 4 v* [Sochineniya: v 4 t.]. Moscow: Thought [Mysl'], 1976. v. 1.

APT, Lydmila F. *Definitions and Law* [Definitsii i pravo]. Moscow: Publishing Center «Academy» [Izdatel'skiy tsentr «Akademiya»], 2008.

BENTHAM, Jeremy. *A Fragment on Government*. Oxford: The Clarendon Press, 1891.

BOBYLEV, Anatoliy I. *ch. ed. Theoretical Foundations for the Formation of Environmental, Agrarian, Land Legislation in the Constituent Entities of the Russian Federation* [Teoreticheskiye osnovy formirovaniya ekologicheskogo, agrarnogo, zemel'nogo zakonodatel'stva v sub'yektakh Rossiyskoy Federatsii]. Orenburg: Orenburg State University, 1997. (Collection of Scientific Papers).

BRINCHUK, Mikhail M. *Environmental Law: Textbook* [Ekologicheskoye pravo: uchebnik]. Moscow: Lawyer [Jurist`], 1998.

CHEREDNIKOV, Anton V. On Some Problems of Harmonizing the Interests of Business, Consumers and Environmental Interests in the Implementation of the «Garbage Reform» [O nekotorykh problemakh garmonizatsii interesov biznesa, potrebiteley i ekologicheskikh interesov v realizatsii «musornoy reformy»]. In: *Sustainable Development, Innovation and «Green» Economy and Technology: III All-Russian Scientific and Practical Conference with International Participation, Dedicated to the 90th Anniversary of SSEU* [Ustoychivoye razvitiye, innovatsii i «zelenaya» ekonomika i tekhnologii: III Vserossiyskaya nauchno-prakticheskaya konferentsiya s mezhdunarodnym uchastiyem, posvyashchennaya 90-letiyu SG·EU]. Samara: Regional Universal Scientific Library, May 19, 2021. Available at: <https://elibrary.ru/item.asp?id=47457814>. Accessed on: July 17, 2022.

CIS. Interparliamentary Assembly of the CIS Member States. *On Production and Consumption Waste (Model Law)*. Resolution No. 11-9 of June 15, 1998.

FEDERAL SERVICE FOR SUPERVISION OF NATURAL RESOURCE USAGE (ROSPRIRODNADZOR). *Report on the Activities of Rosprirodnadzor, 2020*. Available at: <https://rpn.gov.ru/regions/14/news/doklad-o-deyatelnosti-federalnoy-sluzhby-po-nadzoru-v-sfere-prirodopolzovaniya-v-2020-godu-5730996.html>. Accessed on: July 17, 2022.

FREGE, Gottlob. *Logical and Philosophical Works* [Logiko-filosofskie trudy]. Translated from English, German and French by V. A. Surovets. Novosibirsk: Siberian University Publishing [Sibirskoye universitetskoye izdatel'stvo] House, 2008.

GILMUNDINOV, Vadim M.; TAGAEVA Tatiana O.; BOXLER Anastasia I. Analysis and Forecasting of Waste Management Processes in the Russian Federation [Analiz i prognozirovaniye processov obrashcheniya s othodami v RF]. *Problems of Forecasting* [Problemy prognozirovaniya], [s. l.], v. 178, n. 1, p. 126-134, 2020. Available at: <https://elibrary.ru/item.asp?id=42942038>. Accessed on: July 17, 2022.

GOVERNMENT OF USSR. *Five-Year Plan for the National Economic Construction of the USSR* [Pyatiletniy plan narodno-khozyaystvennogo stroitel'stva SSSR]. Gosplan of the USSR. 3rd ed. Moscow: Planned Economy [Planovoye khozyaystvo], 1930. v. 2.

GREENPEACE. *The Economy of the Open Cycle: A Study of the Possibility of Recycling Plastics in Russia* [Ekonomika razomknutogo cikla: issledovaniye vozmozhnosti vtorichnoy pererabotki plastmass v Rossii]. April 2021. Available at: <https://greenpeace.ru/wp-content/uploads/2021/04/Экономика-разомкнутого-цикла.pdf>. Accessed on: July 17, 2022.

HART, Herbert L. A. *Philosophy and Language of Law* [*Filosofiya i yazyk prava.*]. Translated from English. Moscow: Kanon+, 2017.

IGNATIEVA, Inna A. Legal Problems of Defining the Concepts of «Production and Consumption Waste» [Pravovyye problemy opredeleniya ponyatiy «otkhody proizvodstva i potrebleniya»]. *Environmental Law*, [s. l.], n. 1, p. 12-19, 2018.

JUDICIAL INFORMATION AGENCY. There Is No Reception Against Scrap [Protiv loma net priyema]. *Judicial News: Review for the Media, Authorities and Practicing Lawyers* [*Sudebnyye novosti: obozreniye dlya SMI, vlasti i praktikuyushchikh yuristov*]. Moscow: Yustitsinform, 2001. n. 1.

KAGERMANOV, Aby-Salih S. The Role of Legal Terminology in Modern Legislation [Rol' yuridicheskoy terminologii v sovremennom zakonodatel'stve]. *Law and Practice* [*Pravo i praktika*], [s. l.], n. 4, p. 34-38, 2020. Available at: <https://doi.org/10.24412/2411-2275-2020-4-34-38>. Accessed on: July 17, 2022.

KAZANZEV, Nikolay D.; KOLOTINSKAYA Elena P. *Legal Protection of Nature in the USSR: Textbook* [*Pravovaya okhrana prirody v SSSR: Uchebnoye posobiye*]. Moscow: Gosjurizdat, 1962.

KOLB, Anastasia A. Definition of the Concept of Waste, Including Solid Municipal Waste, as an Object of Intersectoral Legislative Regulation [Opredeleniye ponyatiya otkhodov, v tom chisle tverdykh kommunal'nykh otkhodov, kak ob'yekta mezhotraslevogo zakonodatel'nogo regulirovaniya]. *Agrarian and Land Law* [*Agrarnoye i zemel'noye pravo*], [s. l.], v. 168, n. 12, p. 15-20, 2018. Available at: <https://elibrary.ru/item.asp?id=37128516>. Accessed on: July 17, 2022.

KOLBASOV, Oleg S. *Nature Protection According to Soviet Legislation* [*Okhrana prirody po sovetskomu zakonodatel'stvu*]. Moscow: Gosjurizdat, 1961.

LAVROVSKY, Igor K. Economic Transformation of the Soviet System in the 1980-1990s: Sources of Capital and Power [*Ekonomicheskaya transformatsiya sovet'skoy sistemy v 1980-1990-kh godakh: istochniki kapitala i vlasti*]. *EKO*, [s. l.], v. 570, n. 12, p. 24-45, 2021. Available at: <https://doi.org/10.30680/ECO0131-7652-2021-12-24-45>. Accessed on: July 17, 2022.

NURMUKHAMEDTOVA, Elvira F. *Legal Regulation of Waste Management* [*Pravovoye regulirovaniye obrashcheniya s otkhodami*]. Orenburg: [s. e.], 1999.

OGLEZNEV, Vitaly V. The Limits of Applicability of a Genus – Differentia Definition in Legal Language [Granitsy primenimosti rodovidovykh opredeleniy v yuridicheskom yazyke]. *Bulletin of Tomsk State University* [*Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*], [s. l.], n. 437, p. 77-81, 2018. Available at: http://journals.tsu.ru/uploads/import/1800/files/437_077.pdf. Accessed on: July 17, 2022.

PONOMAREV, Mikhail V. Problems of Implementation in the Russian Federation of the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal [Problemy realizatsii v Rossiyskoy Federatsii Bazel'skoy Konventsii o kontrole za transgranichnoy perevozkoy opasnykh otkhodov i ikh udaleniye]. In: *Actual Problems of Modern International Law: Materials of the XV International Congress* [Aktual'nyye problemy sovremennogo mezhdunarodnogo prava: materialy XV Mezhdunarodnogo kongressa]. Moscow: RUDN, 2018. v. 2. Available at: <https://elibrary.ru/item.asp?id=34916809&selid=34916835>. Accessed on: July 17, 2022.

PONOMAREV, Mikhail V. Waste as Objects of Property Rights and Legal Restrictions on Their Turnover [Otkhody kak ob"yekty prava sobstvennosti i pravovyye ogranicheniya ikh oborotosposobnosti]. In: BOGOLUBOV, Segrey A. et al. *Institutes of Environmental Law* [Instituty ekologicheskogo prava]. [S. l.], [s.e.], 2010.

PROKHOROV, Alexander M. ch. ed. *Great Soviet Encyclopedia* [Bol'shaya Sovetskaya Entsiklopediya]. 3rd ed. Moscow: Soviet Encyclopedia, 1975. v. 19.

PUPKOVA, Yulia V.; SHEVTSOV, Yury R. Waste Management Reform: Public Social Reaction on the Internet (Part 2) [Reforma sfery obrashcheniya s otkhodami: obshchestvennaya social'naya reakciya v seti internet (chast' 2)]. *Society: Sociology, Psychology, Pedagogy* [Obshchestvo: Sociologiya, Psihologiya, Pedagogika], [s. l.], v. 70, n. 2, p. 27-32, 2020. Available at: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_42528422_81038644.pdf. Accessed on: August 7, 2023.

PUPKOVA, Yulia V.; SHEVTSOV, Yury R. Waste Management Reform: Public Social Reaction on the Internet (Part 1) [Reforma sfery obrashcheniya s otkhodami: obshchestvennaya social'naya reakciya v seti internet (chast' 1)]. *Society: Sociology, Psychology, Pedagogy* [Obshchestvo: Sociologiya, Psihologiya, Pedagogika], [s. l.], v. 67, n. 11, p. 43-49, 2019. Available at: <https://elibrary.ru/item.asp?id=41864780>. Accessed on: July 17, 2022.

RAIMOVA, Elvira F. *Legal Regulation of Waste Management* [Pravovoye regulirovaniye obrashcheniya s otkhodami]. Dissertation (Ph.D. in Natural Resource, Agricultural and Environmental Law) – Orenburg State University, Orenburg, 1997.

REIMERS, Nikolay F. *Nature Management. Dictionary Reference* [Prirodopol'zovaniye. Slovar'-spravochnik]. Moscow: Thought [Mysl'], 1990.

RUSSIA. State Committee for Standardization and Metrology (Gosstandart). GOST (State Standard) 30772-2001. *Resource Saving. Waste Management. Terms and Definitions*. Approved by the Resolution No. 607-st. of December 28, 2001.

RUSSIA. *On Production and Consumption Waste*. Federal Law No. 87-FZ of June 24, 1998.

TROFIMETS, Stanislav S. *Legal Regulation of the Treatment of Production and Consumption Wastes* [Pravovoye regulirovaniye obrashcheniya s otkhodami proizvodstva i potrebleniya]. 2007. Dissertation (Ph.D. in Government and Law) – Russian Academy of Sciences, Moscow, 2007.

TURANIN, Vladislav Yu. The Meaning of Legal Terminology for Law and Features of its General Legal Research [Znachenkiye yuridicheskoy terminologii dlya prava i osobennosti yeye obshcheppravovogo issledovaniya]. *Law and Education* [Pravo i obrazovaniye], [s. l.], n. 3, p. 4-10, 2009. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=11992482>. Accessed on: July 17, 2022.

VAKHRAMEEV, Stanislav E. Waste Recycling in Russia: Our Troubles and Victories [Pererabotka othodov v Rossi: nashi bedy i pobedy]. *Municipal Solid Waste* [Tverdye bytovye othody], [s. l.], v. 130, n. 4, p. 45-47, 2017. Available at: <https://elibrary.ru/item.asp?id=29116940>. Accessed on: July 17, 2022.

VARFOLOMEEVA, Ludmila V. Focus on Waste Management Reform [Fokus na reforme sfery obrashcheniya s otkhodami]. *Municipal Solid Waste* [Tverdye bytovye othody], [s. l.], v. 34, n. 8, p. 34-37, 2016. Available at: <https://elibrary.ru/item.asp?id=26630601>. Accessed on: July 17, 2022.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Works, Part 1* [Filosofskie raboty, chast' 1]. Translated by M. S. Kozlova e Yu A. Aseev. Moscow: Gnozis, 1994.

ZHAVORONKOVA, Natalia G.; ZINOVIEVA, Olga A. The History of the Development of Land, Natural Resources and Environmental Law [Istoriya razvitiya zemel'nogo, prirodoresursnogo i ekologicheskogo prava]. *Bulletin of the O.E. Kutafina* [Vestnik Universiteta imeni O. Ye. Kutafina], [s. l.], v. 17, n. 1, 2016. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=26486357>. Accessed on: July 17, 2022.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

ANISIMOV, Aleksey; MOTORIN, Dmitriy. A New Legal Concept of Understanding the Essence of Production and Consumption Waste: A View from Russia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2330, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202330>

Aleksey Anisimov

DOCTOR OF LAW FROM SARATOV STATE ACADEMY OF LAW, RUSSIA.
PROFESSOR OF THE DON STATE TECHNICAL UNIVERSITY, ROSTOV-
ON-DON, RUSSIA.

anisimovap@mail.ru

Dmitriy Motorin

MASTER OF LAW FROM VOLGOGRAD STATE UNIVERSITY, RUSSIA.
ATTORNEY-AT-LAW, SENIOR ASSOCIATE OF ENVIRONMENTAL
PRACTICE AT VEGAS LEX LAW FIRM, MOSCOW, RUSSIA.

dmitriy.motorin@yandex.ru

Beyond the Convergence-Divergence Divide: Comparing Banking Regulation in Latin America

PARA ALÉM DA DIVISÃO CONVERGÊNCIA-DIVERGÊNCIA: UMA COMPARAÇÃO DA REGULAÇÃO BANCÁRIA NA AMÉRICA LATINA

Mario Schapiro¹

Abstract

Over the last few decades, the rivalry between regulatory convergence and divergence has dominated scholarly debate. In accordance with this divide, countries tend to either converge toward Basel rules, becoming globally standardized players, or diverge from them, leaving their local institutions untouched, particularly within developmental States. Banking regulation in Argentina, Brazil, Chile, and Mexico, however, brings challenging evidence to that debate. Brazil, which, from among the group, has most converged toward Basel rules, relies on a sizeable developmental State. Argentina, which has also widely converged, relies on significant State intervention in the financial system. Conversely, Chile, a market-friendly country, has not adhered to international capital rules on the same level. Finally, Mexico has been in-between, reinforcing State-owned banks and adopting the new Basel standards, however, to a lesser degree, compared to Brazil. These findings support the claim that such countries combine global and local institutions more diversely than the convergence-divergence divide predictions would suggest.

Keywords

Banking regulation; Latin America; embeddedness; insulation; convergence-divergence.

Resumo

Nas últimas décadas, a rivalidade entre convergência regulatória e divergência teve largo predomínio no debate acadêmico. De acordo com essa divisão, os países tenderiam a convergir para as regras da Basileia, tornando-se atores globalmente padronizados, ou divergir delas, mantendo suas instituições locais em vigor, especialmente seus estados desenvolvimentistas. A regulação bancária na Argentina, no Brasil, no Chile e no México, no entanto, traz evidências que desafiam essa divisão. Os países que mais convergiram para as regras da Basileia, Argentina e Brasil, contam com ampla participação estatal no sistema financeiro. Por outro lado, o Chile, que é um país de mercado, não aderiu às regras de capital internacional da mesma forma. Por fim, o México figura em uma posição intermediária. O país reforçou seus bancos estatais e adotou os novos padrões da Basileia, mas em um ritmo inferior ao do Brasil ou da Argentina. Esses achados sustentam a afirmação de que os países combinam instituições globais e locais de maneira mais diversa do que as previsões da divisão convergência-divergência.

Palavras-chave

Regulação bancária; América Latina; embeddedness; insulamento; convergência-divergência.

INTRODUCTION

A comparison of banking regulation in Argentina, Brazil, Chile, and Mexico, the four largest economies in Latin America, brings new evidence to the debate on regulatory convergence and divergence. In this group of cases, the most convergent countries are those that have combined global Basel rules with interventionist policies, such as in the cases of Argentina and Brazil. Mexico has adhered to capital rules while introducing legal changes that reinforced its State-owned banks to a certain degree. Strikingly, the most divergent country is Chile, which has the most market-friendly economy in the region. Such findings challenge the prevailing assumption of alignment between global convergence and market-based economies, or, on the other hand, between regulatory divergence and developmental States or interventive financial policies.

Since the 1990s, following the dramatic rise in economic globalization, the literature has split into two camps. While some authors have maintained a position of efficiency-driven convergence of institutions and best practices across the globe, others have highlighted the prevalence of local path-dependence factors and the persistence of regulatory divergence, mostly in developing countries. Empirical findings corroborate both standpoints. On the one hand, Basel standards have become a global framework, harmonizing more than one-hundred domestic rules toward a market-driven regulatory pattern. On the other hand, there have been several cases of mock compliance with Basel standards, particularly in economies with strong developmental States.

To this contention, the evidence from Latin America is far from trivial, as it combines conventional debate from both sides. Firstly, Argentina, Brazil, and potentially Mexico, reveal an unlikely juxtaposition of two different regulatory arrangements – Basel rules and developmental States or, at least, interventive financial policies. It is noteworthy that Brazil and Argentina, in particular, comply with Basel rules without significant exceptions, enforcing them even over State-owned and development banks. Secondly, the refusal of a middle-income liberal market economy, such as Chile, to adopt the most stringent Basel standards conflicts with recent trends in the developing world. Even low and lower-middle income countries, such as Rwanda, with smaller financial markets and more limited institutional capacity, have implemented the latest Basel agreements.

These four cases support the central claim of the article that banking regulation allows a variety of combinations among global and local settings, far beyond the strict divide between convergence and divergence. By shedding light on these regulatory diversities, this paper contributes directly to banking regulation scholarship, in particular, debates about convergence and divergence. It also dialogues with literature on the political economy of regulation, particularly that focused on the regulatory-State-building process in developing countries. Finally, this paper speaks to Law and Development literature, specifically to legal transplant scholarship, by bringing in cases that might augment the reference library on both successful and unsuccessful legal transplants.

The article is organized as follows: the next section outlines scholarly knowledge of convergence and divergence in banking regulation. The second section contains the analytical framework and the theoretical argument that guides the remaining analysis. The third section brings evidence from Argentina, Brazil, Chile, and Mexico regarding Basel implementation and combination with local developmental policies. Finally, findings and conclusions are presented.

I. REVIEWING THE LITERATURE: CONVERGENCE AND DIVERGENCE IN BANKING REGULATION

Over the last few decades, the convergent vs. divergent rivalry has divided the scholarly debate on regulatory globalization. The banking sector has played a crucial role in this debate, given the interplay between Basel global standards and local rules. On the one hand, global capital rules have diffused massively around the world, laying down prudential obligations for the banking sector in more than one hundred jurisdictions, including developed, semi-peripheral, and peripheral countries (JONES, 2020). On the other hand, Basel standards have not deterred local malpractices or deep financial crises, nor triggered sweeping changes in domestic institutional arrangements. Particularly, in developing countries, one of the leading controversies mirroring the convergence and divergence divide resides in the interplay between the market-friendly nature of Basel standards and the persistence of financial activism by the State.

The Basel rules consist of soft law standards agreed on by the Basel Committee that are formally binding on the Committee's members, but also voluntarily adopted worldwide (JONES and ZATZ, 2017; JONES, 2020). The agreements aim to achieve stability in the global banking system, as well as to level the international playing field by preventing leveraged domestic banks from gaining market share abroad (BIS, 1988; TARULLO, 2008). The standards pursue such goals by requiring banks to reach a ratio of 8% between their capital (equity, earnings, etc.) and their risk-weighted assets (loans, mortgages, securities, etc.) – capital adequacy ratio (CAR). Supposedly, capitalized firms buffer their savers against default and disincentivizes shareholders from embracing risk-taking decisions (TARULLO, 2008; JONES, 2020). Also, Basel agreements aim for a level playing field by targeting lowly capitalized and highly leveraged banks, usually those that are State-sponsored.

In turn, the financial activism of the State involves broad interference by government in the financial system, particularly in the credit market. In this arrangement, policymakers craft regulatory devices to spur credit allocation according to policy preferences (THURBON, 2016). Rather than pursuing banking soundness, the main purpose of government officials is to use the credit market as development leverage (CHEY, 2014). Developmentalists accomplish their objectives by introducing underpriced banking savings as they direct those resources through subsidized earmarked credit policies. State ownership of

banks plays a central role in this governance by channeling cheap funding to selected businesses and segments.

In the contention between Basel standards and State financial activism, the convergent view sustains the prevaescence of the international harmonization process over domestic institutional arrangements (JORDANA and LEVI-FAUR, 2005; LEVI-FAUR, 2005, MAJONE, 2006). In this perspective, globalization has given rise to a convergent mode of regulatory capitalism, in which the “cox” State has become more suitable than the former “rower” State to govern the economy (LEVI-FAUR, 2005; MAJONE, 2006). Strictly speaking, with the rise of global codes, including Basel, the role of State activism in coordinating the local economy would have run out of steam (JAYARURYIA, 2005). In its place, transnational governance structures and local independent regulators have played a crucial role in conducting regulatory response worldwide (HELLEINER, 2015). Singer (2005) summarizes the core of the convergent view, emphasizing the inexorable nature of Basel rule globalization. He points out the leading role of political and market forces in fostering normative banking harmonization. In his terms, “for core harmonization of capital requirements, competitive pressures were a hindrance; but after G-10 countries harmonized, competitive pressures actually ensured peripheral harmonization.”

In contrast, the divergent view emphasizes significant gaps between global rule-making and local enforcement. In this approach, the massive adoption of global capital rules has gone hand-in-hand with significant implementation failures, as reveal several cases of cosmetic Basel compliance (WALTER, 2006; 2008; TAMURA, 2005; CHEY, 2007; 2014). To a large extent, such a claim has drawn on Asian cases, such as Japan or Korea, in which preservation of developmental States undermined the substantive enforcement of global capital rules (TAMURA, 2005; WALTER, 2008; CHEY, 2014). Thus, instead of pointing out regulatory convergence, divergent scholars stress the persistence of local institutions in banking regulation (WALTER, 2008; MOSLEY, 2010).

Although rival outlooks, convergent and divergent views share the belief that Basel capital rules and financial activism by the State are at odds with each other. Both lineages presuppose an alignment between global codes and market-driven economies, or, by contrast, an overlap between regulatory divergence and interventive financial policies. In general, literature predicts such alignments due to interest-based reasons and institutionally-based explanations. Drezner (2007), for example, suggests that global regulatory regimes have a club-like nature, gathering a few powerful nations capable of imposing market-based rules on local policymakers who have no power or interest in resisting externally-driven financial reforms. Domestic policymakers accept regulatory convergence toward market-based arrangements. Also looking at the role of interests and incentives, Jones (2020) suggests that policymakers in developmental States have more significant incentives to run the banking system based on policy goals than merely by enforcing market-driven prudential discipline. Likewise, Walter (2008) and Chey (2014) argue that

implementing Basel rules can imply a high cost for concentrated interests, particularly in State-led economies, which resist market-oriented financial reforms. Institutionally-driven explanations reinforce the alignment between convergence and market-based arrangements. Mosley (2010), for instance, maintains that implementing global codes presupposes institutions and regulatory structures that typically shape market economies but are absent in State-led economies.

Thus, following the current division, peripheral nations would have one of two possibilities. They could either converge toward the global standard of capitalism, becoming globally-regulated and adapting local arrangements to global capitalism, or diverge from rule-harmonization, keeping their local discretion-based crony capitalism active.

Nevertheless, none of these views adequately describe recent developments in Latin America's banking sector. In this region, the most convergent countries are those that combine global rules with State financial activism. At the same time, the divergent case combines a liberal market economy with a gradual approach toward Basel rules. To classify these arrangements suitably, one requires a theoretical framework that goes beyond strict terms of convergence and divergence.

Recent literature dealing with regulation broadly, or the banking sector specifically, has leaned in the direction. Levi-Faur (2013) and Jayasuryia (2013), for example, outline conciliations between developmental and regulatory States. Jayasuryia (2013) describes how and why developing countries forge a regulatory State with dirigiste characteristics. Levi-Faur (2013) decouples developmental States from developing countries and sustains the polymorphic composition of the contemporaneous State, one that embodies regulatory and developmental functions. Both contributions are valuable as they conceive regulatory juxtapositions as a feasible outcome, instead of taking them as an institutional pathology. Their contribution, however, has not dealt with the specificities of the banking sector.

By working directly with banking systems, Knaack (2017 and 2020) and Naqvi (2019) describe cases of conciliation between global capital rules and developmental States. Knaack (2017) explains how two competing political factions in China have ensured a governmental balance between financial stability and economic growth, thus fostering a combination of the Basel rules with financial activism. Naqvi (2019) and Knaack (2020) also describe the case of Bolivia, where the government has been pulling in two directions, mixing capital rules with a rising ascendancy in the banking sector. In the same perspective, Jones and Zatz (2017), as well as a whole volume edited by Jones (2020), evidence that low and lower-middle-income countries have been selectively converging toward Basel rules while keeping their domestic arrangements at large. Differently from the Asian instances, however, a significant proportion of these cases have overlapped global and local policies without compromising prudential enforcement.

This article builds on this new set of literature that emphasizes regulatory coexistence and hybrid governance. It adds findings on Latin America's banking sector to a debate that usually

deals with the non-financial sector (JAYASURYIA, 2013; LEVI-FAUR, 2013) or explores the political economy of regulations through case studies, rather than cross-country comparative studies (KNAACK, 2017 and 2020; NAQVI, 2020).

2. RESEARCH DESIGN AND ANALYTICAL FRAMEWORK

The present article has a taxonomic purpose as it intends to outline banking regulation prevailing in Argentina, Brazil, Mexico, and Chile. By classifying regulatory regimes, this article also engages in a comparative analysis of the countries' institutional arrangements, allowing a contrast of the different ways these economies have combined global and local financial rules. This paper, however, does not intend to advance causal explanations for the findings, as it concentrates on identifying the dependent variable, i.e., the varieties of banking regulation prevailing across the largest economies in Latin America.

While the first three countries are new members of the Basel Committee and, as such, must comply with the capital rules, they also have a long history of State intervention in the banking sector. Chile, in turn, offers a compelling contrast to this group, as it is one of the few market-based economies in Latin America that diverge from Basel rules. Moreover, Chile has been a relevant player in the global economy, as its membership in the OECD suggests. To adequately frame these puzzling combinations, this article detaches Basel rule compliance from the mode through which the State governs the domestic credit market.

The analysis of Basel compliance focuses on the three main building blocks shaping the most recent version of the agreement also known as Basel III. These core components embody revised rules on capital, liquidity, and leverage (YOUNG, 2014). Firstly, the agreement introduced new modalities of capital, such as the conservation buffer (up to 2.5%) and the countercyclical buffer (up to 2.5%), and increased the capital-adequacy ratio (CAR) from 8% to a range between 10.5% and 13%. It also defined a more demanding category of regulatory capital, requiring that 4.5% must be equity capital (common equity tier 1 – CET) out of the newly established CAR range (10.5% and 13%). Secondly, the revised agreement established two new obligations related to liquidity and leverage thresholds. The liquidity standards intend to ensure that even capitalized banks have liquid assets promptly convertible into cash in the event of both short- and long-term distress scenarios.

As for the short-run, the Liquid Coverage Ratio (LCR) determines that banks must have a rate no lower than 100% between their high-quality liquid assets and their total net cash outflow (BIS, 2013a). As for the long term, the Net Stable Funding Ratio (NSFR) determines that banks must have sources of funding available to avoid a financial mismatch between short-term liabilities and long-term assets over a one-year time frame. Additionally, the minimum NSFR threshold is also 100% (BIS, 2014). Lastly, Basel III also established leverage standards. Regardless of their risk-weighted capital and liquidity levels, banks are to also limit their leverage to a 3% ratio, which is a quotient between their capital

tier 1 and their assets. All these regulatory components should be gradually enforced, following Basel’s schedule (Table 1).

TABLE 1 — **BASEL III — IMPLEMENTATION SCHEDULE**

INSTRUMENTS	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
COMMON EQUITY TIER 1 (CET1)	3.5%	4.0%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%
CAPITAL TIER 1	4.5%	5.5%	6.0%				
CAPITAL CONSERVATION BUFFER				0.625%	1.25%	1.875%	2.5%
CAPITAL COUNTERCYCLICAL BUFFER				0.625%	1.25%	1.875%	2.5%
LIQUIDITY – LCR			60%	70%	80%	90%	100%
LIQUIDITY – NSFR						100%	
LEVERAGE	DISCLOSURE					3%	

Source: BIS.

Governance of the credit market reflects the degree to which financial governance is embedded into or insulated from policy concerns. This article assumes that governments might play a narrow or broad role in governing the credit market. The embedded designs, which have a State-oriented nature, are those in which governmental authorities use banking regulation as a development leverage tool, i.e., a tool that enables intervention in credit allocation to achieve policy goals. Thus, the more embedded the banking regulation is, the more porous it is to government control over savings and credit allocations. Conversely, insulated arrangements are those that discipline the credit market on a market-oriented basis, i.e., detaching it from any other policy goals beyond financial soundness. In this case, the regulatory set deploys only market-friendly regulations to control private intermediation. Conversely, insulated arrangements steer clear of other regulatory purposes such as industrial competitiveness, employment, and national growth, which remain outside the banking regulator’s radar.

In the following analytical framework, the horizontal axis describes the degree of convergence toward global capital rules, classifying countries around opposite poles of compliance and non-compliance with Basel III. The vertical axis mirrors the extent of State intervention in

the credit market, distributing domestic arrangements around the alternatives of insulation and embeddedness. That matrix gives rise to the following four ideal regulatory types: divergent embeddedness, convergent embeddedness, convergent insulation, and divergent insulation.

CHART 1 – ANALYTICAL MODEL

		DEGREE OF COMPLIANCE WITH BASEL RULES	
		(-)	(+)
DEGREE OF REGULATORY	(+)	DIVERGENT EMBEDDEDNESS	CONVERGENT EMBEDDEDNESS
EMBEDDEDNESS-INSULATION	(-)	DIVERGENT INSULATION	CONVERGENT INSULATION

Source: Author’s own elaboration.

Divergent embeddedness, in the upper left position, represents a combination of embedded regulation with lowest compliance with international prudential rules. This type stresses the tension between State intervention in the credit market and substantive global market integration. Regulatory institutions are less committed to the international level playing field than they are to building comparative regulatory advantages to foster local players. This type includes both cases of outright rejection of Basel standards, like in the case of Ethiopia (WEIS, 2020) and cases of mock compliance, such as that of Japan in the 1990s (WALTER, 2008; CHEY, 2014) or more recently, the case of Angola (ENGEBRETSEN and OLIVEIRA, 2020). To sum up, it results in an irreconcilable trade-off between embeddedness and convergence, led by the former.

Divergent insulation, in the lower left quadrant, is the ideal type that combines the lowest compliance with global codes with the most moderate degree of State-led financing. It is a sort of arrangement that reveals a policy preference for a market order, albeit a local one. There is no interest-driven compulsion to adopt international standards, nor do policymakers refuse to devise domestic prudential rules. Banking regulation consists of gradual and selective regulatory choices. It is an unlikely combination, as it denies the two strongest regulatory orders, globally-made capital rules and the State-driven credit market. In recent years, the rejection of the US and the EU in implementing Basel II and Basel III are examples of this type of double refusal (QUAGLIA, 2019).

Convergent insulation, in the lower right quadrant, represent the amalgam between a liberal market order and full compliance with Basel rules. The term “convergent” seeks to describe the predominance of interests and institutions aligned to the global market order

and committed to the international playing field. These policy purposes prevail over the creation of regulatory advantages that foster local business. The main goal of policymakers is to set the domestic economy as an international financial hub that hosts bank headquarters and the entire financial industry, profiting from fees. The UK is the most conspicuous example of such policy preferences, while Singapore has been striving to attain a similar state.

Ultimately, *convergent embeddedness*, in the upper right quadrant, represents the highest level of Basel compliance, along with the most significant degree of regulatory embeddedness. In this configuration, banking regulation integrates the purpose of converging toward the global market with government control over the financial system. Policymakers pursue a sort of developmental State, partially or fully curbed by global standards. Differently from cases of mock compliance, *convergent embeddedness* depicts arrangements in which both orders are substantially at stake.

3. COMPARING BANKING REGULATION IN LATIN AMERICA

This section examines the regulatory arrangements that have emerged in the banking sector in Latin American case studies. The analysis draws on the previous analytical framework and compares the extent to which Argentina, Brazil, Chile, and Mexico comply with Basel rules and run interventionist developmental policies. The comparison highlights three different types of adjustment between global rules and local credit policies. It reveals Argentina and Brazil as following a convergent embeddedness mode, while Chile is in the opposing position of divergent insulation. Finally, Mexico seems to be in transition toward the convergent embeddedness position (chart 2).

3.1. THE CONVERGENT EMBEDDEDNESS OF ARGENTINA AND BRAZIL

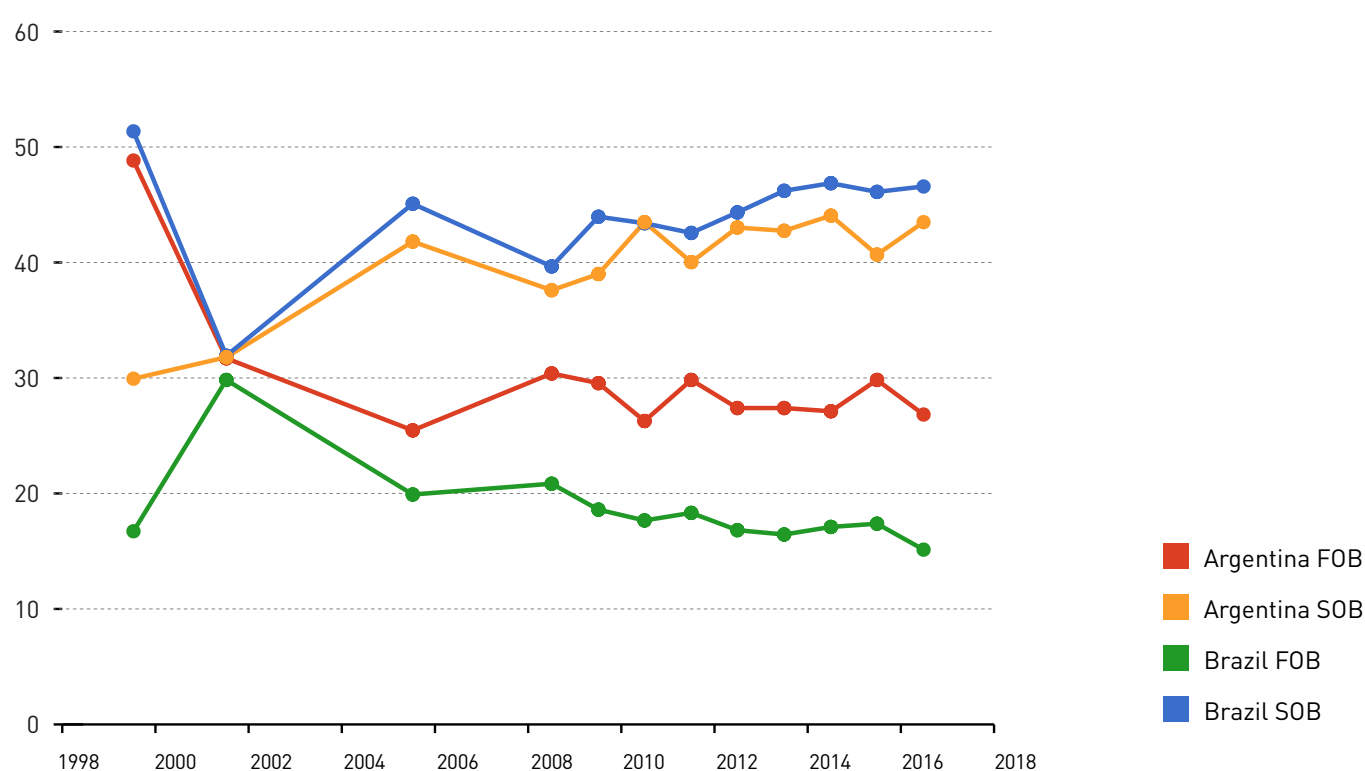
Argentina and Brazil have been pulling in two directions, combining embedded domestic regulation and substantive compliance with the third Basel agreement. Both countries have kept their interventionist State active while implementing the revised capital rules timely and materially.

The regulatory design in both countries has preserved or augmented the government's role in the economy, enabling policymakers to conduct interventionist policies in the banking sector. In Argentina, Act 26.739, enacted in 2012, enlarged the Central Bank's mandate, bestowing on it the task of pursuing "employment and economic development with social equality." From then on, in addition to overseeing monetary and financial stability (statute 24.114/1990), the Central Bank of Argentina (BCRA) must foment growth policies. Thereby, the legal reform of 2012 reinvigorated some institutional features typically displayed during 1970's developmentalism. At that time, officials ran central banks as governmental branches, orienting them toward economic development (JACOME, 2015).

Although Brazil has not reformed its regulatory apparatus like Argentina, it has kept the same legal design established in 1964. According to this, the National Monetary Council (CMN) detains rulemaking power, while the Central Bank of Brazil (BCB) performs supervisory functions. In its initial conception, the CMN was a corporatist council that combined political authorities, bureaucrats, and industry representatives. In the 1990's, administrative reforms eliminated the CMN's corporatist representation and introduced operational autonomy to the Central Bank (TAYLOR, 2009; FRANCO, 2017; SCHAPIRO and TAYLOR, 2020). Brazilian administrative reform, however, preserved the Executive branch's policy-making power. The BCB has become a *de facto* regulator and effectively disciplines the banking sector. Yet, in parallel with that, the Executive has preserved significant institutional leverages in the banking sector, particularly in relation to federal State-owned banks and earmarked credit policies (STALLINGS and STUDART, 2006; SCHAPIRO, forthcoming).

Despite the privatization process that occurred in Argentina and Brazil throughout the 1990's, State ownership of banks still plays a sizeable role in both economies. A comparison of bank ownership over the last two decades reveals a decline in the share of foreign-owned banks (FOB) and a steady increase in State-owned ones (Graph 1). The graph considers both financial assets in the hands of government and foreign players.

GRAPH 1 – **FOREIGN OWNERSHIP OF BANKS (FOB) VERSUS STATE OWNERSHIP OF BANKS (SOB) IN ARGENTINA AND BRAZIL**



Source: The World Bank (2001, 2005, 2007, 2011 and 2019).

In Argentina, Banco de La Nación plays a crucial role in the credit market. According to the IMF, Banco de La Nación accounted for 25% of loans and 30% of deposits in the whole banking sector (IMF, 2016). In its report, the IMF also stressed that State-owned banks have a different business model than private ones, “relying more on loans to small and medium enterprises at somewhat lower interest rates and longer maturities” (IMF, 2016, p. 12). Besides Banco de La Nación, it is also possible to evidence other State-owned banks under the control of local governments, such as in the case of Banco de la Provincia de Buenos Aires (BPBA), which plays a regional role.

Similarly to Argentina, the Brazilian banking sector also follows a dualistic configuration. While privately-owned institutions focus primarily on short-term lending, State-owned banks support long-term financing (STALLINGS and STUDART, 2006; MELLO and GARCIA, 2012). Brazil, however, has a larger and more specialized group of State-owned banks compared to Argentina. Such is the case of Banco do Brasil (BB), Caixa Econômica Federal (CEF), and BNDES. The central bank data indicates that BB, CEF, and BNDES have a disproportionate role in financing agriculture, housing, and manufacturing & infrastructure, respectively. BB accounted for around 50% of agriculture credit stock, while CEF accounted for almost 70% of housing credit stock. BNDES, in turn, accounted for roughly 20% of the total disbursed to companies, including short-term and long-term resources (BCB, 2018 and 2019).

Along with State ownership of banks, Argentina and Brazil have also been running directed-credit policies through which policymakers provide cheap funding for selected sectors. Throughout the 2010’s, the Argentinean BCRA managed two main programs of directed credit: The Bicentenary Financial Plan and the Lines of Productive Investment (BCRA, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015). The above-mentioned reforms in the Central Bank’s statute, carried out in 2012, provided institutional support for these programs. Alongside the lengthening of the BCRA mandate, Act 26.739 also introduced article 17, “f,” in the Central Bank charter, amplifying the regulatory possibilities for the BCRA to provide financial resources to banks (BCRA, 2012). Thus, in addition to the traditional role of lender of last resort, the BCRA can also extend collateralized financial resources to financial institutions “in order to promote mid-term and long-term lending for production investment.”¹ In contrast, the BCRA has become a direct financier of governmental development plans.

The Bicentenary Financial Plan is aimed at directing credit toward classic developmental purposes, including import substitution policies (BCRA, 2011). It relies on an interest rate limited to 9.9% a year, as well as on a predefined five-year contractual term (BCRA, 2011). The “Lines of Productive Investment” plan consists of an even more intrusive program. All banks with a market share above 1% should lend a minimum volume equivalent

...

¹ Ley 26.739, Art. 17, “f”.

to 5% of their deposits. Moreover, half of this earmarked credit should favor small and medium companies (BCRA, 2012; BCRA, 2012b; GOLDSTEIN, 2014). Later, the BCRA raised the minimum disbursement threshold from 5% to 15% of deposits (BCRA, 2015). The program set a cap for interest rates, which ranged from 15% in 2012 to 19% in 2015.

In 2017, mirroring a shift in government, the BCRA changed its policy orientation. Following a market-friendly regulatory agenda, regulators announced the phasing out of directed credit policies (BCRA, 2017). Two years later, however, still during the Macri presidency, the Argentinean government launched a revised regulatory package designed to appease small and medium companies that, once again, included interest rate caps and extended contractual terms. Carrying on with the tradition, the new package relied mostly upon State-owned banks, which were to charge a lower interest rate (25%) compared to private players (29%).² The return of earmarked credit policies during a market-oriented government is a strong evidence that Argentinean regulatory embeddedness is far from being a partisan policy.

Comparatively, Brazil has run an even larger body of directed credit policies than Argentina. Operating under a legal framework enacted in 1964 (statute 4.595), which assigns ample leeway for policymaking, the monetary council (CMN) has established rules that favor agriculture, housing, and manufacturing. The central bank supervises the enforcement of these rules and punishes banks, private or State-owned, which do not observe the correspondent targets and caps. Between 2010 and 2020, directed credit accounted for almost half of all loans disbursed in Brazil (SCHAPIRO, 2021).

An example of this is the mandatory channeling of 34% of demand deposits to agriculture and the binding allocation of 65% of regulated savings to housing. For manufacturing, CMN defined a special interest rate, designated as TJLP, discretionarily. TJLP (now TLP) is the interest that BNDES pays to use its quasi-fiscal source of funding. Throughout the last few decades, the value of TJLP has always been lower than the basic interest-rate (SELIC), which indicates an implicit subsidy for BNDES lending. Oliveira (2019), for example, found that, between 2001 and 2010, the average real ex-post lending rate was around 35% a year, while the average lending rate ex-post TJLP was around 2.25%. Although BNDES adds operational costs and profit to TJLP, its final lending cost is considerably cheaper than the market average.

Meanwhile, regulators in both countries have implemented new rules on capital, according to the Basel schedule, which include conservation and countercyclical buffers, as well as dispositions on common equity capital and capital tier 1. Accordingly, both jurisdictions have required an increased amount of regulatory capital from their banks, one that has surpassed

...

2 Information available at: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-lanzo-un-paquete-de-medidas-para-fortalecer-el-financiamiento-pyme-por-100000>.

the former 8% capital adequacy ratio. In 2012, the BCRA issued Communications “A” 5272 and “A” 5369 (later amended), stating that both private and State-owned banks shall meet the revised capital requirements. In Brazil, the National Monetary Council (CMN) adopted the new capital rules in March 2013, establishing a threshold of 6% for common equity capital and 5.5% for capital tier 1.

In both countries, capital rules in the literature have also been translated into action, as Basel’s peer-review reveals. According to the assessment teams, Argentina and Brazil have each deployed a complete and consistent regulatory set in which both were graded as compliant jurisdictions (BIS, 2013b and 2016a). It is no minor achievement, considering that seven out of the nineteen jurisdictions, including the European Union, were graded as not fully compliant.³ In Argentina and Brazil, the figures of the largest banks indicate that both State-owned and private banks comfortably meet the requirements on regulatory capital. As previously described, with Basel III, regulatory capital thresholds increased from 8% (capital/assets) to a range between 10.5% (with a 2.5% conservation buffer) and 13% (with an additional countercyclical buffer). The largest figures among banks in both countries more than surpassed the minimum capital level.

TABLE 1 – THE CAPITAL ADEQUACY RATIO OF THE LARGEST PRIVATE AND STATE-OWNED BANKS – ARGENTINA AND BRAZIL

PRIVATE BANKS

ARGENTINA	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011
SANTANDER	14.21	N.D	12.58	12	15	14	N.D	N.D
GALICIA	15.14	10.69	15.04	13.38	15.91	14	N.D	N.D
BBVA	13.72	14.67	13.81	16.18	16.55	14.29	16.91	15.21
BRAZIL								
ITAU	18	18.8	19.1	17.8	16.9	16.6	18.1	16.4
BRADESCO	17.8	17.1	15.4	16.8	16.5	16.6	16.17	15.03
SANTANDER	15.06	15.8	16.3	15.7	17.5	19.2	20.8	24.8

(it continues)

...

3 Information available at: https://www.bis.org/bcbs/implementation/rcap_jurisdictional.htm.

STATE-OWNED BANKS

ARGENTINA	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011
LA NACION ⁴	17.89	34.05	43.06	30.15	25.57	21.76	N.D	N.D
BPBA	N.D	N.D	N.D	N.D	N.D	N.D	N.D	N.D
BRAZIL								
BB	18.86	19.64	18.48	16.13	16.11	14.53	14.83	13.98
CAIXA	19.6	17.65	13.5	14.43	16.07	15.13	12.99	13.34
BNDES	29.01	27.51	21.7	14.04	15.89	18.66	15.39	20.6

Source: Orbis Bank Focus (2023) and Banco de La Nación Argentina (2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 and 2018).

The same is true for liquidity rules, which is the second building block of Basel III. Argentinians and Brazilians have been enforcing both the short-term liquidity LCR and long-term (NSFR) liquidity. The Argentinean BCRA adopted the LCR in 2015, through Communications “A” 5693 and “A” 5724 (BIS, 2016b; BCRA, 2015). These rules target all internationally and regionally active banks, exceeding the Basel prescriptions that aim primarily at internationally active banks. Similarly, the BCRA also adopted NSFR extensively, making it mandatory for local banks. According to BCRA Communication “A” 6306, issued in January 2018, all banks with assets above 1% of total financial assets shall comply with local NSFR norms.

Brazil established liquidity regulation around the same time. CMN Resolution 4401, of February 2015, developed short-term liquidity rules applicable for all banks with total assets superior to R\$100 billion. Later, CMN Resolution 4401/2017 developed mandatory LCR rules for all banks classified as part of segment 1, i.e., banks with assets superior to 10% of Brazilian GDP. From 2017 onwards, this same group of banks shall also meet the requirements for long-term liquidity (NSFR) (Resolution CMN 4.616/2017). The remaining banks are not formally obliged to follow the liquidity provisions. Still, the BCB monitors their performance through two Basel-like domestic indexes, the IL (liquid index) and the ILE (liquid structural index) (BCB, 2019).

...

⁴ All data refers to capital tier 1 – the only data regularly available in the bank report.

Peer-reviews also recorded Argentina and Brazil as compliant jurisdictions with liquidity standards (BIS, 2016b; 2017; 2019a; 2019b). The data corroborates such assessments. Argentinian and Brazilian figures more than outpaced the regulatory threshold of 100% liquidity between capital and assets, both for LCR and NSFR. The BCRA's financial stability report, in September 2019, indicates an average of 210% of LCR, and 160% of NSFR (BCRA, 2019). During the same period, the Brazilian Central Bank (BCB) recorded similar numbers, with the LCR achieving 228% and the NSFR reaching 121% (BCB, 2019). The Brazilian alternative indexes (IL and ILE), responsible for covering banks excluded from LCR and NSFR, also performed well. The banks examined under these alternative methodologies achieved indexes above 100% for both criteria (IL and ILE) (BCB, 2019).

Ultimately, Argentina and Brazil introduced leverage regulations in 2018. In Brazil, CMN issued resolution n° 4.615 in January 2018 and stipulated that all banks with assets exceeding 1% of Brazilian GDP should limit their leverage to 3%. Due to their growth, Brazilian banks have more than doubled such regulatory minimums, with numbers fluctuating between 7.2%, in June 2018, through 7.6%, in June 2019 (BCB, 2019, p. 33). Similarly, the BCRA established Communication "A" 6431, in March 2018, and stipulated prompt compliance with the leverage index. Compared to Brazilian banks, Argentinian banks easily exceeded the Basel standard and reached, on average, 8.5% in September 2018, and 9.1% in September 2019 (BCRA, 2019). Although it is still not possible to evidence Basel reports on leverage rules, country data suggests that Brazil and Argentina will grade as compliant jurisdictions again.

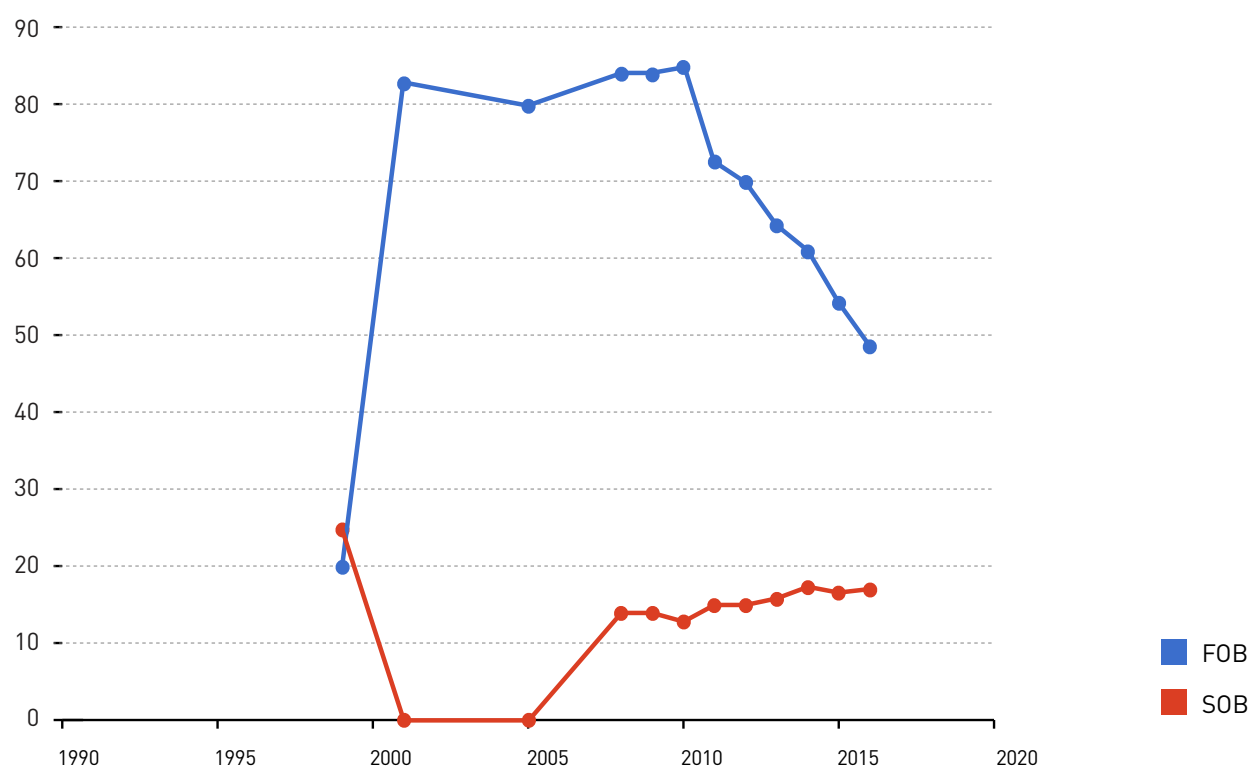
3.2. MEXICO IN TRANSITION TOWARD CONVERGENT EMBEDDEDNESS

Mexico's banking regulation represents a transitional case toward a convergent embeddedness arrangement. The country seems poised to replicate the Brazilian and Argentinian combination of State intervention *cum* global prudential rules. So far, however, Mexico has achieved lower rates of Basel compliance and has a lesser degree of State intervention in the economy.

Such a transitional position is not unusual in Mexican banking regulation. Over the last few decades, its banking system has existed on a pendulum, in which State and market actors have played crucial roles interchangeably (CALOMIRIS and HABER, 2014). In the early 1980s, as a response to the infamous debt crisis affecting developing countries, the Mexican government nationalized the banking system, making it so that most of its banks became State-owned. Later on, in the early 1990s, in response to the spread of neoliberal reforms, officials privatized all those banks nationalized in the 1980s, selling their control to Mexican investors. Due to inconsistencies in its design, the privatization process failed, and the banking system faced a severe crisis in 1995, the so-called 'Tequila Crisis', which

triggered the need for banking reform (CALOMIRIS and HABER, 2014). Searching for a way out of the crisis, the government re-privatized banks, however, it ended up favoring foreign investors (STALLINGS and STUDART, 2006; MARTINEZ-DIAZ, 2009; CALOMIRIS and HABER, 2014). By the year 2000, the Mexican financial system had become the most privatized and foreign-controlled in Latin America, with around 80% of total banking assets under the control of foreign banks (FOB) (Graph 2).

GRAPH 2 – **FOREIGN OWNERSHIP OF BANKS (FOB) VERSUS STATE OWNERSHIP OF BANKS (SOB) – MEXICO**



Source: The World Bank (2001, 2005, 2007, 2011 and 2019).

Foreign investors recapitalized banks and stabilized the banking sector. However, that hardly solved the problem of credit shortage and lack of banking competition – both matters affecting the cost of funding. In such a scenario, policymakers devised a new banking reform in 2014, which aimed at both growing State-owned banks and bestowing legal powers upon the regulator to enforce Basel III.

State-owned banks, up until 2014, had played a limited role in the economy. In 1990, legal restrictions established in the Banking Act oriented such banks to perform indirect functions, such as provisioning guarantees for private loans or channeling resources through commercial banks, as second-tier institutions (Mexico, 2014). The scenario changed in 2014, when comprehensive banking reform altered 32 federal statutes and freed State-owned banks from legal

hindrances that curbed their economic role (NAVA and HERNANDEZ, 2016). Legal change ensured greater autonomy for State-owned banks to define their governance design, including earnings, human resources, and risk assessment policies (MEXICO, 2014). Moreover, the reform allowed State banks to fund private companies through equity investments, something they could not do before (MEXICO, 2014).

Policymakers achieved a significant portion of their desired outcomes (MEXICO, 2013). The share of Mexican State banks in total financial assets has gradually increased in recent years, reaching 17.2% in 2016. During the same period, foreign-owned banks have recorded an opposite trend, sharply declining in financial assets (Graph 2). Also, State-owned banks have augmented their participation in the credit market, reaching 29.5% of total credit in 2018, in addition to having adjusted their traditional role (BANXICO, 2019). In 2008, State-owned banks disbursed 44% of their credit directly, i.e., as first-tier institutions. This figure jumped to 65% in 2016 (IMF and THE WORLD BANK, 2017, p. 7-10).

In tandem with increasing the role of State-owned banks, the Mexican regulator, the National Banking and Securities Commission (CNBV), has enforced Basel III. CNBV implemented the higher regulatory plateaus of common equity capital (CET) (4.5%) and capital tier 1 (6%) immediately in 2013, foregoing the transitional period (BIS, 2015a). Both commercial and State-owned banks have constituted sizeable capital reserves, enabling them to outpace the regulatory minimum of 10.5% of capital ratio.

TABLE 2 – THE CAPITAL ADEQUACY RATIO OF THE LARGEST PRIVATE AND STATE-OWNED BANKS – MEXICO

PRIVATE BANKS	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011
BBVA	12.44	12.29	13.73	14.92	15.22	15.9	N.D.	N.D.
BANORTE	17.17	17.23	N.D.	N.D.	N.D.	N.D.	N.D.	N.D.
BANAMEX	13.75	14.07	14.36	13.96	15.5	13.71	15.04	15.28
SANTANDER	N.A.	15.74	15.61	16.17	15.91	14.78	14.83	N.D.
STATE-OWNED BANKS								
NAFINSA	14.52	14.46	13.26	13.57	14.62	14.32	16.35	15.14
BANOBRAS	18.51	16.99	21.07	13.98	N.D.	N.D.	N.D.	N.D.

(it continues)

STATE-OWNED BANKS

BANCOMEX	18.79	18.08	19.03	12.63	13.08	13.72	14.47	12.37
SHF	14.52	14.21	14.04	17.45	14.53	18.65	17.42	13.73
BANSEFI	24.51	20.81	18.93	21.57	16.28	25.03	N.D	N.D
BANJERCITO	23.07	21.34	20.88	20.26	N.D	N.D	N.D	N.D

Source: Orbis Bank Focus (2023).

Nonetheless, Mexico has been less strict than Brazil or Argentina in implementing liquidity standards. Although the CNBV adopted short-term liquidity rules (LCR) in time and consistently (BIS, 2015b), it delayed the enforcement of long-term standards (NSFR). The Basel schedule stipulated the NSFR as due in the beginning of 2018, but CNBV did not adopt it until the end of 2019 (BANXICO, 2019, p. 121). Moreover, unlike in Brazil and Argentina, the LCR applies only to commercial banks, dispensing State-owned banks from the same liquidity obligations (BANXICO, 2019). Ultimately, although Mexican banks fully achieved the regulatory mark for leverage, the CNBV introduced the leverage standards in October 2018, i.e., with a delay vis-à-vis the Basel schedule (BANXICO, 2019).

3.3 THE DIVERGENT INSULATION OF CHILE

Chile has been an outlier in Latin America, relying on a variant of capitalism that is less dependent on State intervention and mostly grounded in a liberal market economy. The financial system’s institutional architecture has mirrored the broader political economy, embodying an insulated arrangement that favors market-based financial transactions over policy-induced credit. Moreover, private banks and capital market figures have been closer to those of developed countries, recording high scores of liquidity, capitalization, and lending volumes (STALLINGS and STUDART, 2006). In 2018, for example, the amount of credit loaned to the private sector reached the remarkable level of 116% of Chilean GDP, almost ten times the Argentinean proportion of 16% (THE WORLD BANK, 2019).

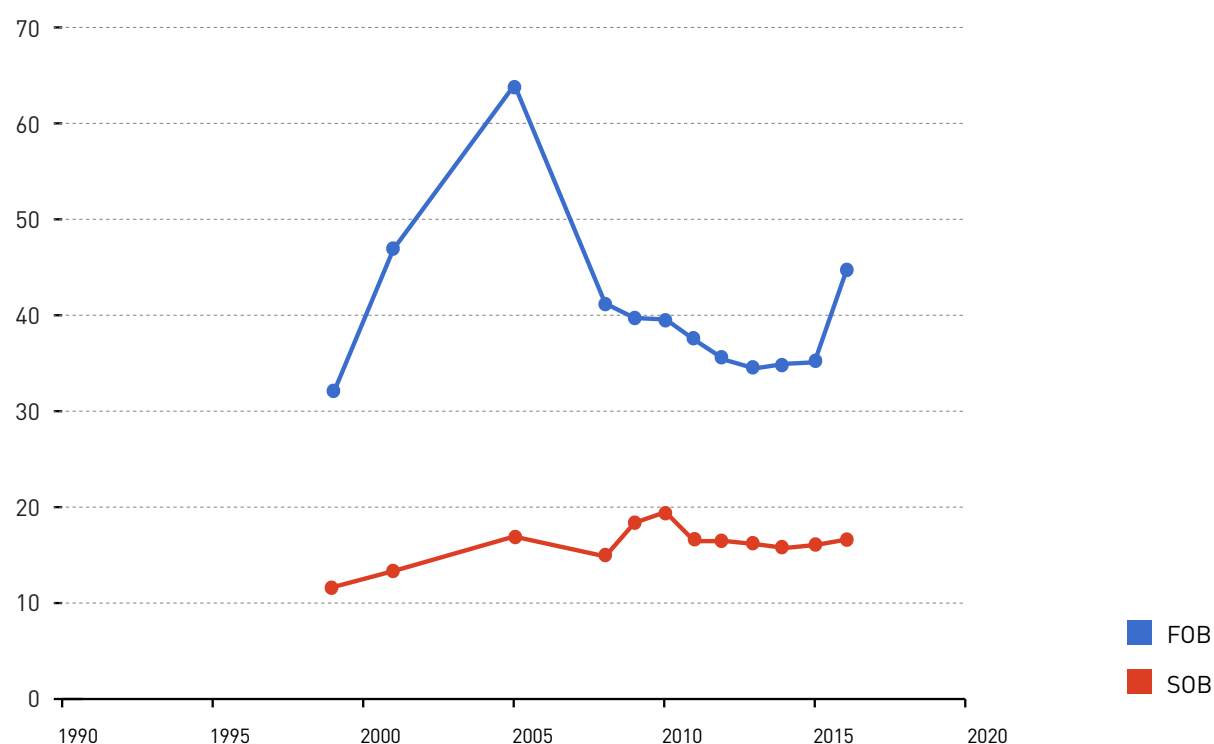
However, such insulated characteristics have not pushed Chilean regulators toward greater convergence with international capital rules. The country has been doubly separated from its local peers as it has not followed their embeddedness mode of regulation, nor has it adhered to Basel rules at a similar pace. In other words, Chile has built another variant of convergence-divergence policy options, giving rise to a divergent insulation alternative.

As for the insulation-embeddedness axis, the government discontinued policy-induced tools in the 1970s, during massive market-oriented reforms that led to sweeping transformations

across the financial system (HASTINGS, 1993). The liberal package halted previously sizeable earmarked credit policies and privatized State-owned banks significantly, leaving only Banco Estado under State control. The profound liberalization, however, caused regulatory disorganization and a financial crash in the early 1980s (DÍAZ-ALEJANDRO, 1984). The Chilean banking crisis was contemporaneous to the Mexican one, triggering an opposite policy response. Rather than nationalizing banks, the government kept the previous liberal orientation, favoring prudential regulatory standards over direct State intervention (STALLINGS and STUDART, 2006).

Banking regulation has since adopted an insulated feature, orienting State intervention towards disciplining market transactions. Instead of pursuing development-related regulatory goals, such as credit-induced growth or job creation, regulators have been mostly concentrating on financial soundness. Consequently, with such institutional choice, State ownership of banks has been kept at a moderate level, reaching around 15% of total financial assets (Graph 3). Foreign ownership, in turn, has grown since the 1990s, and a significant amount of local banking assets are under the control of foreign banks. Specifically, Chile's banking ownership trajectory has been markedly different from other countries in the region. While in Brazil, Argentina, and Mexico, governmental control over the banking sector remained high or increased in the 2010s, in Chile numbers reveal a new round of financial internationalization.

GRAPH 3 – FOREIGN OWNERSHIP OF BANKS (FOB) VERSUS STATE OWNERSHIP OF BANKS (SOB) – CHILE



Source: The World Bank (2001, 2005, 2007, 2011 and 2019).

Notwithstanding its market-oriented feature, Chile has pursued a more cautious strategy with Basel market-based standards. It is noteworthy that the Superintendence of Banks and Financial Institutions (SBFI), the former regulatory body,⁵ implemented Basel I in the 1990s, however, it has never fully adopted Basel II (CHO, 2013).

Following a similar gradual strategy, Chilean policymakers postponed the implementation of Basel III until 2019, while Argentina, Brazil, and Mexico adopted it in early 2013. In fact, unlike its three Latin American contemporaries, Chile is not a member of the Basel Committee, and enforcing Basel regulations is not mandatory. In contrast, other economies, most of them smaller and less internationalized than Chile, have already adhered to Basel III. Among others, it is the case with Pakistan (NAQVI, 2020) and Uruguay (THE WORLD BANK, 2019).

Chilean convergence toward Basel III took place only after the enactment of a new banking act, Act 21.130 in 2018, that introduced the key concepts of the revised agreement into the local law. The statute also merged the SBIF with the former securities regulator and created the Financial Market Commission, which is now legally empowered to enforce prudential rules. The Presidential message that accompanied the bill in Congress recognized the Chilean delay in following recent updates to international capital rules. It argues that its legislative approval would be essential for levelling the Chilean banking regulation with recent trends in international regimes:

As it is possible to recognize, the national legislation has not incorporated the advances that, since the issuance of Basel I, have been implemented in the international context, which generates an important gap that separates our current norms from both international standards and best practices in banking regulation. (CHILE, 2017)

Even with the enactment of the new act, regulators have gradually implemented Basel III. One example is that of the liquidity provisions, for which rule-makers devised a moderate transition to the full enforcement of short- and long-term requirements. Initially, regulators will primarily monitor the LCR and NSFR indexes, which will gradually become binding after 2019 (SBIF, 2018). However, such regulatory gradualism has not prevented Chilean banks from presenting sound regulatory numbers. The figures on regulatory capital mostly exceed the minimum threshold of 10.5% (Table 3). Yet, they are closer to the threshold, particularly in the case of Banco Estado, when compared to banks in Brazil and Argentina.

...

5 The statute 21.130/2018 merged the SBIF with the former securities regulator and created the Financial Market Commission, which is now legally empowered to enforce the prudential regulation.

TABLE 3 — THE CAPITAL ADEQUACY RATIO OF THE LARGEST PRIVATE AND STATE-OWNED BANKS — CHILE

PRIVATE BANKS	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011
SANTCHILE	13.4	13.91	13.43	13.37	14	13.82	13.72	14.73
BANCCHILE	13.91	14.54	13.89	12.58	13.32	13.05	13.22	12.91
BANC CREDITO E INVERSIONES	12.76	13.2	13.41	11.98	13.78	13.44	13.6	13.92
ITAU CORP	14.62	14.67	14.02	8.42	12.39	13.22	11.05	14.47

STATE-OWNED BANK								
BANCO ESTADO	11.12	11.04	11.3	11.7	11.49	11.25	11.47	12.61

Source: Orbis Bank Focus.

Overall, the Chilean authorities have crafted a unique regulatory apparatus, particularly for the region. First, policymakers have preserved the financial liberalization drive that has shaped the local political economy since the 1970s. At the same time, however, regulators have avoided automatic convergence toward global prudential rules, without compromising financial soundness. Since the 1980s, the Chilean economy has not dealt with any banking crises and has enjoyed economic stability, despite several crises having hit the surrounding region and the economy worldwide.

DISCUSSION & CONCLUSION

This article revisited the convergence and divergence debate, and grounded its analysis in the banking sector of Latin American countries. The countries of Argentina, Brazil, Chile, and Mexico, constitute a group of comparable global players that still display the attributes of developing nations. The selected sector — banking — has become globally regulated in the wake of an unprecedented diffusion of international capital rules. Such legal globalization has prompted two opposing views on the regulatory-building process. While some authors found substantive evidence of convergence toward global standards, others revealed an insurmountable gap between global rules and local enforcement, mostly in developing countries and developmental States.

As compelling as it is, this divide has struggled to keep up with ongoing legal globalization, particularly in the banking segment. The selected cases shed light on its limits.

Argentina, Brazil, Chile, and Mexico join a larger group of countries that also rely on hybrid arrangements and escape the challenges of the convergence-divergence divide. This group includes some African and South Asian countries that have adopted Basel rules while carrying out interventive developmental policies. It also considers developed jurisdictions, such as the US and the EU, that are global market-based economies, but resisted implementing Basel II and Basel III, respectively. To this collection, the Latin American case studies evidence two hybrid regulatory varieties, one that combines global rules *cum* interventive financial policies and another that diverges from global rules, but furthers a market-oriented arrangement.

Strikingly, there has not been a correlation between adherence to global standards and banking sector internationalization. Argentina, Brazil, and Mexico have recorded a decrease in foreign ownership of banks simultaneously with their entry onto the Basel Committee. Meanwhile, Chile is the only country that has registered an increase in foreign ownership of banks, despite its regulatory divergence. These cases bring bewildering evidence against the supposed clear-cut predictions of either convergence or divergence. After all, the countries that most closely follow Basel standards are those that combine them with a local banking system and more interventionist financial policies.

Such findings bring scholarly and policy implications. For the academic debate, the cases enable a rethinking of the building of economic regulation as an endogenous process rather than taking it as an externally-driven one. The convergence-divergence divide conceives of regulatory globalization as an external shock that affects nation-states, leading countries to either agree on international legal dominance or preserve their local order. Yet framing regulation as an outcome of the global-local overlooks the existence of domestic interests that support the adoption of global capital rules. Consistent with the new interdependence approach (FARREL and NEWMAN, 2016), one can speculate that as much as State-led economies, adherence to global capital rules also constitutes a local policy clientele that promotes their continuous implementation. The contrary is also true. Chile's non-developmental State and its initial, gradual adherence to Basel have given rise to a feedback loop between local elites and State regulation. It seems that Chilean elites prefer home-grown regulation to regulatory convergence, thus postponing the implementation of global codes. Therefore, it is more accurate to depict the regulatory building process as the result of domestic interests that advance their preferences by mobilizing different institutions, both within and outside the State.

Lastly, these findings might be of interest to policymakers. The examples of Argentina, Brazil, and potentially Mexico, suggest that financial activism and financial prudentialism might reinforce each other. On the one hand, prudential standards can protect State-owned banks against inconsistent political patronage. Developing countries are fraught with politicized State-owned banks that are poorly managed and financially vulnerable, so adopting capital rules might prevent some of these malaises. On the other hand, financial activism

can address the economic needs of strategic segments, enlarging domestic investment capacity, and diluting resistance to costly prudential norms. It is meaningful that Argentina, Brazil, and Mexico have not faced a banking crisis for almost two decades, while having increased their rates of domestic credit to the private sector (% of GDP). However, since their credit markets are still limited, it might be convenient to observe the Chilean case. Chile achieved financial soundness and credit elasticity, dispensing both full adherence to global capital rules and substantial State intervention in the banking market.

In conclusion, the case studies reveal that, between global convergence and local divergence, there might be a myriad of rule-based economic alliances conducting hybrid regulatory designs. Also, these cases open up a research agenda aimed at deeply investigating the interplay between global rules, local institutions, and interests in Latin America. Ultimately, they bring a substantial amount of material to enhance horizontal policy learning in the banking field.

ACKNOWLEDGMENTS

The author acknowledges The São Paulo Research Foundation (FAPESP) for financially supporting the research (2019/056516). He is also thankful to Andrew Walter, who sponsored this research at Melbourne University, and Isabel Estellita for all her support for this research. He expresses his gratitude for the indispensable help and collaboration of Raquel M. Pimenta, Diogo Coutinho, David Trubek, Matthew Taylor, Fabio Sa e Silva, Daniel Wang, Fabia Veçoso, Mariana Pargendler, Michelle Badin and all FGV community.

REFERENCES

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. *Relatório de Economia Bancária, 2019*. Brasília: BCB, 2020. Available at: https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/REB_2019. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. *Relatório de Economia Bancária, 2018*. Brasília: BCB, 2019. Available at: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/31122018>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. *SGS – Sistema Gerenciador de Séries Temporais*. BCB. Available at: <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>. Accessed on: Jun. 10, 2020.

BANCO DE MÉXICO – BANXICO. *Reporte de Estabilidad Financiera*. México: Banxico, 2019. Available at: <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/reportes-sobre-el-sistema-financiero/%7BA230BCDB-3469-CFFE-A79E-D95E9C149B07%7D.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO DE MÉXICO – BANXICO. *Reporte sobre el Sistema Financiero*. México: Banxico, 2018. Available at: <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/reportes-sobre-el-sistema-financiero/%7B0B4861B7-2810-7FE9-88FE-2427C182512A%7D.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – BCRA. *Boletín de Estabilidad Financiera: segundo semestre de 2017*. Buenos Aires: BCRA, 2017. Available at: https://www.bcr.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/IEF_0217.asp. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – BCRA. *Boletín de Estabilidad Financiera: segundo semestre de 2016*. Buenos Aires: BCRA, 2016. Available at: <https://www.bcr.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/bef0216e.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – BCRA. *Boletín de Estabilidad Financiera: segundo semestre de 2015*. Buenos Aires: BCRA, 2015. Available at: <https://www.bcr.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/bef0215e.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – BCRA. *Boletín de Estabilidad Financiera: segundo semestre de 2014*. Buenos Aires: BCRA, 2014. Available at: <https://www.bcr.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/bef0214e.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – BCRA. *Boletín de Estabilidad Financiera: segundo semestre de 2013*. Buenos Aires: BCRA, 2013. Available at: <https://www.bcr.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/bef0213e.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – BCRA. *Boletín de Estabilidad Financiera: segundo semestre de 2012*. Buenos Aires: BCRA, 2012. Available at: <https://www.bcr.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/bef0212e.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – BCRA. *Boletín de Estabilidad Financiera*: segundo semestre de 2011. Buenos Aires: BCRA, 2011. Available at: <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/bef0211e.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Disciplina de Mercado*: Requisitos Mínimos de Divulgación. Diciembre de 2018, 2018. Available at: <https://www.bna.com.ar/Institucional/DisciplinaDeMercado>. Accessed on: Aug. 8th 2023.

BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Disciplina de Mercado*: Requisitos Mínimos de Divulgación. Diciembre de 2017, 2017. Available at: <https://www.bna.com.ar/Institucional/DisciplinaDeMercado>. Accessed on: Aug. 8th 2023.

BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Disciplina de Mercado*: Requisitos Mínimos de Divulgación. Diciembre de 2016, 2016. Available at: <https://www.bna.com.ar/Institucional/DisciplinaDeMercado>. Accessed on: Aug. 8th 2023.

BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Disciplina de Mercado*: Requisitos Mínimos de Divulgación. Diciembre de 2015, 2015. Available at: <https://www.bna.com.ar/Institucional/DisciplinaDeMercado>. Accessed on: Aug. 8th 2023.

BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Disciplina de Mercado*: Requisitos Mínimos de Divulgación. Diciembre de 2014, 2014. Available at: <https://www.bna.com.ar/Institucional/DisciplinaDeMercado>. Accessed on: Aug. 8th 2023.

BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Disciplina de Mercado*: Requisitos Mínimos de Divulgación. Diciembre de 2013, 2013. Available at: <https://www.bna.com.ar/Institucional/DisciplinaDeMercado>. Accessed on: Aug. 8th 2023.

BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Disciplina de Mercado*: Requisitos Mínimos de Divulgación. Diciembre de 2012, 2012. Available at: <https://www.bna.com.ar/Institucional/DisciplinaDeMercado>. Accessed on: Aug. 8th 2023.

BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Disciplina de Mercado*: Requisitos Mínimos de Divulgación. Diciembre de 2011, 2011. Available at: <https://www.bna.com.ar/Institucional/DisciplinaDeMercado>. Accessed on: Aug. 8th 2023.

BEHURIA, Pritish. Rwanda: Running without Legs. In: JONES, Emily (ed.). *The Political Economy of Bank Regulation in Developing Countries: Risk & Reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): Assessment of Basel NSFR regulations – Argentina*. [S. l.]: BIS, 2019a. Available at: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d479.htm>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): Assessment of Basel NSFR regulations – Brazil*. [S. l.]: BIS, 2019b. Available at: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d458.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): Assessment of Basel III LCR regulations – Brazil*. [S. l.]: BIS, 2017. Available at: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d420.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): Assessment of Basel III LCR regulations – Argentina*. [S. l.]: BIS, 2016a. Available at: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d381.htm>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): Assessment of Basel III Risk-based Capital Regulations – Argentina*. [S. l.]: BIS, 2016b. Available at: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d382.htm>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): Assessment of Basel III Risk-based Capital Regulations – Mexico*. [S. l.]: BIS, 2015a. Available at: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d315.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): Assessment of Basel III LCR regulations (RCAP-LCR) – Mexico*. [S. l.]: BIS, 2015b. Available at: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d315.htm>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Basel III: The Net Stable Funding Ratio*. [S. l.]: BIS, 2014. Available at: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d295.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Basel III: The Liquidity Coverage Ratio and Liquidity Risk Monitoring Tools*. [S. l.]: BIS, 2013a. Available at: <https://www.bis.org/publ/bcbs238.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): Assessment of Basel III Regulations in Brazil*. [S. l.]: BIS, 2013b. Available at: https://www.bis.org/bcbs/implementation/l2_br.pdf. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems*. Basel: BIS, 2010. Available at: <https://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*. [S. l.]: BIS, 1988. Available at: <https://www.bis.org/publ/bcbsc111.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

CALOMIRIS, Charles W.; HABER, Stephen H. *Fragile by Design: The Political Origins of Banking Crises & Scarce Credit*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

CHEY, Hyoung-kyu. *International Harmonization of Financial Regulation? The Politics of Global Diffusion of the Basel Capital Accord*. London: Routledge, 2014.

CHEY, Hyoung-kyu. Explaining Cosmetic Compliance with International Regulatory Regimes: The Implementation of the Basel Accord in Japan, 1998-2003. *New Political Economy*, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 271-289, 2006.

CHILE. *Historia de la Ley n. 21.130. Moderniza la Legislación Bancaria*, 2017. Available at: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/7613/#h2_1_1. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

CHO, Young Bong. *Why do Countries Implement Basel II? An Analysis of the Global Diffusion of Basel II Implementation*. 2013. Thesis (PhD in Philosophy) – The London School of Economics and Political Science, London, 2013.

COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO. *Informe Annual CMF 2018*. [S. l.]: CMF, 2019. Available at: <https://www.cmfchile.cl/portal/principal/605/w3-propertyname-723.html>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

DAFE, Florence. Nigeria: Catch 22 – Navigating Basel Standards in Nigeria’s Fragile Banking Sector. In: JONES, Emily (ed.). *The Politics of Banking Regulation in Developing Countries: Risk & Reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

DÍAZ-ALEJANDRO, Carlos F. Good-Bye Financial Repression, Hello Financial Crash. *Kellogg Institute Working Paper*, n. 24, Aug. 1984.

DREZNER, Daniel W. *All Politics Is Global: Explaining International Regulatory Regimes*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ENGEBRETSEN, Rebecca; OLIVEIRA, Ricardo Soares de. Angola: For the English to See: The Politics of Mock Compliance. In: JONES, Emily (ed.). *The Political Economy of Bank Regulation in Developing Countries: Risk and Reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 283-204.

FARREL, Henry; NEWMAN, Abraham. The New Interdependence Approach: Theoretical Development and Empirical Demonstration. *Review of International Political Economy*, [s. l.], v. 23, n. 5, p. 713-736, 2016.

FRANCO, Gustavo. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira (1933-2013)*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

GOLDSTEIN, Evelin. *Las políticas de financiamiento y el desarrollo económico: resultados de la implementación da la Línea de Crédito para Inversión Productiva*. 2014. Dissertation (Master of in Public Policy) – Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, 2014.

HASTINGS, Laura A. Regulatory Revenge: The Politics of Free-Market Financial Reforms in Chile. In: HAGGARD, Stephan; LEE, Chung H.; MAXFIELD, Sylvia (eds). *The Politics of Finance in Developing Countries*. New York: Cornell University Press, 1993.

HELLEINER, Eric. Regulating the Regulator: The Emergence and Limits of the Transnational Financial Legal Order. In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

INTERNATIONAL MONETARY FUND – IMF. Brazil: Financial System Stability Assessment. *IMF Country Report*, n. 18/339, Nov. 2018. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/11/30/Brazil-Financial-System-Stability-Assessment-46411>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

INTERNATIONAL MONETARY FUND – IMF. Argentina: Financial System Stability Assessment. *IMF Country Report*, n. 16/64, Feb. 2016. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2016/cr1664.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

INTERNATIONAL MONETARY FUND; THE WORLD BANK. Brazil: Financial Sector Assessment Program-Detailed Assessment of Observance – Basel Core Principles for Effective Banking Supervision. *IMF Country Report*, n. 18/340, Nov. 2018. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/11/30/Brazil-Financial-Sector-Assessment-Program-Detailed-Assessment-of-Observance-Basel-Core-46412>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

INTERNATIONAL MONETARY FUND; THE WORLD BANK. Mexico: Financial Sector Assessment, Mar. 2017. Available at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/621671508177153708/pdf/Mexico-2016-FSAP-Update-FSA-03232017.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

JÁCOME, Luis Ignacio. Central Banking in Latin America: From the Gold Standard to the Golden Years. *International Monetary Fund Working Paper*, n. 2015/060, 2015.

JAYASURIYA, Kanishka. Regulatory State with Dirigiste Characteristics: Variegated Pathways of Regulatory Governance. In: DUBASH, Navroz; MORGAN, Bronwen (eds.). *The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

JAYASURIYA, Kanishka. Beyond Institutional Fetishism: From the Developmental to the Regulatory State, *New Political Economy*, v. 10, n. 3, p. 381-387, 2005.

JONES, Emily (ed.). *The Politics of Banking Regulation in Developing Countries: Risk & Reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

JONES, Emily; ZATZ, Alexandra. The Limits of Globalising Basel Banking Standards. *Journal of Financial Regulation*, [s. l.], v. 3, n. 1, 2017.

JORDANA, Jacint; RAMIÓ, Carles. Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies. *Journal of Politics in Latin America*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 3-30, 2010.

KNAACK, Peter. Bolivia: Pulling in Two Directions – the Developmental State and Basel Standards. In: JONES, Emily (ed.). *The Politics of Banking Regulation in Developing Countries: Risk & Reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

KNAACK, Peter. An Unlikely Champion of Global Finance: Why is China Exceeding Global Banking Standards? *Journal of Current Chinese Affairs*, [s. l.], v. 46, n. 2, p. 41-79, 2017.

LEVI-FAUR, David. The Odyssey of the Regulatory State: From a ‘Thin’ Monomorphic Concept to a ‘Thick’ and Polymorphic Concept. *Law & Policy*, [s. l.], v. 35, ns. 1-2, Jan./Apr. 2013.

LEVI-FAUR, David. The Global Diffusion of Regulatory Capitalism. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, [s. l.], v. 598, p. 12-32, 2005.

LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. Toward a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies across Countries and Sectors. *International Journal of Public Administration*, [s. l.], v. 29, ns. 4-6, p. 335-366, 2006.

MAJONE, Giandomenico. Regulatory Legitimacy. In: MAJONE, Giandomenico (ed.). *Regulating Europe*. London: Routledge, 2006.

MARTINEZ-DIAZ, Leonardo. *Globalizing in Hard Times: The Politics of Banking-Sector Opening in the Emerging World*. New York: Cornell University Press, 2009.

MELLO, João Manoel P. de; GARCIA, Márcio G. P. Bye, Bye Financial Repression, Hello Financial Deepening: The Anatomy of a Financial Boom. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, [s. l.], v. 52, p. 135-153, 2012.

MEXICO. *Exposición de Motivos – Decreto del 10 de enero de 2014. Ley de Instituciones de Crédito*. [S. l.]: Secretaria de Hacienda y Crédito Público, 2014. Available at: <https://www.cnbv.gob.mx/Normatividad/Ley%20de%20Instituciones%20de%20Cr%C3%A9dito.pdf>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

MEXICO. *Decreto – Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo 2013-2018*. [S. l.]: Secretaria de Hacienda y Crédito Público, 2013. Available at: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/25606/ProNaFiDe_2013-2018_20131216.pdf. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

MOSLEY, Layna. Regulating Globally, Implementing Locally: The Financial Codes and Standards Effort. *Review of International Political Economy*, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 724-761, Oct. 2010.

NAQVI, Natalya. Pakistan: Politicians, Regulations, and Banks Advocate Basel. In: JONES, Emily (ed.). *The Politics of Banking Regulation in Developing Countries: Risk & Reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

NAQVI, Natalya. Renationalizing Finance for Development: Policy Space and Public Economic Control in Bolivia. *Review of International Political Economy*, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 447-478, 2019.

NAVA, Abigail Rodriguez; HERNANDEZ, Patricia Margarita Dorantes. La reciente reforma financiera en México: transformaciones y perspectivas. *Economía Unam*, [s. l.], v. 13, n. 37, p. 89-106, 2016.

OLIVEIRA, Fernando N. de. Investment of Firms in Brazil: Do Financial Restrictions, Unexpected Monetary Shocks and BNDES Play Important Roles? *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 73, p. 235-251, 2019.

ORBIS BANK FOCUS. Brussels: Bureau van Dijk, 2023.

QUAGLIA, Lucia. The Politics of State Compliance with International ‘Soft Law’ in Finance. *Governance*, [s. l.], v. 32, n. 3, 2019.

ROJAS-SUAREZ, Liliana. Basel III in Chile: Advantages, Disadvantages and Challenges for Implementing the New Bank Capital Standard. *Center for Global Development Working Paper*, n. 061, 2015.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Prudential Developmentalism: Explaining the Combination of the Developmental State and Basel Rules in Brazilian Banking Regulation. *Regulation & Governance*, early view, 2021.

SCHAPIRO, Mario Gomes; TAYLOR, Matthew M. The Political Economy of Brazil's Enigmatic Central Bank, 1988-2018, In: YA CI, Mustafa (ed.). *The Political Economy of Central Banking in Emerging Economies*. London: Routledge, 2020.

SINGER, David Andrew. Capital Rules: The Domestic Politics of International Regulatory Harmonization. *International Organization*, [s. l.], v. 58, n. 3, p. 531-565, 2004.

STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogerio. *Finance for Development: Latin America in Comparative Perspective*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006.

TAMURA, Kentaro. *Preference Formation, Negotiations and Implementation: Japan and the Basel Capital Accord*. 2005. 333 f. Tese (Pós-Doutorado). The Department of International Relations, London School of Economics and Political Science, 2005.

TARULLO, Daniel K. *Banking on Basel: The Future of International Financial Regulation*. Washington, DC: Peterson Institute for International Economics, 2008.

TAYLOR, Matthew M. *Decadent Developmentalism: The Political Economy of Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

TAYLOR, Matthew M. Institutional Development through Policy-Making: A Case Study of the Brazilian Central Bank. *World Politics*, [s. l.], v. 61, n. 3, 2009.

THE WORLD BANK. *Bank Regulation and Supervision Survey*, 2019. Available at: <https://www.worldbank.org/en/research/brief/BRSS>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

THE WORLD BANK. *Bank Regulation and Supervision Survey*. 2011. Available at: <https://www.worldbank.org/en/research/brief/BRSS>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

THE WORLD BANK. *Bank Regulation and Supervision Survey*. 2007. Available at: <https://www.worldbank.org/en/research/brief/BRSS>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

THE WORLD BANK. *Bank Regulation and Supervision Survey*. 2005. Available at: <https://www.worldbank.org/en/research/brief/BRSS>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

THE WORLD BANK. *Bank Regulation and Supervision Survey*. 2003. Available at: <https://www.worldbank.org/en/research/brief/BRSS>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

THE WORLD BANK. *Bank Regulation and Supervision Survey*. 2001. Available at: <https://www.worldbank.org/en/research/brief/BRSS>. Accessed on: Aug. 7th, 2023.

THURBON, Elizabeth C. *Developmental Mindset: The Revival of Financial Activism in South Korea*. Ithaca: Cornell University Press, 2016.

TRAN-THI, Que-Giang; VU-THAN, Tu Anh. The Dilemma of Bringing Global Financial Standards to a Socialist Market Economy. In: JONES, Emily (ed.). *The Politics of Banking Regulation in Developing Countries: Risk & Reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

VALOR. Valor 1000 – Maiores Empresas e as Campeãs em 25 Setores e 5 Regiões. Available at: https://www.valor.com.br/valor1000/2019/ranking100maioresbancos/maiores_em_operacoes_de_credito. Accessed on: Oct. 4th, 2021.

WALTER, Andrew. Chinese Attitudes Towards Global Financial Regulatory Cooperation: revisionist or *status quo*? In: HELLEINER, Eric; PAGLIARI, Stefano; ZIMMERMAN, Hubert (eds.). *Global Finance in Crisis: The Politics of International Regulatory Change*. Warwick Studies in Globalisation. Abingdon, UK: Routledge, 2010.

WALTER, Andrew. *Governing Finance: East Asia's Adoption of International Standards*. Ithaca: Cornell University Press, 2008.

WALTER, Andrew. From Developmental to Regulatory State? Japan's New Financial Regulatory System. *The Pacific Review*, [s. l.], v. 19, n. 4, p. 405-428, 2006.

WEIS, Toni. Ethiopia: Raising a Vegetarian Tiger? In: JONES, Emily (ed.). *The Politics of Banking Regulation in Developing Countries: Risk & Reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 327-348.

XU, Guangdong. China's Financial Repression: Symptoms, Consequences and Causes. *The Copenhagen Journal of Asian Studies*, [s. l.], v. 36, n. 1, 2018.

YOUNG, Kevin. Losing Abroad but Winning at Home: European Financial Industry Groups in Global Financial Governance Since the Crisis. *Journal of European Public Policy*, [s. l.], v. 21, n. 3, 2014.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

SCHAPIRO, Mario. Beyond the Convergence-Divergence Divide: comparing banking regulation in Latin America. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2331, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202331>

Mario Schapiro

PROFESSOR OF LAW AND DEVELOPMENT AND ECONOMIC REGULATION
AT FGV LAW SCHOOL, SAO PAULO, BRAZIL. CO-COORDINATOR OF
CENTER FOR LAW AND POLITICAL ECONOMY (NUDEP-FGV) AND
RESEARCH MEMBER OF CEPESP-FGV.

mario.schapiro@fgv.br

Social Change and Law: A Matter for Discussion. Study of the First Decision in Favor of Same-Sex Couples by the Constitutional Court of Colombia

MUDANÇA SOCIAL E DIREITO: UM ASSUNTO A DISCUTIR. ESTUDO DA PRIMEIRA DECISÃO A FAVOR DOS CASAIS DO MESMO SEXO PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA

José Miguel Rueda Vásquez¹

Abstract

This paper seeks to investigate the interaction between Law, society, and social change in the context of a judicial case. For this purpose, the case of Colombian Constitutional Court decision C-075 of 2007, on the recognition of patrimonial rights of same-sex couples, will be analyzed. The objective is to determine how social change was identified, proven, and used to change the law in this case. The premises of Luhmann and Teubner were employed to develop the analysis alongside certain final reflections on the relationship between society and Law. The conclusion in this case is that identification of social change was based on the arguments presented in the legal discussion. The evidence consisted of reasonable interpretations of notorious facts and social change, how social change was used to lift the *res judicata*, support the need for change in the law, and justify the legal empowerment of the Constitutional Court to directly remedy the situation.

Keywords

Social change; society; Law; evolutionary mechanism; structural coupling; *res judicata*.

Resumo

Este artigo procura investigar a interação entre Direito, sociedade e mudança social no contexto de um processo judicial. Para isso, será estudado o caso da decisão do Tribunal Constitucional Colombiano C-075 de 2007, sobre o reconhecimento dos direitos patrimoniais dos casais do mesmo sexo. O objetivo é determinar como a mudança social foi identificada, provada e utilizada para alterar a lei nesse caso. São utilizadas as premissas de Luhmann e Teubner para desenvolver a análise e algumas reflexões finais sobre a relação entre sociedade e Direito. Conclui-se que, no caso, a identificação da mudança social foi baseada nos argumentos apresentados na discussão jurídica. As evidências consistiram em interpretações razoáveis de fatos notórios e mudança social; bem como a mudança social foi utilizada para levantar o caso julgado, apoiar a necessidade de mudança na lei e justificar a habilitação jurídica do Tribunal Constitucional para remediar diretamente a situação.

Palavras-chave

Mudança social; sociedade; Direito; mecanismo evolutivo; acoplamento estrutural; caso julgado.

INTRODUCTION

The relationship between law, society, and social change has always generated a multiplicity of theoretical and practical questions that seek to understand and explain how these spheres interact. Social struggles, especially those developed before judicial courts, are a scenario of interaction between social and legal instances, in which social change as a result of the interaction becomes a key factor for generating changes in law (OGLETREE JR, 2005; RODRÍGUEZ GARAVITO and RODRÍGUEZ FRANCO, 2019; BONG, 2008; CLENDINEN and NAGOURNEY, 2001; ROACH, 2009; BARCLAY and SHAUNA, 2006).

This relationship between society and law can be understood through the idea of semi-autonomous fields that interact with each other (MOORE, 1973) in at least three different ways. The first, a unidirectional relationship in which a change in society generates a change in law and the latter is a mere reflection of society. The second is a unidirectional relationship in which it is law that produces a change in society through legal regulation. The third is a bidirectional relationship, in which the relative independence of law and society is recognized, as well as their constant interaction, and from which mutual changes can be produced, whether initiated by society or by law, through legal discourse and practice (ROACH, 2009).

It is perhaps the bidirectional relationship that is the most useful to understand, as it allows a more holistic approach by not prioritizing law or society when evaluating the mutual relationships between these fields and thus, identifying the two ways of interaction. For example, for TEUBNER (2012), in judicial processes, social activism is transformed into a fight in legal terms, on the one hand, while law recognizes social changes as arguments that justify the need for normative changes,¹ on the other. This research seeks to contribute to the analysis of the bidirectional relationship between law and society through a case study of a judicial decision in which social change was discussed.

The case study consists of a judgment by the Colombian Constitutional Court, the most important institution responsible for the constitutional control of laws in Colombia,² and which has been recognized internationally for its commitment to transformative constitutionalism (HAILBRONNER, 2017; BONILLA, 2013). The judicial decision analyzed is judgment C-075 of 2007, a true milestone for the rights of same-sex couples in the

...

- 1 The above refers, for example, to the guidelines that establish procedures for creating, modifying, or eliminating rules (GUASTINI, 2014; TEUBNER, 2012).
- 2 Such abstract control of constitutionality, or control over laws, began in Colombia in 1910, with Legislative Act 03; but with the 1991 Constitution, it was consolidated in the hands of a specialized court: the Constitutional Court. Colombian Law 270 of 1996, articles 43 and 44 (ROA, 2019; BERNAL-PULIDO, 2009; LANDAU and DIXON, 2019).

country. In 2007 in Colombia, same-sex couples had no rights. The Political Constitution of 1991 and Law 54 of 1990 only recognized heterosexual couples as subjects of rights, under the strong historical position of the Catholic Church in the country, which advocated for the legal recognition of the only form of family (BUSHNELL, 1993) as that composed of marriage between a man and a woman, with the possibility of procreation. The only exception to this rule was Law 54 of 1990, the first law in the country that recognized that cohabitation between men and women (*de facto* marital union) could generate rights like those of marriage.

The main legal discussion in the 2007 case was about *res judicata*, as a result of mid-nineties' leaders of the Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender, Queer and Intersex (LGBTQI+) community, like Germán Humberto Rincón Perfetti, who sued against Law 54, requesting that such legal protection should also be applied to same-sex couples.³ The Constitutional Court ruled in 1996, in ruling C-098, against the lawsuit, arguing that the Law did not discriminate against the LGBTQI+ community and that same-sex couples were not comparable to heterosexual couples; thus, constituting a formal and substantial *res judicata* that prevented the same norm from being invoked again on the same grounds.

The lawsuit was analyzed by the Court in 2007, as a consequence of strategic litigation brought forth by several organizations in favor of the rights of the LGBTQI+⁴ community. It was based on social change and intended to weaken *res judicata* and thus reopen the constitutional discussion and, among other arguments, led to an adjustment and modification of the Court ruling handed down in 1996. In ruling C-075 of 2007, the Constitutional Court changed the jurisprudential precedent and extended the application of Law 54 of 1990 to same-sex couples. This was the first judicial decision in Colombia that recognized the rights of same-sex couples and was the starting point for the recognition of other rights for the LGBTQI+ community through constitutional jurisprudence.⁵

Given all the above, the purpose of this paper is to analyze the relationship between law and society through social change, discussed in the case of the rights of same-sex couples in 2007. The objective will be to determine how the Constitutional Court identifies, proves, and uses social change as a basis for generating a modification in law. This work will be innovative, insofar as it will make it possible to detail how arguments on social change are

...

³ Judgment of the Constitutional Court in Decision C-098 of 1996.

⁴ For example, non-governmental organizations like Colombia Diversa (COLOMBIA DIVERSA and UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2008).

⁵ Constitutional Court of Colombia, judicial decisions C-075 of 2007, C-577 of 2011 and C-071 of 2015, among others.

introduced and evaluated in a judicial process; and, additionally, it will enable the development of complex reflections on the relationship between law, society, and social change. In Ruling C-075, the Court used social change, among other reasons, to lift *res judicata* and change the law via modulated ruling.⁶

The main question of this paper, therefore, will be the following: how did the Colombian Constitutional Court identify, prove,⁷ and use social change factors related to homosexual couples to change the law in judicial decision C-075 of 2007? To answer this question, the sociological postulates of Luhmann and Teubner will be employed. Luhmann's theory will be used to determine how, in this case, there was a "process of structural coupling between the social and legal systems" (LUHMANN, 1988, p. 136). Teubner's ideas (BORDIEU and TEUBNER, 2020) will be used to identify the evolutionary mechanism of the law used in the judicial case, which allowed the transformation of the current normativity according to the social change identified.

The central argument that will guide this paper is that identification of social change in the judicial process was based on the discussion held within the judicial procedure, the arguments of the lawsuit and citizen interventions. In turn, social change was proven through notorious facts and their reasonable interpretations, leading the Court to a sufficient level of conviction, which made it possible to use social change to alter the law in effect.

The methodology is qualitative, with special emphasis on literature review and socio-legal analysis of the lawsuit, citizen interventions, and the 2007 judicial decision. As such, the methodology will focus mainly on analysis of the judicial decision and the reasoning of the Court, rather than on aspects such as social movements or strategic litigation used by LGBTQI+ activists.

The article is structured as follows: first (1), the case is described, as well as the social, political, and religious context that precedes it (1.1). Then, the lawsuit, interventions, and the 2007 judgment are detailed, with special emphasis on the Court's reasoning on social change (1.2). Second, the judgment (2) is analyzed, demonstrating how the Court identified and "proved" social change in the case (2.1), and how it used social change in its argumentation (2.2). Finally, as the third (3) and last point, a conclusion and final reflections are provided.

...

⁶ By change in the Law, I refer specifically to the change in norm, based on Guastini's development of the difference between provision and norm, where the first is the literal text and the second, the interpretation or meaning that is extracted from the text. Thus, it is possible to understand the law as changed when the norm (interpretation) changes, even though its text (provision) has not been altered (GUASTINI, 2018; POZZOLO, 2018).

⁷ This term is used to explain the burden of proof within the judicial process.

I. CASE DESCRIPTION

I.1. CASE BACKGROUND

Family is the basic unit of any human society. The concept, structure, and functioning of the family, however, may change from society to society depending on its social, religious, historical, and political context (BENÍTEZ-PÉREZ, 2017). In societies under strong influence of the Catholic Church, the notion of family is closely linked to marriage, a sacrament consisting of the union of a man and a woman to “love and procreate”, a vision that remains solid despite recent questioning (MORENO, LONDOÑO and RENDÓN, 2015; MAZA, 1991; MADRIGAL ALÓS, 1995; DURÁN DONOSO, 2016; GONÇALVES LÓPEZ, 2020; INFOBAE, 2021).

Colombia is a country with strong Catholic roots. This can be observed in the Political Constitution of 1886, in force until 1991 (SALDARRIAGA VÉLEZ, 2011), which consecrated Catholicism as a cohesive element of society (ÁLVAREZ, 2001). Furthermore, at present, the majority religion in the country continues to be Catholic (EL TIEMPO, 2017). Colombian law, through norms such as the concordat (international treaty with the Holy See), or the civil code (Law 84 of 1873), in force to the present day, evidences the strong Catholic influence under which the only legally recognized couples were those formed by a man and a woman (MORENO, LONDOÑO and RENDÓN, 2015; MEJÍA TURIZO and ALMANZA IGLESIA, 2010).

However, since 1940, several groups have emerged to fight for legal recognition of other family structures (PATIÑO, 2001), especially same-sex couples. Groups such as “Los Felipitos” (the first group of declared homosexuals in the country) (MEJÍA TURIZO and ALMANZA IGLESIA, 2010) and later important activists such as León Zuleta helped grow Colombia’s LGBTQI+ community visibility despite its rejection by a large part of the population. Between the 1970s and 1980s, other social groups emerged in defense of the rights of the LGBTQI+ community, achieving slow but important changes, such as the elimination of criminal penalties for homosexuality. However, social rejection of this population continues to be quite high (COLOMBIA DIVERSA and UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2010).

In the 1980s and 1990s, the homosexual community emerged in positions of leadership across several sectors of the Colombian economy, including activities related to fashion, beauty, aesthetics, and even acting, via the inclusion of homosexual characters in television productions (ALEGRÍA POLANÍA, 2017). Despite these important advances, same-sex couples were still not recognized as valid forms of union by Colombian law (MEJÍA TURIZO and ALMANZA IGELSIA, 2010).

Despite this, a new hope for acknowledgement of the rights of same-sex couples emerged with a slow and progressive distancing of the law from the Catholic doctrine (VIDAL PERDOMO, 2010), as seen with the recognition of divorce and acceptance of *de facto* marital

unions between men and women through Law 54 of 1990. This can be seen particularly in the 1991 constitution that created the Constitutional Court and consecrated the separation of Church and State (MAYA BARROSO, 2008; CÁRDENAS GARCÍA and RODRÍGUEZ ROMERO, 2012; ALONSO NIÑO, 2016). However, that same Constitution generated a new obstacle, by enshrining within the constitutional text (Article 42)⁸ a concept of family based on monogamy and heterosexuality (CEBALLOS RUIZ, RÍOS QUINTERO and ORDOÑEZ PATIÑO, 2012).

In this context, activist groups in favor of the rights of the LGBTQI+ community began to use legal discourse and action to vindicate their rights through the courts (EPP, 1998; LEMAITRE RIPOLL, 2009). This appropriation of legal content (especially the 1991 Constitution) is reflected in the use of unconstitutionality lawsuits before the Constitutional Court⁹ (AZUERO QUIJANO and ALBARRACÍN CABALLERO, 2009) as a legal means, utilized by these social actors, to question the validity of those laws that prevented the recognition of rights for same-sex couples. The first time that the rights of same-sex couples were discussed by the Constitutional Court was with Ruling C-098 of 1996. On that occasion, the lawyer and activist for the rights of same-sex couples, Germán Humberto Rincón Perfetti, challenged Law 54 of 1990, asking that the law allow same-sex couples to generate patrimonial effects like those of marriage.

This lawsuit was quite strategic because, instead of directly attacking the Catholic doctrine-influenced concept of family in Colombian law, it attempted to extend the patrimonial effects of cohabitation between men and women to same-sex couples (BENÍTEZ PÉREZ,

...

⁸ Article 42 of the Political Constitution of Colombia: “The family is the fundamental nucleus of society. It is constituted by natural or legal ties, by the free decision of a man and a woman to marry, or by the responsible will to form it. The State and society guarantee the integral protection of the family. The law may determine the inalienable and unseizable family patrimony. The honor, dignity, and privacy of the family are inviolable. Family relations are based on the equality of rights and duties of the couple and on reciprocal respect among all family members. Any form of violence in the family is considered destructive of its harmony and unity and will be punished according to law. Children born in or out of wedlock, adopted, or procreated, naturally or with scientific assistance, have equal rights and duties. The law shall regulate responsible parenthood. The couple has the right to decide freely and responsibly the number of their children and shall support and educate them while they are minors or handicapped. The forms of marriage, the age and capacity to contract it, the duties and rights of the spouses, their separation and dissolution of the bond, are governed by civil law. Religious marriages shall have civil effects under the terms established by law. The civil effects of all marriages shall cease by divorce in accordance with civil law. Judgments of nullity of religious marriages issued by the authorities of the respective religion shall also have civil effects, under the terms established by law. The law shall determine the civil status of persons and consequent rights and duties” (free translation by author).

⁹ Review: Legislative Act 03 of 1910 (ROA, 2019).

2017; MEJÍA TURIZO and ALMANZA IGLESIA, 2010; SÁNCHEZ BARRERA, 2017). The lawsuit claimed that same-sex couples shared identical conditions to those of heterosexual couples and, therefore, by not extending Law 54 of 1990 to same-sex couples, the constitutional principle of real and effective equality and the right to the free development of personality had been violated. However, the Court considered that Law 54, which regulated cohabitation between heterosexual couples, did not violate same-sex couples' rights, since for the Court there was a significant difference between same-sex and heterosexual couples, as only the latter constituted a family. The Constitutional Court (in 1996), therefore, declared the norm constitutional.

This judgment became a formal *res judicata* concerning the disputed norms and a material *res judicata* regarding the arguments outlined in the lawsuit. Therefore, any attempt to reopen the constitutional discussion had to weaken the *res judicata*, otherwise, the claim would be rejected. It should be mentioned that, in the same ruling, the Constitutional Court (in 1996) stated that if, in a new case, it was demonstrated that Law 54 discriminated against or adversely affected same-sex couples, it would be appropriate to re-examine its constitutionality.

A complete description of the case background might potentially exceed the objectives of this study. However, the description is enough to contextualize it, taking into consideration that this research is not about social movements or strategic litigation (EPP, 1998; LEMAITRE RIPOLL, 2009), but focuses on judicial reasoning regarding social change.

1.2. CASE STUDY: THE 2007 COURT DECISION

After 10 years, a new public action of unconstitutionality was filed against Law 54 of 1990. This time, it was the Public Interest Law Group (G-DIP) of the Law School of the Universidad de los Andes and Colombia Diversa¹⁰ that filed, on June 1, 2006, a new action of unconstitutionality seeking the same objectives as those of the previous action: to eliminate the legal definition of a couple as a man and a woman, according to Law 54, and seeking that the rule would also apply to same-sex couples. Due to the exclusion generated by Law, the existence of a patrimonial community between same-sex couples was not recognized at the time, and such couples could not inherit assets from each other, among other negative effects (BONILLA, 2018).

The complainant recognized that Ruling C-098 of 1996 declared Law 54 of 1990 constitutional and that, to that extent, (since the same normative provisions were being solicited) there could be an absolute, formal *res judicata* and a material *res judicata* as well (given the similarity of some of the arguments raised) that would prevent the Court from hearing the case

...

¹⁰ Non-governmental organization dedicated to the defense of the LGTBIQ+ community in Colombia (COLOMBIA DIVERSA, *n.d.*).

on the merits and permit it to hand down a different decision on this occasion. Therefore, one of the main legal challenges of the lawsuit was to weaken the *res judicata* of the 1996 ruling.

To this end, the lawsuit raised a series of arguments focused on showing the existence of a relative *res judicata*,¹¹ among them, two arguments on social change consisting of demonstrating a change in the perception of homosexuality by Colombian society. It is worth remembering that, for the Constitutional Court, social change alone was sufficient to overcome *res judicata*.¹² The arguments on the change of perception (social change) were illustrated by two facts:

- i) The use of language in the media: the complainant argued that the language used to refer to the homosexual community in radio, film, and television showed greater acceptance towards this population (COLOMBIA DIVERSA and UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2008).
- ii) The consolidation of a social and political movement in favor of the rights of the homosexual community, based on the massive demonstrations of the LGBTQI+ community, their active participation as a political minority in Colombian society, “gay” spaces such as bars, barber shops, and hairdressers, the emergence of non-governmental organizations that defended the rights of homosexuals,¹³ and positive statements by the national government and the Catholic Church regarding the recognition of economic and

...

11 The relative *res judicata* is manifested in the events of requested constitutionality (reviewing the constitutionality of the norm as a result of the interposition of a public action of unconstitutionality or unconstitutionality claim) and it occurs because the constitutionality of a norm has been analyzed only related to certain charges (arguments) presented by the plaintiff, in which case it is possible that the constitutionality of the norm may be discussed again in the face of new arguments. Consult or compare (Cf.) Constitutional Court. Decision C-173 of 2019. MP: Carlos Bernal Pulido.

12 Social change in the material meaning of the Constitution is a jurisprudential criterion of the Constitutional Court, which allows an evolutionary interpretation of the normative text, understanding it as a living text to the extent that it must be interpreted in the light of social changes. Therefore, the interpretation of the constitutional norm must change in order to be up to date with changes present in society. This criterion of weakening *res judicata* is not based on a formal change in the constitutional text, but in its content, due to the change in reality; it demands that the judge offers a different interpretation of the constitutional principles or an update of the norms according to the social change. Cf. Constitutional Court. Rulings C-332/13 MP: Mauricio González; C-166/14 MP: Luis Ernesto Vargas; C-687/14 MP: Jorge Ignacio Pretelt; C-447/97. MP: Alejandro Martínez Caballero and C-310/02. MP: Rodrigo Escobar Gil.

13 In this regard, the organizations that intervened in favor of the lawsuit are a good example. Cf. Constitutional Court. Decision C-075 of 2007. MP: Rodrigo Escobar Gil.

patrimonial rights for same-sex couples (COLOMBIA DIVERSA and UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2008).

In addition to these arguments, others were introduced to weaken the *res judicata*, such as the presentation of new claims, different from those in the 1996 case, and a change in the control parameter (COLOMBIA DIVERSA and UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2008).

New substantial arguments were also presented. It was no longer the objective to weaken the *res judicata*, but to demonstrate the unconstitutionality of the disputed articles of Law 54 of 1990. These arguments can be divided into two groups. The first was related to the negative impact of the law¹⁴ on same-sex couples, arguments that are in themselves new charges that indicate the need to evaluate the constitutionality of the law. The second argument demonstrates how the disputed articles violated the rights to human dignity and freedom of association.

Unlike the first lawsuit (1996), the 2007 occasion saw several citizen interventions presented. It is noteworthy how most interventions supported the lawsuit, particularly interventions from non-governmental organizations that advocate for the rights of the LGBTQI+ community. Of the 19 concepts presented to the Constitutional Court, 15 were in favor of the lawsuit and four were against.

In favor of the lawsuit, the most relevant interventions included those of the judge-rapporteur and the complainant from the 1996 judgement; seven interventions submitted by non-governmental organizations that presented legal arguments regarding the state of discrimination against the homosexual community; and the intervention of the Rosario Public Actions Group (GAP, in Spanish), who argued explicitly in favor of the presence of social change.¹⁵

The Colombian Academy of Jurisprudence and the National Council of the Laity of Colombia intervened against the lawsuit. Both pointed out that there was *res judicata* at play and that there were no reasons to weaken it; they also argued that Law 54 did not

...

¹⁴ Among the negative effects generated by the norm, the following were identified: the direct exclusion of homosexual couples from the legal status of “common-law marital union” which, consequently, prevented them from enjoying the rights granted by that status; the impossibility of access to patrimonial and extra-patrimonial rights.

In criminal matters, the right to non-incrimination of their permanent partner is affected, and they are also excluded from application of the regulation on domestic violence; in civil matters, they can’t apply the regime of affectation to family housing and they cannot demand alimony from their partner when the law allows it; and in labor matters, they are prevented from accessing the survivor’s pension, healthcare affiliation of their partner, or to be beneficiaries of the same. Cf. Constitutional Court. Decision C-075 of 2007. MP: Rodrigo Escobar Gil (COLOMBIA DIVERSA and UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2008).

¹⁵ Review: Constitutional Court decision C-075 of 2007. MP: Rodrigo Escobar Gil.

affect the rights of same-sex couples. The National Council of the Laity (an organization closely associated with the Catholic Church) also stated that no discrimination could be derived from Law 54 since it sought to protect the concept of family, as enshrined in Article 42 of the Constitution: a family composed of a man and a woman.¹⁶

The Court found, in the 2007 lawsuit, that new charges were presented concerning norms that had not been considered in the 1996 ruling regarding human dignity and the right of association, along with international norms that had been disregarded. Additionally, the Court affirmed that the 1996 decision focused its study of the Law on the protection of women and the family, finding no effects on same-sex couples and opening the possibility of studying the constitutionality of the law once again, in case such negative effects on the LGBTQI+ community were proven.

The Court recognized in the case the presence of social change, consisting of a change in perception among Colombian society that generated a less hostile and more accepting context towards the LGBTQI+ community. It was an argument that, alongside those presented previously, allowed a weakening of the *res judicata* and a reopening the constitutional discussion.¹⁷

Once the *res judicata* was weakened, the Court proceeded with a substantive analysis which recognized that i) the homosexual community was a historically discriminated group, ii) in light of the Constitution, any differential treatment based on sexual orientation should be prohibited in Colombia and iii) despite the multiple pronouncements of the Court rejecting discrimination based on sexual orientation, it continued to occur in Colombian society.

The Court considered that the arguments presented, both in the lawsuit and in the interventions, allowed for a broader analysis of Law 54, going beyond the definition of “couple”, which was originally challenged by the lawsuit. From this complete analysis of Law 54, the Court identified the need for legal recognition of same-sex couples in the patrimonial sphere, given the inexistence of regulation¹⁸ recognizing and protecting same-sex couples.¹⁹

Therefore, the Court concluded that maintaining this protection regime exclusively for heterosexual couples and ignoring the reality of homosexual couples in the country was discriminatory. Consequently, the Court decided to declare the content of Law 54 of 1990 conditionally constitutional on the “understanding that the protection regime provided therein also applies to same-sex couples” (CONSTITUTIONAL COURT, 2007, free translation by

...

16 Review: Constitutional Court decision C-075 of 2007. MP: Rodrigo Escobar Gil.

17 Review: Luis Ernesto Vargas; C-687/14 MP: Jorge Ignacio Pretelt; C-447/97. MP: Alejandro Martínez Caballero and C-310/02. MP: Rodrigo Escobar Gil.

18 Constitutional Court. Decision SU-214 of 2016. MP: Alberto Rojas Ríos.

19 Constitutional Court. Decision C-075 of 2007. MP: Rodrigo Escobar Gil.

author), effectively broadening the application of the law, legally recognizing, for the first time, same-sex couples as valid couples in the country, and modifying the law based on social change.

In addition to the patrimonial regime, the need to reinterpret the concept of family, described in the national constitution (Article 42), to include same-sex couples was discussed in the Court, as seen in the dissenting opinion of Justice Jaime Araujo Rentería of the Constitutional Court and the four clarifications of vote present in the case (CONSTITUTIONAL COURT, 2007).

2. ANALYSIS

Having described the background and case under study, I will proceed with an analysis, based on the postulates of Luhmann and Teubner, to reflect upon how social change was identified, proven, and used in the case. It is important to highlight two considerations. Firstly, this paper is about judicial reasoning regarding social change; thus, it aims to develop reflections about the interactions between law and social change. Secondly, the analysis will focus on the interactions from a systemic perspective and not on the actors in the case.

2.1. HOW SOCIAL CHANGE WAS IDENTIFIED AND PROVEN

The 2007 case on the rights of same-sex couples is a good example of the pressures that exist between different subsystems that make up the social system. Luhmann (1988) understands society as a system that consists of various subsystems, such as law, economics, and politics, among others, which interact and communicate with each other, with the aim to adapt to the surrounding environment.

In the present case, we observe the communication between the legal and social systems around a concrete legal discussion between the Catholic Church and a sector of society reluctant to the legal recognition of same-sex couples, on the one hand, and the consolidation of social and political movements in favor of this recognition, on the other (MEJÍA TURIZO and ALMANZA IGLESIA, 2010; BONILLA, 2008).

Following Luhmann (1988), it is not the actors that are relevant but their interactions. Each system is autopoietic, capable of reproducing and sustaining itself. Therefore, each system has its own rules, independent of the environment and other systems, which maintain, reproduce and, if necessary, transform the system. However, these systems, in turn, interact with their environment, in which there may be other systems (TOCORNAL COOPER, 2017).

Systems are operationally closed, since all the operations necessary for it to stay in operation are within the system itself. But in another sense, they are open, insofar as communication with other systems (political, economic, social) generates pressure to create changes in the system itself (ARNOLDI, 2001). Thus, the relationship between law and society is an interaction, a form of communication between systems that generates a change in the legal system or society, through social practices or legal mechanisms that the systems themselves

have established for their transformation. Luhmann calls this process “structural coupling” (TOCORNAL COOPER, 2017).

In the present case, communication between systems was bilateral. From society to the law, it happened through the filing of lawsuits of unconstitutionality and citizen interventions by activist groups in favor of the rights of same-sex couples. Communication from the law to society was also present, through the emergence of the Constitutional Court as an actor that engages in dialogue with society through the judicial process. In addition, social movements and groups appropriated legal discourse to strengthen their demands and guide their activism through legal strategies whose axis is the protection of the rights of the LGBTQI+ community. The control of constitutionality resultant in the case was due to communication between these systems.

The public action of unconstitutionality, which initiates the control of constitutionality in Colombia, is a mechanism for participation and democratic discussion (ROA, 2017 and 2019). The judicial process of this action allows broad citizen participation through the figure of citizen interventions, which are voluntary concepts that any Colombian can send to the Court within the framework of this type of judicial process.²⁰ Citizen participation is completely legally regulated in terms of time, forms, and subject matter. Regarding time, the judicial process grants only ten working days to intervene after the admission of a lawsuit. In terms of forms, only written concepts signed by a Colombian citizen are admitted. And as for the subject matter, interventions must only deal with the legal discussion raised in the lawsuit.

This process of participation, legally regulated by Decree 2067 of 1991, certainly had an impact on the practices of social groups and movements. Considering the rigorous limitations in time, form, and subject matter on citizen interventions, different organizations and groups began to coordinate, teaming up and working to advance demands of interest that mattered to them. In the case study, the seven interventions of non-governmental organizations in favor of the lawsuit can be understood as exemplification of social movement and group consolidation processes, based on the possibilities of legal intervention.

Thus, the judicial discussion in the case includes the arguments of the lawsuit, the arguments of the interventions, and the reasoning of the Court. In the case under study, social change was one of the key aspects of the discussion, since its determination would justify a new constitutional study of Law 54 and, in addition, the structural coupling between the systems that ultimately occurred in the case. Thus, the identification of social change occurred through the judicial discussion itself, among the arguments of all the organizations

...

²⁰ Cf. Article 241 of the Political Constitution of Colombia.

and citizens that intervened in a change in the perception among Colombian society towards the homosexual community.

Now, if the identification of social change takes place through judicial discussion, the mere fact of stating the existence of social change (change of perception) and discussing it does not prove its existence. Therefore, the question arises of how such a change could be judicially proven and two alternatives emerge: the first is the existence of a consensus or a majority agreement in society; the second is a socio-legal study.

Regarding consensus on social acceptance of same-sex couples, it did not exist in the case, as can be seen in Ruling C-075 of 2007. The judicial discussion evidences this division, especially in the 19 legal concepts submitted to the Court, whose different positions on the existence or not of social change (change in perception) reflect the division that existed on the issue in Colombian society. It must be noted how organizations (especially the non-governmental ones) and citizens who intervened, both for and against the lawsuit, presented technical-legal arguments to support their positions on the case, showing the appropriation of legal discourse for the benefit of their causes.

On the one hand, there was defense of the “traditional” view of the family based on Article 42 of the Political Constitution by organizations such as the National Council of Laity; on the other, emphasis on the inaction of Congress and the consequent legal authorization of the Court to accept the petition of the lawsuit by activist organizations, such as Tran Ser or Fundación Diversidad, in favor of the rights of same-sex couples. Among the concepts sent by universities and legal research centers, it was found that all, save for the concept proposed by the Faculty of Jurisprudence of Rosario, supported the lawsuit. In any case, the fact that there is consensus does not imply that social change has taken place, since consensus can be produced through lies or error.

If there is no consensus, the option of at least reaching a majority agreement could be evaluated. In the case under discussion, most of the citizens and social groups that intervened supported the claim:

- 15 were in favor of the claim;
- 4 were against the claim;
- 19 was the total number of interventions.

However, in a judicial process, decisions should not be made based on interveners who support a certain position, but on the weight of the legal arguments. Majorities in judicial proceeding are only admissible within the voting process of judges and even those can also be wrong (WALDRON, 2019). If in Colombian society there existed a majority agreement regarding this matter, that would have led activist groups to use other legal mechanisms, such

as the referendum²¹ or the legislative process,²² and they would have achieved legal change by these means. But in the absence of such an agreement, they were forced to resort to the judicial process (counter-majority power) (MALAGÓN RUBIO, 2016). In this regard, there was no majority agreement in the case to allow for proving social change, remembering also that the existence of social change is independent of the existence of agreements regarding it.

Thus, social change could not be proven in this case either by consensus or by majorities; and so, the question that arises is the need to empirically prove the existence of social change. Hence, the second option is the possibility of a socio-legal analysis from which to prove the existence of real social change. This option would imply the existence of previous scientific studies proving social change or, in their absence, the deployment of resources by the complainants, initially, and then by the Court, to prove social change in Colombian society. In this sense, three possible scenarios are viable: first, the non-existence of socio-legal studies, perhaps due to cost, but above all, due to the complexities of conducting research with a national scope. Second, the existence of several socio-legal studies whose socio-legal conclusions are contradictory. Third, the existence of socio-legal research whose conclusions are congruent with each other.

The first scenario prevents proving social change in any way. The second scenario would bring the discussion into the realm of the arguments presented in the judicial process about the credibility of socio-legal research, since these arguments would be the key point of the discussion on social change. Finally, only the third scenario, perhaps the most idealistic one, would allow us to conclude, with greater certainty, about the existence of social change. In the case study, the first scenario was applied, given that there was no socio-legal research on the social acceptance of same-sex couples.

In this context, neither consensus nor majority agreements nor socio-legal research were viable options to prove social change. Therefore, another option had to be procured. The third case scenario is found in the lawsuit. The lawsuit bases the existence of social change (change of perception) on notorious facts, which, being public knowledge, do not require any proof. The participation of homosexual characters in radio, film, and television programs or the existence of various gay spaces, which was not questioned by any intervener nor by the Court itself, served to argue for a greater acceptance of Colombian society towards this population (ALEGRÍA POLANÍA, 2017; BOHÓRQUEZ GARCÍA, 2013; QUIJANO, 2020; LAS 2ORILLAS, 2021).

...

21 Mechanism of citizen participation that allows, through direct popular vote, the approval, repeal, or modification of a legal norm. Cf. Article 378 of the Political Constitution of 1991.

22 It is worth noting here how the Colombian Congress, on multiple occasions, rejected bills that sought to recognize the rights of same-sex couples. Constitutional Court. Decision SU-214 of 2016. MP: Alberto Rojas Ríos.

Particularly, the complainants argued before the Court that participation of the homosexual community in the media reflected greater social acceptance (social change), which justified a new examination of the constitutionality of the challenged norm. In other words, the complainants argued in favor of a reasonable interpretation of notorious facts, which would allow them to conclude that greater social acceptance of this community is derived from its participation in the media.

The Court accepted the arguments presented by the complainants in their reasoning, as can be seen from the following passage from the judicial decision:

In this legal context, the homosexual reality has become more visible, in a framework that is more receptive to diversity in the field of sexual preferences and which implies, therefore, the effective opening to new options that, previously, a hostile environment kept at bay. (CONSTITUTIONAL COURT, 2007, p. 54, free translation by author)

Note how the Court recognizes (i) the existence of homosexual couples and (ii) a greater acceptance of the sexual preferences present in society, which have an inevitably positive impact on society's acceptance of this community. This quote evidences a reasoning of the Court that is based entirely on the arguments of the lawsuit and the intervention of the GAP²³ on social change. Of particular mention are those arguments related to the language used in the media, which evidenced a greater acceptance of homosexual couples and the consolidation of social and political movements in favor of the rights of the homosexual community (COLOMBIA DIVERSA and UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2008).

In summary, the Court found that social change had been proven based on the arguments of the lawsuit and the citizen interventions founded on notorious facts, and proceeded to change the law. However, it is also important to recognize the limitations of these arguments, since it is also a notorious fact that the Catholic Church is an influence in the country²⁴ and that Catholicism is the majority religion (EL TIEMPO, 2017), which could potentially convey that Colombian society still does not accept or tolerate homosexuality, even though being Catholic does not provoke rejection towards the recognition of patrimonial effects of same-sex couples. In addition, the rejection of bills in Congress²⁵ or the presentation of concepts such as that of the National Council of the Laity could also lead to a different conclusion,

...

²³ Concept of the Public Actions Group of the University of Rosario. Cf. Constitutional Court. Decision 075 of 2007. MP: Rodrigo Escobar Gil.

²⁴ See chapter 1.

²⁵ Constitutional Court Review. Decision SU-214 of 2016. MP: Alberto Rojas Ríos.

according to which Colombian society accepts the traditionalist vision of family and is not interested in changing it. Thus, from the notorious facts present in the case, the Court could reasonably have decided either in favor or against the presence of social change.

In this regard, the judicial discussion on social change was based on notorious facts and reasonable interpretations of those, which imply recognizing at least three issues: i) it is possible to find different reasonable interpretations of the same notorious fact; ii) it is possible to find notorious facts whose interpretations are contradictory and iii) the arguments based on notorious facts do not necessarily have a value of truth but, instead, of persuasion; having reasonable and plausible interpretations of facts to prove the existence of social change that justifies changing the law.

Recognizing the role of arguments that support interpretations of notorious facts accentuates the importance of the spaces for participation and the actors that intervene in them. This is because the spheres of intervention that are regulated by time, form, and subject matter before the Court are the only opportunity that social actors have to participate democratically, by presenting their arguments either to support or deny the existence of social change. The issue at hand is not whether everyone can participate and “have a chair”, but presents itself when someone cannot participate, for various reasons, and is not able to occupy “their chair”. Consequently, the problem of the empty chair is generated, in which the degree of persuasiveness of the arguments (interpretations of notorious facts) is proportional to the number of interventions. The greater the number of interveners (occupied chairs), the lower the credibility of the arguments, with a larger possibility to controvert them. However, the lower the number of interveners (more empty chairs), the higher the credibility of social change arguments and the smaller possibility to controvert them.

The latest judicial decisions on another controversial case in Colombia, abortion, show the importance of these spaces and interveners, as the number of citizen interventions in favor and against the matter is growing to strengthen or weaken the arguments presented about the existence of social change,²⁶ reflecting more and more the importance of the spaces and actors involved in judicial discussions on constitutional matters.

However, the fact that in this case there were no socio-legal studies to support the existence of social change does not imply that these are not valuable or desirable inputs for a discussion in a judicial process on the existence of social change. Actually, it shows that the existence of social change can be proposed and deliberated not only through socio-legal studies. Consequently, it would not be appropriate to think of a “standard of proof” of social change for other cases or contexts because, depending on the characteristics of the

...

²⁶ For example, in ruling C-022 of 2020 on abortion, hundreds of citizen interventions were received (EL TIEMPO, 2020).

case, the existence or not of socio-legal research, consensus, or majority agreements, or even the existence of notorious facts, the reasonable way of proving social change within a judicial process might differ. To suggest otherwise would imply that there is only one way of proving social change. In fact, the case under study provides evidence to the contrary.

Therefore, in the case under study, the identification of social change was directly related to the discussion process presented in the judicial proceedings, and the proof of this change was based on notorious facts and their interpretations. Thus, the Court was persuaded to promote a structural coupling through the extension of the application of Law 54 of 1990, thanks to the communication process, which can be observed throughout the lawsuit, citizen interventions, and reasoning of the Court.

2.2. HOW SOCIAL CHANGE WAS EMPLOYED

Social change, once proven, served as the basis for activating evolutionary mechanisms of law in the case. According to TEUBNER (2000 and 2011), these mechanisms within the legal system allow the law to be modified and evolve according to the changes presented by other systems of society. The interesting point here is that these mechanisms follow a strictly legal logic in terms of reasoning, rules, and procedure applied, and can be activated completely independently of other systems (BOURDIEU and TEUBNER, 2000; TEUBNER, 2011). They must be based on strict legal reasoning or will be rejected;²⁷ additionally, they must comply with specific argumentative burdens. The public action of unconstitutionality can be classified as an evolutionary mechanism.

Social change in the case under study was employed in three different ways: i) to lift the *res judicata*; ii) to support the Court's decision on the merits; and iii) to justify the scope of the Court's decision in the case. I proceed with the development of each point below.

i) SOCIAL CHANGE TO WEAKEN *RES JUDICATA*

Social change was precisely one of the arguments presented in the public action of unconstitutionality, which made it possible to lift the *res judicata* in the specific case and justify a new examination of the constitutionality of a norm that had already been studied in the past (via the 1996 case). It should be emphasized that the Constitutional Court, through its jurisprudence, has recognized the importance and usefulness of social change concerning constitutional proceedings, particularly when referring to *res judicata*, since this implies that i) the Court is aware of the constant interaction between law and society and ii) that,

...

²⁷ In this regard, note the admissibility requirements developed by the Constitutional Court in rulings, such as C-647-10, C-189/17, and C-035-20, among others.

as a result of this interaction, the law may change and therefore, it is vital that when social changes occur, *res judicata* be modified to change the law.

On this, the Court itself has stated:

[...] that, at a given time, in light of the economic, social, political, and even ideological and cultural changes of a community [...] it may not be admissible in light of the Constitution, a pronouncement that the Court has made in the past, based on constitutional meanings that were materially different from those that must now govern the judgment of constitutionality of a particular rule. (CONSTITUTIONAL COURT, 2013, free translation by author)

This shows the Constitutional Court's recognition of the commitment and fluidity of the process of communication between law and society (LUHMANN, 1988), as well as the contingency of changes produced in the law depending on the possibility of lifting the *res judicata* on a matter at a given moment. This is precisely what happened in the case under study. It is clear how the lawsuit and the intervention of the GAP directly supported the existence of social change as a reason to weaken *res judicata*; and how the Court itself, recognizing this, proceeded to lift *res judicata* and reopen the constitutional discussion.

ii) SOCIAL CHANGE TO SUPPORT THE UNDERLYING DECISION

The existence of social change does not always require a modification in the law. According to TEUBNER (2000), the evolutionary mechanism and its activation do not necessarily imply a legal change. This is because when the evolutionary mechanism is activated, it is not always that there are legal reasons to justify the change of the law in effect. In the public action of unconstitutionality in Colombia, and as seen above, social change allows the lifting of the *res judicata*,²⁸ but does not necessarily guarantee any change in the law, instead, it simply reopens a constitutional discussion in substance.

However, in this case, social change did play an important role by raising the need for a reinterpretation of Article 42 of the Constitution²⁹ (definition of family consisting of a man

...

²⁸ For the case review: Constitutional Court. Ruling C-447/97. MP: Alejandro Martínez Caballero; Constitutional Court. Decision C-310/02. MP: Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ It is noteworthy that 5 of the 9 magistrates submitted comments to the judicial decision, either by means of dissenting votes or clarifications of the same. All of these comments were oriented precisely to the discussion on article 42 of the Constitution, while some claimed that homosexuals could constitute a family, others argued that the only family that the constituent determined as susceptible to protection was the one established between a man and a woman. Cf. Constitutional Court. Decision 075 of 2007. MP: Rodrigo Escobar Gil.

and a woman), a norm that, considering proven social change,³⁰ would be effectively reinterpreted to include same-sex couples in subsequent cases.³¹ There was also the use of social change to directly support the decision on the merits, i.e., the extension of Law 54 of 1990 through constitutional modulation in the 2007 decision.

But how to know if and when social change justifies changing the law? There is no generic answer and, perhaps, there cannot be, given the contingency of legal change from social change. While it is true that a change in society should not always generate a change in the law,³² it is also true that the law in certain cases must be modified to overcome historical injustices.³³ The only possible solution is to evaluate case by case, taking into special account the characteristics and argumentation presented in the judicial process.

In the case under study, the argumentation developed regarding the negative effects that Law 54 generated was a central point in the Court's decision. The inclusion of these considerations in the Court's legal reasoning can be understood as an exercise of reflexive rationality (TEUBNER, 1983), which denotes precisely the judicial reasoning that incorporates the impact a given decision may have on reality. In other words, this rationale makes it possible to legally consider the social effects that a Court decision may have on society. In this regard, and based on the arguments already stated in the lawsuit and expanded via citizen interventions, the Court affirmed:

[...] in relation to the patrimonial situation of same-sex couples, there is a deficit of protection in light of the constitutional order, leading to the conclusion that the regime of Law 54 of 1990, as modified by Law 979 of 2005, insofar as it applies exclusively to heterosexual couples and excludes same-sex couples from its scope, is discriminatory. (CONSTITUTIONAL COURT, 2007, p. 60, free translation by author)

This assessment of the negative effects of the law served as a basis for the Court to modulate its constitutionality and extend its application to same-sex couples, given that the Court found constitutionally inadmissible the discrimination generated by the law towards the homosexual community. This demonstrates how the judicial discussion served as the

...

³⁰ See section 2.1.

³¹ Constitutional Court. Decision C-577 of 2011. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (ALTAMIRANDA MORALES *et al.*, 2020; RÍOS JIMÉNEZ, 2020).

³² From “what is” one cannot derive an “ought to be”. In this regard, see the iusnaturalist fallacy (CIANCIA-RDO, 2004).

³³ See, for example, racial segregation in the United States (OGLETREE JR., 2005).

means to find proven social change and, above all, to use it to change the law through this reflective exercise that allowed the modification of the norm, based on the social impacts that Law 54 provoked.

This use of social change also evidences the bidirectional relationship between law and society, since the negative impacts of Law 54 led to a consolidation of social movements that sought to transform the law through legal means, which these movements finally achieved. Consequently, in the 2007 decision, social change resulting from the interaction between systems produced an alteration to the law.

iii) SOCIAL CHANGE TO JUSTIFY THE EXTENT OF THE DECISION

In 2011, despite acknowledging the existence of social change, the Court had the option to “exhort” or request Congress that regulate the issue, without making any concrete decision itself to remedy the discrimination of same-sex couples as has occurred in other cases. However, social change has also been cited to justify that the Constitutional Court directly remedies the situation presented in the case, bypassing Congress. As presented in the lawsuit under study, but especially in several of the interventions in favor of it, the inaction of Congress regarding the situation of the LGBTQI+ community was a powerful argument that the Court, within its reflexive rationality (TEUBNER, 1983), considered to bring about a change in the existing law.

The 2007 decision presented an extreme case: Congress showed complete inaction regarding the discrimination suffered by the homosexual community.³⁴ Despite the efforts of social organizations, via the use of discourse and legal forms to advocate for same-sex couples, they never managed to sway the will of the Colombian parliament for the approval of a law regulating the legal situation of same-sex couples, despite multiple bills having been prepared and presented. Notably, eight bills were presented and processed before Congress from 1999 to 2007, including bills 130 of 2005 Senate/152 of 2006, which the House approved in four debates and filed in the final conciliation process to become law (CONSTITUTIONAL COURT, 2016). Furthermore, access to other evolutionary mechanisms, such as the referendum,³⁵ was inaccessible for activist groups, since it required strong popular support to vote massively in favor of the proposed legal change, which had not been present by 2007.

...

³⁴ In my opinion, this inaction should not be understood as the rejection of legislative initiatives that would have allowed the marriage of same-sex couples, since the decision to reject such initiatives is in itself a legitimate action in a democratic system, like the Colombian one. However, the inaction lies in the fact that Congress, aware of the need to protect this community, never took the steps to issue a regulation that would legally safeguard the rights of this population.

³⁵ Mechanism of democratic participation contemplated in Article 103 of the Political Constitution of Colombia.

This scenario showed how certain channels of communication between law and society were “exceeded” and, thus, other evolutionary mechanisms (an action of unconstitutionality) had to take place to overcome the existing tensions, an aspect that undoubtedly contributed to strengthening the need for the Constitutional Court to decide to change the law in its 2007 ruling.

In any case, judicial operators must exercise prudence and respect for other “evolutionary mechanisms” (such as referendums or the legislative route) that can be used to address and solve tensions between systems (specifically, the legal and social). The passive virtues of judges (AGUDELO, 2014) are a useful tool to pursue moderate judicial decisions that facilitate necessary legal transformations regarding social changes; that is, those legal changes that allow structural coupling with the social system and thus release the pressure suffered by the legal system (LUHMANN, 2012). On the other hand, they do not completely ignore other democratic spaces and powers, like parliaments, where these tensions between systems can be communicated and overcome.

However, in the Colombian case, the courts end up being the spaces to address tensions between law and society, precisely due to the ineffectiveness of other evolutionary mechanisms. In this sense, the Courts and their judicial proceedings become scenarios for discussion and democratic deliberation regarding different issues that, under specific circumstances, cannot be examined in depth in other institutional spaces (ROA, 2015, 2017, and 2019). It would seem then that, in the Colombian case under study, bidirectional relations between society and law are ventilated, discussed, and overcome in judicial spaces instead of being processed in other spaces, such as Congress, which are perhaps more appropriate for this purpose.

In summary, social change played three roles in the case under analysis. Firstly, it served as a ground for weakening *res judicata*. Secondly, it strengthened the argument of a need to change the law based on the existence of social change. Thirdly, it served as an additional argument against the need to change the law through the decision of the Constitutional Court. Given that, despite the recognition of social change, other evolutionary mechanisms (such as Congress) showed complete inaction to address and overcome tensions between the social and legal systems. By those means, these uses of social change also highlight the Court’s exercise of reflexive rationality and the importance of the judicial process as a space for democratic deliberation, given the incapability of other institutional mechanisms to effectively deal with the tensions between legal and social systems.

CONCLUSIONS

This research sought to contribute to the analysis of the bidirectional relationship between law and society through a case study of a judicial decision based on social change. For this aim, I conducted a socio-legal study of the Colombian Constitutional Court’s Decision C-075 of 2007 on the patrimonial rights of same-sex couples. Social change played a key

role in convincing the judge to interpret the constitutional definition of family in a different and contemporary way,³⁶ leading to change in the law through judicial decision.³⁷

The case study reflected the bidirectional relationship between the legal and social systems. In addition, it determined that social change was identified and substantiated through discussions within the judicial proceedings presenting notorious facts and their interpretations, even in the absence of socio-legal studies. Moreover, this paper identified how social change was used to weaken *res judicata*, strengthen the argument for the need to change the law based on social change, and legally justify the scope of the Court's decision to change the law itself, given the ineffectiveness of Congress.

This study suggests that future research should explore the contingency of the relationship between society, law, and social change, depending on the characteristics of each specific case and, therefore, evaluate the apparent impossibility of proposing a “standard” or “general rule” to explain how they interact in all cases. Likewise, it would be valuable in the future to delve deeper into how, from the case study, the fragility of judicial decisions (the possibility of lifting the *res judicata*) seems to be an important element that enables the opening of the legal system to social changes through the activation of institutional processes (evolutionary mechanisms). It would be also valuable to investigate in depth the role of the courts and judicial processes as alternative democratic spaces for discussion, in cases where other institutional mechanisms have proven ineffective in dealing with the tensions between social and legal instances. This becomes necessary because these processes of discussion and communication between systems allow law and society to mutually transform each other.

...

³⁶ It is worth remembering that the Court held that rules analyzed in the case under study did not affect the homosexual population and that the definition of *de facto* marital union between a man and a woman reflected what is enshrined in the constitutional text (Constitutional Court. Decision C-098 of 1996. MP: Jorge Arango Mejia).

³⁷ This refers to the fact that, if social change weakens *res judicata*, it also imposes on the judge the duty to interpret the Constitution as a living text, potentially allowing a change to the normative meaning of the constitutional text itself. However, and as stated earlier, social change does not imply a modification in law, its impact depends on the characteristics of each case under study (CARBONELL SÁNCHEZ, 2012; ARÓSTICA MALDONADO, 2020; SAGÜÉS, 2003). Cf. Constitutional Court. Decision C-332/13 MP: Mauricio González; C-166/14 MP: Luis Ernesto Vargas and C-687/14 MP: Jorge Ignacio Pretelt.

ACKNOWLEDGMENTS

The author acknowledges his director, Daniel Bonilla Maldonado, for his infinite generosity and patience during the development of the thesis, and Erika León, for her valuable observations and comments. Finally, he acknowledges his wife, his main source of support and motivation.

REFERENCES

AGUDELO, Carlos Alberto. Una respuesta a la ‘dificultad contramayoritaria’ a partir de las ‘virtudes pasivas’ de los jueces. *Precedente: Revista Jurídica*, v. 5, p. 181-224, 2014. Available at: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1977>.

AGUILAR, Gonzalo; GAJARDO, Benjamin; LEÓN, Ana Pia. Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial. *Constitutional Studies*, v. 13, n. 1, p. 373-398, 2015.

ALEGRÍA POLANÍA, Andrés Mauricio. *Taking the TV Set Out of the Closet: The Visibility of the Gay Subject and the Lesbian Subject from the Representations in Colombian Series and Soap Operas*. 2017. Master’s thesis, Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2017. Available at: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/38815>.

ALONSO NIÑO, Edwin Hernando. Consideraciones sobre el laicismo y su trascendencia en el modelo constitucional de Estado colombiano. *Derecho y Realidad*, v. 11, n. 21, Jan./Jun. 2016. Available at: <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4850>.

ALTAMIRANDA MORALES, Darlis Johana *et al.* Línea jurisprudencial sobre el reconocimiento de derechos a la comunidad LGTBIQ. *CES Derecho*, Medellín, v. 11, n. 2, p. 25-40, 2020. Available at: <https://doi.org/10.21615/cesder.11.2.2>.

ÁLVAREZ, M. *Las Muecas de la Regeneración*. 2001. Master’s thesis, Universidad Nacional, 2001.

ANDERSON, Benedict. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London/New York: Verso Books, 2006.

ARNOLDI, Jakob. Niklas Luhmann: An Introduction. *Theory, Culture & Society*, v. 18, n. 1, p. 1-13, 2001. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/02632760122051607>.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. De la Constitución vigente a la Constitución viviente. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n. 16, p. 109-131, 2020.

AZUERO QUIJANO, Alejandra; ALBARRACÍN CABALLERO, Mauricio. Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia. In: *Sentencias emblemáticas*. Bogotá: ILSA, 2009.

BARCLAY, Scott; FISHER, Shauna. Cause Lawyers in the First Wave of Same Sex Marriage Litigation. *Cause Lawyers and Social Movements*, n. 84, p. 84-87, 2006.

BELTRÁN, William Mauricio. Pluralización religiosa y cambio: social en Colombia. *Theologica Xaveriana*, Bogotá, v. 63, n. 175, 2013.

BENÍTEZ PÉREZ, María Elena. The Family: From the Traditional to the Debatable. *Revista Novedades en Población*, Cuba, v. 13, n. 26, p. 58-68, 2017.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BOHÓRQUEZ GARCÍA, Miguel Ángel. *Betty la fea and Chepe fortuna: representation of gay and homosexual in the Colombian telenovela*. 2013. Tesis (Maestría en Estudios de la Cultura. Mención en Comunicación). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2013.

BONG, Youngshik D. The Gay Rights Movement in Democratizing Korea. *Korean Studies*, n. 32, p. 86-103, 2008.

BONILLA, Daniel. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BONILLA, Daniel. Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 183-200, 2010.

BONILLA, Daniel. Derecho de Interés Público, igualdad y parejas del mismo sexo en Colombia. *Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, Oñati, v. 2, n. 1, p. 122-128, 2008.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2000.

BUSHNELL, David. *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*. California: University of California Press, 1993.

CAMACHO CASTRO, José Miguel *et al.* Los derechos fundamentales de las minorías ante las decisiones democráticas mayoritarias. *Inciso*, Bogotá, v. 20, n. 1, p. 124-136, 2018.

CAPDEVIELLE, Julieta. The Concept of *habitus*: “with Bourdieu and against Bourdieu”. *Anduli: Andalusian Journal of Social Sciences*, n. 10, p. 31-45, 2011.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. Sobre la Constitución viviente. *Estudios Constitucionales*, ano 10, n. 2, p. 609-616, 2012.

CÁRDENAS GARCÍA, Ricardo; RODRÍGUEZ ROMERO, Eduardo. Laicidad del Estado ¿Hay una separación definitiva entre la Iglesia Católica y el Estado colombiano? *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, Bogotá, v. 6, n. 1, p. 43-68, Jan./Jun. 2012.

CEBALLOS RUIZ, Paula Andrea; RÍOS QUINTERO, Juliana Victoria; ORDOÑEZ PATIÑO, Richard Marino. The Recognition of Rights to Same-Sex Couples: The Path Towards a Pluralistic Family Concept. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 14, n. 2, p. 207-339, 2012.

CIANCIARDO, Juan. Populismo y rule of law. *Revista República y Derecho*, v. 4, n. 4, p. 1-31, 2019. Available at: <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/159/74>.

CIANCIARDO, Juan. Modernidad y falacia naturalista. *Dikaion*, Chía, v. 13, p. 27-42, 2004. Available at: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1300>.

CLENDINEN, Dudley; NAGOURNEY, Adam. *Out for Good: The Struggle to Build a Gay Rights Movement in America*. New York: Simon and Schuster, 2001.

COLOMBIA DIVERSA. Colombia Diversa. *N.d.* Available at: <https://colombiadiversa.org/>.

COLOMBIA DIVERSA; UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. *Same-Sex Couples: The Road to Equality*. Sentencia 075/07, 1st ed., 2008. Available at: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/asuntos-legales/parejas-del-mismo-sexo.pdf>.

CORTÉS GUERRERO, José David. La Regeneración revisitada. *Political Science*, v. 6, n. 11, p. 39-55, 2011. Available at: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/41500>.

CORTÉS GUERRERO, José David. Balance bibliografico sobre la historia de la iglesia catolica en Colombia 1945-1995. *Historia Critica*, v. 1, n. 12, p. 17-27, 1996. Available at: <https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/hiscrit/article/view/3783>.

CUBIDES CÁRDENAS, Jaime Alfonso. El rol de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los derechos de las parejas del mismo sexo (PMS). *Jurídicas*, Caldas, v. 9, n. 1, p. 61-79, 2012.

DURÁN DONOSO, Cristina. Una aproximación a la familia y al matrimonio desde el magisterio del Papa Francisco. *Anales de Teología*, Concepción, v. 18, n. 2, p. 315-327, 2016.

DW. Francisco, a favor de las uniones civiles entre homosexuales. October 21, 2020. Available at: <https://www.dw.com/es/papa-francisco-a-favor-de-las-uniones-civiles-entre-homosexuales/a-55351431>.

EL TIEMPO. ¿Despenalizar el aborto en Colombia? Argumentos a favor y en contra. November 29, 2020. Available at: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/aborto-en-colombia-argumentos-a-favor-y-en-contra-de-la-despenalizacion-551715>.

EL TIEMPO. Colombia, entre los diez países más católicos del mundo. April 12, 2017. Available at: <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/colombia-es-uno-de-los-diez-paises-mas-catolicos-del-mundo-77648>.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

FLÓREZ, Gallego. *Studies on Regeneration*. Departmental Printing of Valle, 1987.

GONÇALVES LÓPEZ, Eduardo José. Preparation for Marriage: can. 1063, 2 and Pope Francis' Proposal for the Marriage Catechumenate. *Ecclesiastical Studies*, v. 95, n. 375, p. 801-841, 2020.

GONZÁLEZ, Fernán E. *Partidos políticos y poder eclesiástico: reseña histórica, 1810-1930*. Bogotá: Editorial CINEP, 1977.

GRIFFITHS, John. What is Sociology of Law? (On Law, Rules, Social Control and Sociology). *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 49, n. 2, p. 93-142, 2017.

GUASTINI, Riccardo. Two Conceptions of Norms. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, n. 35, 2018.

GUASTINI, Riccardo. Rereading Hart. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 37, p. 99-110, 2014. Available at: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/53981/1/Doxa_37_06.pdf.

GUERRA MANZO, Enrique. Las teorías sociológicas de Pierre Bourdieu y Norbert Elias: los conceptos de campo social y habitus. *Estudios Sociológicos*, Mexico City, v. 28, n. 83, p. 383-409, 2010. Available at: <https://estudiossociologicos.colmex.mx/index.php/es/article/view/215/215>.

HAILBRONNER, Michaela. Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, 2017.

INFOBAE. The Pulse Between the Vatican and the German Church over the Reforms Continues and a Schism is Not Ruled Out. May 30, 2021. Available at: <https://www.infobae.com/america/mundo/2021/05/30/continua-el-pulso-entre-el-vaticano-y-la-iglesia-alemana-por-las-reformas-y-no-se-descarta-un-cisma/>.

JARAMILLO, Darío. *La nueva historia de Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, 1976.

LANDAU, David. The Promise of a Minimum Core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures. *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, p. 267-298, 2014.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts against Democracy. *University of California, Davis, Law Review*, n. 53, p. 1313-1387, 2019. Available at: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/53/3/53-3_Landau_Dixon.pdf.

LAS 2ORILLAS. Los dueños de Theatron se resisten a cerrar el templo de la rumba gay. May 1, 2021. Available at: <https://www.las2orillas.co/los-duenos-de-theatron-se-resisten-a-cerrar-el-templo-de-la-rumba-gay/>.

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. Love in the Time of Cholera: LGBT Rights in Colombia. *Sur: International Journal on Human Rights*, v. 6, n. 11, p. 78-97, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Derecho*. Traducción H. Newmark Díaz. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2012. (Original work published in 2008).

LUHMANN, Niklas. Law as a Social System. *Northwestern University Law Review*, v. 83, p. 136-150, 1988.

MACEDO, Jorge Alberto. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 5, n. 2, p. 269-274, 2017. Available at: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6182122.pdf>.

MADRIGAL ALÓS, Ferrán. Evolución del tratamiento magisterial del amor conyugal. De Casti Connubii a Humanae Vitae. *Cuadernos Doctorales: Teología*, Pamplona, n. 32, p. 166-249, 1995.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel. La Regeneración, la Constitución de 1886 y el papel de la iglesia católica. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, Bogotá, v. 6, n. 11, p. 63-75, 2006. Available at: <https://doi.org/10.22518/16578953.764>.

MALAGÓN RUBIO, Laura Milena. La reivindicación de derechos y garantías de los movimientos sociales (LGBTI – Desplazados) a través del activismo y progresismo de la Corte Constitucional colombiana. *Diálogos de Saberes: Investigaciones y Ciencias Sociales*, Bogotá, n. 45, p. 145-162, 2016.

MAZA, Manuel. Brief Chronology of Pope Leo XIII. Life and Relevant Documents on Society and Politics: Joaquin Pecci, February 20, 1878- July 20, 1903. *Revista Estudios Sociales*, Santo Domingo, v. 24, n. 84, 1991.

MAYA BARROSO, Delio Henrique. La laicidad del Estado colombiano. *Criterios: Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, Bogotá, v. 1, n. 2, p. 55-89, Jul./Dec. 2008. Available at: <https://www.revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/download/1889/1633/4171>.

MEJÍA TURIZO, Jorge; ALMANZA IGLESIA, Maury. Comunidad LGBT: Historia y reconocimientos jurídicos. *Revista Justicia*, Barranquilla, n. 17, p. 78-110, June 2010. Available at: <http://www.observatoriogbt.org.bo/assets/archivos/biblioteca/f4683d85cdc45097242c94730f00d873.pdf>.

MOORE, Sally. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law & Society Review*, n. 7, n. 4, p. 719-746, 1973.

MORANDÉ, Pedro. *Familia y Sociedad*. Santiago: Editorial Universitaria, 1999.

MORENO, Victor; LONDOÑO, David; RENDÓN, Juan. Marriage, Family and Unitarianism. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, Bogotá, v. 15, n. 29, p. 73-92, 2015. Available at: <https://doi.org/10.22518/16578953.476>.

OGLETREE JR., Charles J. All Deliberate Speed: Reflections on the First Half-Century of Brown v. Board of Education. *Montana Law Review*, Missoula, n. 66, 283, 2005. Available at: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/13548720/Reflections%20on%20the%20First%20Half-Century%20of%20Brown%20vs.%20Board%20of%20Education.pdf;sequence=1>.

PALOMAR TORRALBO, Agustín. La construcción del éthos democrático en el liberalismo político de Rawls. *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Santiago de Cali, v. 75, n. 146, p. 97-122, 2017. Available at: <https://revistas.comillas.edu/index.php/miscelaneacomillas/article/view/7957/7710>.

PATÍÑO, Enrique. De Los Felipitos a la notaría. *El Tiempo*, Nov. 25, 2001. Available at: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-693678>.

PEÑARANDA, H.; RUIZ, Eloy. *Transición de los Estados soberanos al Estado unitario: tres proyectos de reforma constitucional-1886*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1986.

PÉREZ ZAPATA, Santiago. *El tradicionalismo católico en la obra de Miguel Antonio Caro 1870-1886: La nación colombiana entre la fe y la razón*. 2010. Undergraduate thesis. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010.

POINDEXTER, Cynthia. Sociopolitical Antecedents to Stonewall: Analysis of the Origins of the Gay Rights Movement in the United States. *Social Work*, v. 42, n. 6, p. 607-615, 2007. Available at: <https://doi.org/10.1093/sw/42.6.607>.

POZZOLO, Susana. *Disposition vs. norm*. Pueblo Libre (Peru): Palestra Editores, 2018.

QUIJANO, Juan. *Romeo y Julián, representaciones de las parejas homosexuales en la televisión colombiana, una perspectiva desde el diseño gráfico*. Undergraduate thesis, Universidad Los Libertadores, Bogotá, 2020. Available at: <https://1library.co/document/zw017pgy-julian-representaciones-parejas-homosexuales-television-colombiana-perspectiva-grafico.html>.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. UNAM. 1995.

RÍOS JIMÉNEZ, Mariana. *El análisis del papel de la corte en la omisión legislativa absoluta: la construcción de una línea jurisprudencial desde la metodología de Diego Eduardo Lopez*. 2020. Undergraduate thesis, Universidad CES, Medellín, 2020. Available at: <https://repository.ces.edu.co/handle/10946/4982>.

ROA, Jorge Ernesto. Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista Derecho del Estado*, n. 44, p. 57-98, 2019.

ROA, Jorge Ernesto. *La legitimidad democrática del control de constitucionalidad: el ciudadano ante la justicia constitucional*. 2017. Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2017.

ROA, Jorge Ernesto. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

ROACH, Sharyn. *Law and Social Change*. Australia: Flinders University, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Judging Exclusion: The Impact of Courts on Social Rights in the Global South*. Siglo XXI Editores, 2019.

ROJAS AMANDI, Víctor. Habermas, Jürgen, Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. *Poder Judicial Del Estado de México*, Escuela Judicial del Estado de México, n. 6, p. 179-184, 2020. Available at: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/article/view/44>.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Reflexiones sobre la constitución viviente (Living Constitution). *Dikaion*, Chía, n. 12, 2003. Available at: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1250>.

SALDARRIAGA VÉLEZ, Oscar. A Dogmatic Machinery of Negotiation: Catholicism and Regeneration in Colombia 1886-1930. *Political Science*, v. 6, n. 11, p. 7-38, 2011.

SÁNCHEZ BARRERA, Esther Lucía. El movimiento LGBT (I) en Colombia: la voz de la diversidad de género. Logros, retos y desafíos. *Reflexión Política*, Bucaramanga, v. 19, n. 38, p. 116-131, 2017.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin, New York: De Gruyter, 2011.

TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983. Available at: <https://www.jstor.org/stable/3053348>.

THORNHILL, Chris. Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution. *Journal of Classical Sociology*, v. 10, n. 4, p. 315-37, 2010. Available at: <https://doi.org/10.1177/1468795X10385181>.

TOCORNAL COOPER, Josefina. Algunas consideraciones a la observación sociológica de Niklas Luhmann sobre el Derecho: Teoría de los Sistemas, Sistema de Derecho y dogmática jurídica. *Ars Boni et Aequi*, Santiago, v. 6, n. 2, p. 219-236, 2017.

VALENCIA, Felipe Pérez. Catolicismo y conquista del nuevo mundo: función, apogeo y decadencia. *Teología y Cultura*, v. 11, n. 16, p. 17-29, 2014.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Historia constitucional de Colombia: Análisis temáticos (Tomo 3)*. Bogotá: Colombian Academy of Jurisprudence, 2010.

VON BOGDANDY, Armin *et al.* *Ius constitutionale commune* in Latin America: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, n. 21, p. 3-23, 2016.

WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Madri: Siglo XXI Editores, 2019.

YANANGÓMEZ, Dennis. *La familia: núcleo de la vida social y eclesial. Principios teológicos y pastorales de la familia a partir de la exhortación apostólica Familiaris Consortio y otros documentos de Juan Pablo II*. 2014, Undergraduate thesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2014. Available at: <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/7587>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Mexico City, n. 10, p. 249-268, 2008.

Appendix: legal references

Law 54 of 1990. Congress of the Republic. Official Gazette No. 39615. Available at: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%2054%201990.pdf>.

Decree 2067 of 1991. President of the Republic of Colombia. Official Gazette No. 40012. Available at: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30150>.

Political Constitution of Colombia. National Constituent Assembly. Constitutional Gazette No. 116 of July 20, 1991. Available at: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Law 134 of 1994. Congress of the Republic. Official Gazette No. 41.373. Available at: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0134_1994.html.

Decision C-098/1996. Constitutional Court (Eduardo Cifuentes, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-098-96.htm>.

Decision C-447/1997. Constitutional Court (Alejandro Martinez, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-447-97.htm>.

Decision C-310/2002. Constitutional Court (Rodrigo Escobar Gil, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-310-02.htm>.

Ruling C-075/2007. Constitutional Court (Rodrigo Escobar, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>.

Decision C-577/2011. Constitutional Court (Eduardo Mendoza, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>.

Ruling C-332/2013. Constitutional Court (Mauricio González, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-332-13.htm>.

Ruling C-166/2014. Constitutional Court (Luis Ernesto Vargas, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-166-14.htm>.

Ruling C-687/2014. Constitutional Court (Jorge Pretelt, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-687-14.htm>.

Ruling C-071/2015. Constitutional Court (Jorge Iván Palacio, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>.

Ruling SU-214/2016. Constitutional Court (Alberto Rojas Ríos, MP). Available: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>.

Ruling C-173/2019. Constitutional Court (Carlos Bernal Pulido, MP). Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-173-19.htm>.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

RUEDA-VÁSQUEZ, José Miguel. Social Change and Law: A Matter for Discussion. Study of the First Decision in Favor of Same-Sex Couples by the Constitutional Court of Colombia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2332, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202332>

José Miguel Rueda Vásquez

LAWYER, POLITICAL SCIENTIST AND MASTER IN CONSTITUTIONAL LAW FROM THE UNIVERSITY OF LA SABANA. MASTER IN SOCIOLOGY OF LAW AT OÑATI INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE SOCIOLOGY OF LAW. PH.D. STUDENT IN LAW AT POMPEU FABRA UNIVERSITY. FOUNDING PARTNER OF SINDÉRESIS SAS AND RESEARCHER AT CORPORACIÓN CENTRO DE INTERÉS PÚBLICO Y JUSTICIA (CIPJUS).

josemiguelruedavasquez4@gmail.com

Recebido: 17.08.2021

Aprovado: 27.01.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202333>

1 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brazil
<https://orcid.org/0000-0002-5899-9254>

2 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brazil
<https://orcid.org/0000-0002-9317-9518>



Opening the World Court to State and Non-State Actors in Contentious Cases: Reality or Utopia?

AMPLIANDO O ACESSO À CORTE MUNDIAL POR ATORES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS EM CASOS CONTENCIOSOS: REALIDADE OU UTOPIA?

Paula Wojcikiewicz Almeida¹ and Giulia Tavares Romay²

Abstract

Over the last decades, the participation of State and non-State actors in law-making has become one of the basic features of international law. Considering the International Court of Justice (ICJ) as a focus, this analysis will discuss the potential and limits of Non-State Actors (NSA)'s participation, as 'friends of the Court,' in contentious proceedings. The ICJ Statute and Rules of Court contain no provision on *amicus curiae* participation in contentious cases. The lack of an express mention does not indicate, however, that this practice would be proscribed by the Court. This research applies an empirical methodology for mapping the ICJ's practices concerning forms of submitting relevant information to the Court in contentious proceedings. Broadening the possibilities for participation would imply the recognition of the plurilateral nature of international disputes, notably when global public goods are at stake. If the goal is to 'introduce public interest considerations', then the 'friends of the Court' could also contribute to upholding rules aimed at protecting the international community's fundamental values and, ultimately, strengthening the democratic legitimization of judicial decisions.

Keywords

International Court of Justice; contentious cases; *amicus curiae*; intergovernmental organizations; non-governmental organizations; individuals.

Resumo

Nas últimas décadas, a participação de membros da sociedade internacional em processos de tomada de decisões tornou-se uma característica elementar do direito internacional. Concentrando-se na Corte Internacional de Justiça, a presente análise pretende discutir o potencial e os limites da participação de atores não estatais como "amigos da Corte" em procedimentos contenciosos. O Estatuto e o Regulamento da Corte não contêm previsão admitindo a participação de *amicus curiae* em casos contenciosos. A ausência de uma menção expressa, no entanto, não indica que a referida prática estaria proibida pela Corte. Essa pesquisa aplica metodologia empírica para mapear a prática da Corte Internacional de Justiça quanto a formas de submissão de informação relevante via *amicus curiae* em casos contenciosos. Ampliar as possibilidades para participação significaria reconhecer a natureza plurilateral das disputas internacionais, especialmente quando dizem respeito a bens públicos globais. Com o objetivo de "introduzir considerações de interesse público", os "amigos da corte" poderiam contribuir para a preservação das regras de proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional e, assim, fortalecer a legitimidade democrática das decisões judiciais.

Palavras-chave

Corte Internacional de Justiça; casos contenciosos; *amicus curiae*; organizações intergovernamentais; organizações não governamentais; indivíduos.

INTRODUCTION

International law is no longer just a tool for the co-existence of States; it is also, and ultimately, a mechanism for the protection of community interests. The ‘recognition of community interest in positive law’ reflects this trend (BENZING, 2006, p. 370). Traditionally, the concept of community interests referred to certain fundamental values which cannot be left to the free disposition of individual States or in exclusive relation to them but are notably ‘recognized and sanctioned by international law as a matter of concern to all States’ (SIMMA, 1994, p. 233). More broadly, community interests can go beyond the international community’s fundamental interests and values as a whole and also comprise interests and values that transcend States’ interests, ‘shared on a non-universal level and protected by law which only binds groups of States’ (FEICHTNER, 2007, p. 4).

The realization of community interests depends on the existence of an institutional structure for the promotion and protection of these interests (SIMMA, 1994, p. 285). However, in the current scenario, there is no supranational authority or appropriate public institution on a global level capable of compelling States to accomplish global achievements related to community interests (BENZING, 2006, p. 372; CAFAGGI and CARON, 2012, p. 645). As a component of the international governance structure, international courts and tribunals (ICTs) can be considered key elements in the promotion of international rule of law (ULFSTEIN, 2014, p. 859-860), including the provision of global public goods (NOLLKAEMPER, 2012, p. 769-770).

The case law of the International Court of Justice (ICJ) deals with issues involving community interests. The ICJ has dealt with genocide, war crimes, and other human rights violations in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* and also in the *Jurisdictional Immunities* case (SHELTON, 1994 p. 614). Environmental law cases are also among issues that reflect widespread concern or broad public interest, such as the *Gab ikovo-Nagymaros* case. Even boundary disputes may have an important impact on individuals. These examples illustrate that international litigation has rarely been a matter of private concern affecting exclusively the parties in dispute (SHELTON, 1994 p. 614-615) and this growing concern would indirectly stimulate public interest in the work of the Court, among other advantages (ROSENNE, 1997, p. 654-655).

Together with ICTs’ increasingly important role in the promotion, recognition, and application of community interest norms, there is also a growing participation of State and non-State actors to ensure and facilitate compliance and enforcement with these norms. Non-State actor (NSA) is not a legal term but rather a descriptive concept that seeks to reflect reality’s contours (d’ASPREMONT, 2011, p. 1). This research adopts the understanding of the 2016 International Law Association Report that defines NSAs as ‘legally recognized and organized entities that are not comprised of nor governed or controlled by States nor groups of States and that actually perform functions in the international arena

that have real or potential effects on international law' (ILA, 2016, p. 4). By applying that definition, the NSAs considered in this research are non-governmental organizations (NGOs) and individuals, while State actors comprise States and intergovernmental organizations (IGOs).

Alongside State actors, NSAs play an important role in the enforcement of community interests' norms, notably via participation in international dispute settlement mechanisms. This participation may take several forms, both formally and informally (ILA, 2012, p. 19). Whereas their formal role has only very exceptionally been recognized, their informal participation in international dispute settlements cannot be ignored (DE BRABANDERE, 2011, p. 86, 89). As participants before ICTs, NSAs may perform a variety of functions and activities: provide legal expertise and factual information, give access to persons or entities who cannot be parties to an ICT's proceeding but whose interests may be affected by the decision; and, 'to a certain extent, represent public interest considerations' (BARTHOLOMEUSZ, 2005, p. 274). NSAs' submissions before ICTs may serve to highlight broader implications of decisions that go beyond bilateralism and impact matters of public interest (RAZZAQUE, 2002, p. 170-171). The participation of NGOs, in particular, may contribute to the mobilization of the general public (BOGDANDY and VENZKE, 2014, p. 29).

The participation of State and non-State actors in international dispute settlements generally takes the form of *amicus curiae* interventions.¹ Their goal is to 'introduce public interest considerations into the decision – and, indirectly, to impact the development of international law' (RONEN and NAGGAN, 2013, p. 821). Despite being accepted and regulated by many ICTs,² there remains considerable disagreement within the ICJ in this regard, which seems still reluctant to expand the dispute beyond the limits initially prescribed by the parties to the proceedings (RONEN and NAGGAN, 2013, p. 823), notably in contentious

...

1 *Amici curiae* 'are those actors who do not themselves have a legally protected interest in a particular case and yet want to intervene' (BOGDANDY and VENZKE, 2011, p. 1366-1367; see also SANDS and MACKENZIE, 2009, para. 2; ASCENSIO, 2001, p. 897), thereby opening bilateral litigation to issues of community interests (SHELTON, 1994 p. 612).

2 See, e.g., International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) Rules of the Tribunal, Articles 84(1), 84(2); International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitration Rule 37(2) (a); European Court of Human Rights (ECHR) Article 36(2); Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) Rules, Article 2(3), 44; International Criminal Court (ICC) Rules of Procedure and Evidence, Rule 103; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) Rules of Procedure and Evidence, Rule 74; International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) Rules of Procedure and Evidence, Rule 74, among others. In the World Trade Organization (WTO), the institution of *amicus curiae* was accepted by the WTO Appellate Body based on a broad interpretation of Article 13 of the Dispute Settlement Understanding

cases. Indeed, the ICJ Statute and Rules of the Court contain no provision on *amicus curiae* participation in contentious cases. The lack of an express mention of *amici curiae* briefs does not indicate, however, that this practice would be proscribed by the Court, notably in contentious proceedings.

By applying an empirical research methodology for mapping the ICJ's practice concerning notifications to State and non-State actors and other forms of submitting relevant information to the Court under its existing Statute and Rules' provisions (1), this research discusses the possibilities of participation by the State and non-State actors in ICJ's contentious cases. It goes beyond describing and exemplifying formal avenues of participation and presents a well-founded picture of ICJ's contentious practice (2). It also addresses informal avenues of participation by State and non-State actors in ICJ's contentious cases (3). Finally, this paper will discuss current challenges and possible alternatives to expand participation (4).

I. METHODOLOGY AND LEGAL BASIS

This research covered submissions by IGOs, NGOs, and individuals (both natural and legal persons) in ICJ's contentious cases.

The analysis was comprised of three steps. The first step was keyword research into each and every case law (notably 'written statements,' 'orders,' 'judgments,' and 'other documents') to map additional actors' participation, other than actors from the main parties or a third-party intervener in the proceedings, and reference the legal basis which request for additional actors were addressed to the Court. The second step consisted in producing tables to organize the data gathered on the participation of State and non-State actors. The third and final step was to process the information to produce several figures, comprising all contentious cases (according to the year of judgment) and 15 pending cases (according to the year of request).³

The keyword search used terms that referred to the following provisions: Articles 34 and 50 of the Statute; and Articles 43 and 69 of the Rules of Court. The main legal basis for the participation of State and non-State actors in contentious cases are Articles 34 and 50 of the Statute, while Articles 43 and 69 of the Rules indicate the procedure for submitting information to the Court.

...

(DSU). For more details on *amicus curiae* before tribunals other than the ICJ, see Razzaque (2002, p. 169-200); Bartholomeusz (2005, p. 209-286); Shelton (1994, p. 611-642); Brabandere (2011, p. 85-113).

³ For the purpose of this paper, the research data was last updated in 20 September 2022.

According to Article 34(2), the Court ‘may request of public international organizations information relevant to cases before it’ and/or shall receive such information from such organizations ‘on their own initiative’. The Rules of Court, as amended in 2005, define ‘public international organizations’ as ‘an international organization of States’ (Article 69(4)).⁴ Despite controversies concerning the interpretation of Article 34(2) – whether it could be interpreted more broadly to encompass ‘international public organizations’ – the Court decided not to accept submissions from international organizations other than those of an intergovernmental structure (DUPUY and HOSS, 2019, para. 3-4). Indeed, in the *Asylum* case (Colombia v. Peru), the Court confined the application of Article 34 to public international organizations (Part IV, Correspondence. Docs. 63, 66, p. 227-228).

Article 34(3) of the Statute provides an avenue for public international organizations to be notified by the Registrar and eventually present written observations in the framework of intervention proceedings based on Article 63(2) of the Statute. According to an amendment to Article 43 of the Rules, which entered into force in 2005, the Court may direct the Registrar to notify any public international organization that is a party to the construction of a convention that may be in question in a case. Article 69(4) of the Rules of Court defines the term ‘public international organization’ as ‘an international organization of States’, excluding, therefore, any submission made by NGOs. Article 43(2) of the Rules, as amended in 2005, allows the organizations so notified to submit observations on the particular provisions of the convention in question. The rationale behind the updated Article 43 is to consider that both States and international organizations may hold a comparable interest in taking part in the proceedings in which the construction of a convention is discussed before the Court. The procedure to be followed in this case is provided for in Article 69(3) of the Rules.

If participation under Article 34 is considered by the Court to be limited to organizations composed of States, other non-State entities, such as NGOs and individuals, may seek to submit information to the Court based on Article 50 of the Statute, which allows the Court to invite individuals, bodies, bureaus, commissions or other organizations to carry out an inquiry or give an expert opinion. Article 50 is supplemented by Article 67 of the Rules, according to which individuals or IGOs may be heard in their limited capacity as experts. Thus, NSAs would be able to contribute information indirectly, as expert witnesses, by requesting that the Court appoint them to give their opinion (SHELTON, 1994, p. 628).

...

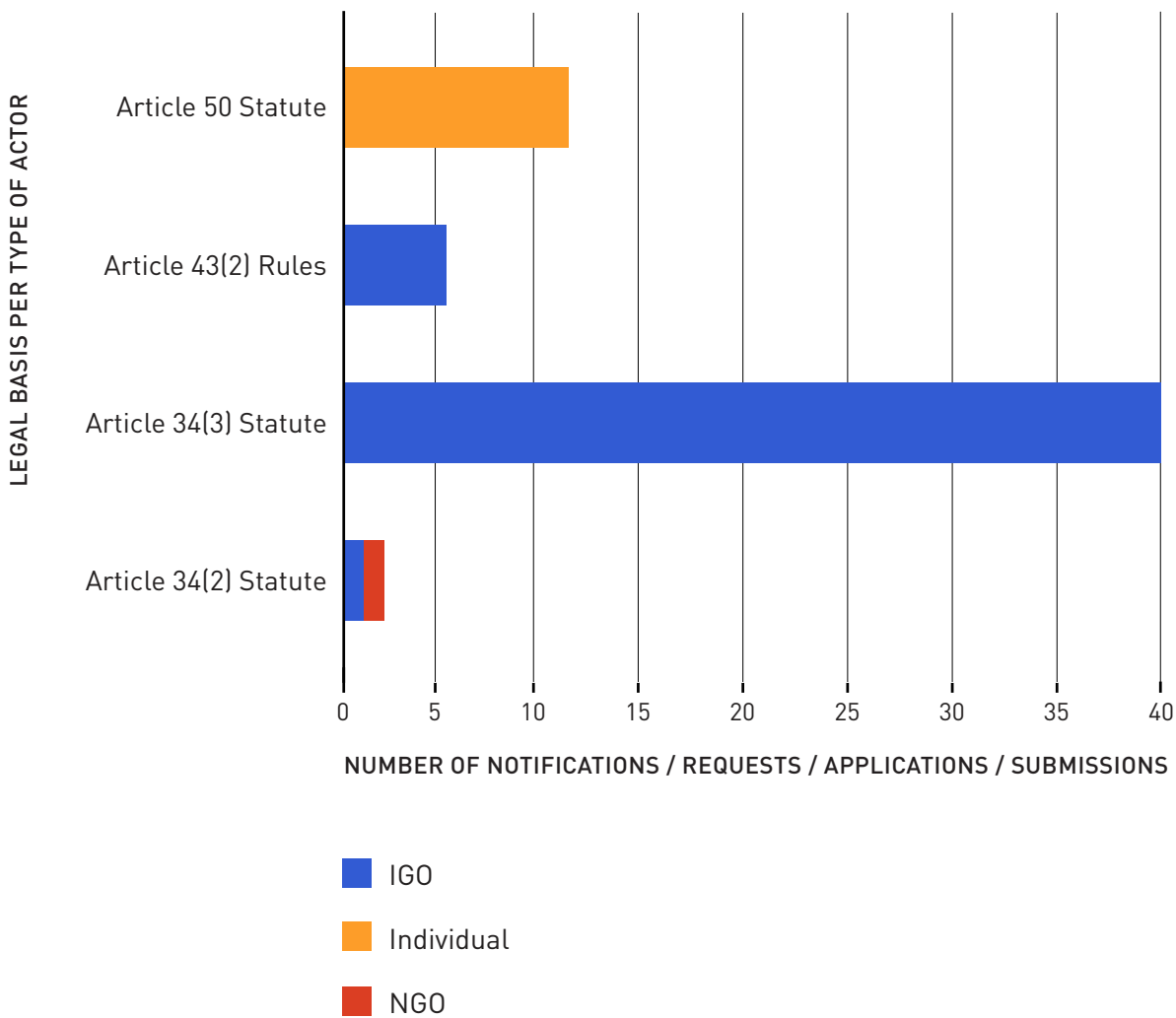
⁴ According to Shelton (1994, p. 625), “the predecessor of Art 34 of the Statute did not reflect a rigid ‘states only’ policy”. For the background and drafting history, see Shelton (1994, p. 620-621). See also Bartholomeusz (2005, p. 213).

As put by Shelton, ‘both the PCIJ [Permanent Court of International Justice] and the ICJ have used this power to obtain information akin to that submitted by *amici curiae* in other tribunals’ (SHELTON, 1994, p. 627).

2. FORMAL AVENUES FOR STATE AND NON-STATE ACTORS’ PARTICIPATION

In contentious cases, there are various legal basis worth examining regarding the submission of observations and requests for participation *proprio motu* by State and non-State actors. According to such legal basis, this research mapped ICJ notifications to submit observations in all contentious cases, as well as their outcomes. The Court’s notifications to NSAs can be classified under four main provisions (see Graph 1).

GRAPH 1 — **LEGAL BASIS FOR NSAs PARTICIPATION IN CONTENTIOUS CASES (1949-2022)**



Source: Authors’ own elaboration.

It can be noted that IGOs stand out as the most active actor, having received a total of 46 notifications from the ICJ, mostly under Article 34(3) of the Statute, often combined with the procedural provision of Articles 43 and 69 of the Rules of Court (a). In contrast, NGOs have attempted to participate in ICJ contentious proceedings despite the Statute's formal limitation to 'public international organizations' under the avenue of Article 34(2) of the Statute. Although not formally considered *amicus curiae* submissions, expert opinions under Article 50 of the ICJ Statute could be another possibility for individuals, among other actors, to indirectly participate in ICJ proceedings (b).

a. ARTICLE 34 OF THE STATUTE

In contentious cases, the presentation of information to the ICJ is limited to intergovernmental organizations via notifications under Article 34 of the Statute and Article 43 of the Rules (i). In practice, the Court has never received submissions from NGOs in contentious cases. As indicated above, Article 34 of the Statute limits the possibility of presenting information to international organizations of States. However, some relevant observations can be drawn from the *Asylum* case. During the proceedings, an NGO – the International League for the Rights of Man – made an unsuccessful attempt to participate pursuant to Article 34(2) of the ICJ Statute. Since *Asylum*, there appears to exist no subsequent attempts by NGOs to submit information to the ICJ in contentious proceedings (DUPUY and HOSS, 2019, para. 41).

Therefore, any public international organization, or IGO, duly notified (ii) may submit its written observations on the particular provisions of a convention before the closure of the written proceedings (iii) and, if the Court so desires, may be able to supplement its observations orally (Article 69(2) of the Rules). Furthermore, there were cases in which the ICJ missed the opportunity to address notifications for the submission of observations from IGOs but could have benefited from doing so (iv).

i. OVERVIEW OF ICJ NOTIFICATIONS

Over the last 73 years, out of 155 contentious cases that were brought before the ICJ by 30 June 2022, the Court issued 46 notifications for IGOs to submit information: 42 notifications in 33 contentious cases and four notifications in four pending cases (see Graph 2).

GRAPH 2 — RATE OF ICJ NOTIFICATIONS TO IGOs IN CONTENTIOUS CASES (1949-2022)



Source: Authors' own elaboration.

In 1972, the ICJ Registrar addressed one notification pursuant to Article 34(3) to the Secretary-General of the International Civil Aviation Organization (ICAO) in *ICAO Council*, concerning the application of the Chicago Convention. The ICAO Secretary-General was notified of the time limit to submit observations but declined the opportunity to do so.

In 1992, the Court addressed one notification under Article 34(3) to the Secretary-General of the Organization of American States (OAS) in *Border and Transborder* concerning Article 31 of the 1947 Pact of Bogotá as a basis for the ICJ jurisdiction. The Court fixed time limits for the submission of observations; however, the Secretary-General considered he had no authority for such submission in the name of the Organization of American States.

In 1996, the ICAO was once again notified under Article 34(3) of the Statute, in the *Aerial Incident of 3 July 1988*, concerning the application and interpretation of the Chicago and Montreal Conventions. In this case, the organization submitted observations.

In 2003, the two related *Lockerbie* cases prompted one ICJ notification to the ICAO, each under Article 34(3) of the Statute (the same notification was replicated in both proceedings). The Registrar sent the ICAO Secretary-General copies of the written pleadings and, without formally requesting a submission or fixing a time limit, recalled that the submission should be limited to questions of jurisdiction and admissibility. On 26 June 1996, the Secretary-General was informed that the ICAO had no observations to make at that point 'but wished to remain informed about the progress of the case, in order to be able to determine whether it would be appropriate to submit observations later'.

In 2004, a total of eight ICJ notifications under Article 34(3) were sent to the United Nations (UN), regarding the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in the *Legality of Use of Force* cases (the same notification was replicated in all proceedings) but no submissions were returned. In 2006, pursuant to Article 34(3) four ICJ notifications were issued to the following IGOs: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the World Health Organization (WHO), the UN, and the ICAO, regarding the Convention on Discrimination against Women, in *Armed Activities New Application*. All of the IGOs declined the opportunity to submit observations.

In 2007, the Court issued a notification under Article 34(3) to the OAS, regarding the application of the Pact of Bogotá, in the *Territorial and Maritime Dispute* but the organization declined the opportunity to submit observations. In the same year, the ICJ Registrar addressed a notification provided for by Article 34(3) to the UN Secretary-General concerning the construction of the Genocide Convention in the *Bosnian Genocide* case, but there was no reply. This was the first notification addressed to the UN under Article 34(3).

In 2009, the Court issued a notification under Article 34(3) to the OAS in *Navigational and Related Rights* concerning the application of the Pact of Bogotá, but no submission was sent. In the same year, the ICJ Registrar issued a notification as provided for by Article 43(2) of the Rules to the European Community (before absorption by the EU in 2009),

concerning the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), in *Maritime Delimitation*, but again no submission was sent.

In 2011, a notification under Article 34(3) was declined by the UN in the *Application of the ICERD* concerning the construction of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD). In 2012, a notification under Article 34(3) was sent to the OAS States, concerning the Pact of Bogotá, in the *Territorial and Maritime Dispute* but the organization did not wish to submit observations.

In 2014, the Court addressed two notifications to the Permanent Commission for the South Pacific and to the OAS, concerning the Pact of Bogotá, pursuant to Article 34(3) in *Maritime Dispute*. Both organizations did not wish to submit observations. In the same year, the ICJ addressed another notification under Article 34(3) in *Whaling in the Antarctic*, concerning the International Convention for the Regulation of Whaling. The Court required observations from the International Whaling Commission. Nonetheless, the Commission indicated that it did not intend to submit any observations in writing according to Article 69(3) of the Rules.

In 2015, the Court sent the notification of Article 34(3) to the UN Secretary-General regarding the *Croatian Genocide* concerning the construction of the Genocide Convention, but the organization declined the opportunity to submit observations. In 2016, the UN received the same notification in *Nuclear Disarmament* concerning the 1968 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, but the notification was left unanswered.

In 2018, the Court issued two notifications under Article 34(3) to the OAS: the first in the case *Obligation to Negotiate*, which was declined, and the second, which was left unanswered, in *Certain Activities*, both concerned the Pact of Bogotá. In the same year, the ICJ also issued two identical notifications, which were left unanswered, under Article 43 of the Rules to the European Union, in the joined cases *Maritime Delimitation* and *Land Boundary*, concerning the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS).

In 2020, the Court issued two notifications in *Immunities and Criminal Proceedings*: one under Article 43(2) of the Rules to the European Union with respect to the Palermo Convention, which was declined; and the other under Article 34(3) of the Statute to the UN Secretary-General, which was left unanswered.

In 2021, the Court addressed one notification under Article 34(3) to the OAS, regarding to the Pact of Bogotá, in *Alleged Violations*, which was declined. In the same year, a notification issued under Article 43(2) of the Rules to the European Union in *Maritime Delimitation*, regarding the UNCLOS, was also declined.

Finally, in 2022, the Court concluded the judgment of *Armed Activities*, in which three notifications under Article 34(3) were issued to the following organizations, each concerning a particular convention: the African Union Commission (African Charter on Human and Peoples' Rights); the ICAO (Chicago Convention); and the UN (International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman

or Degrading Treatment or Punishment). These three organizations did not wish to submit observations.

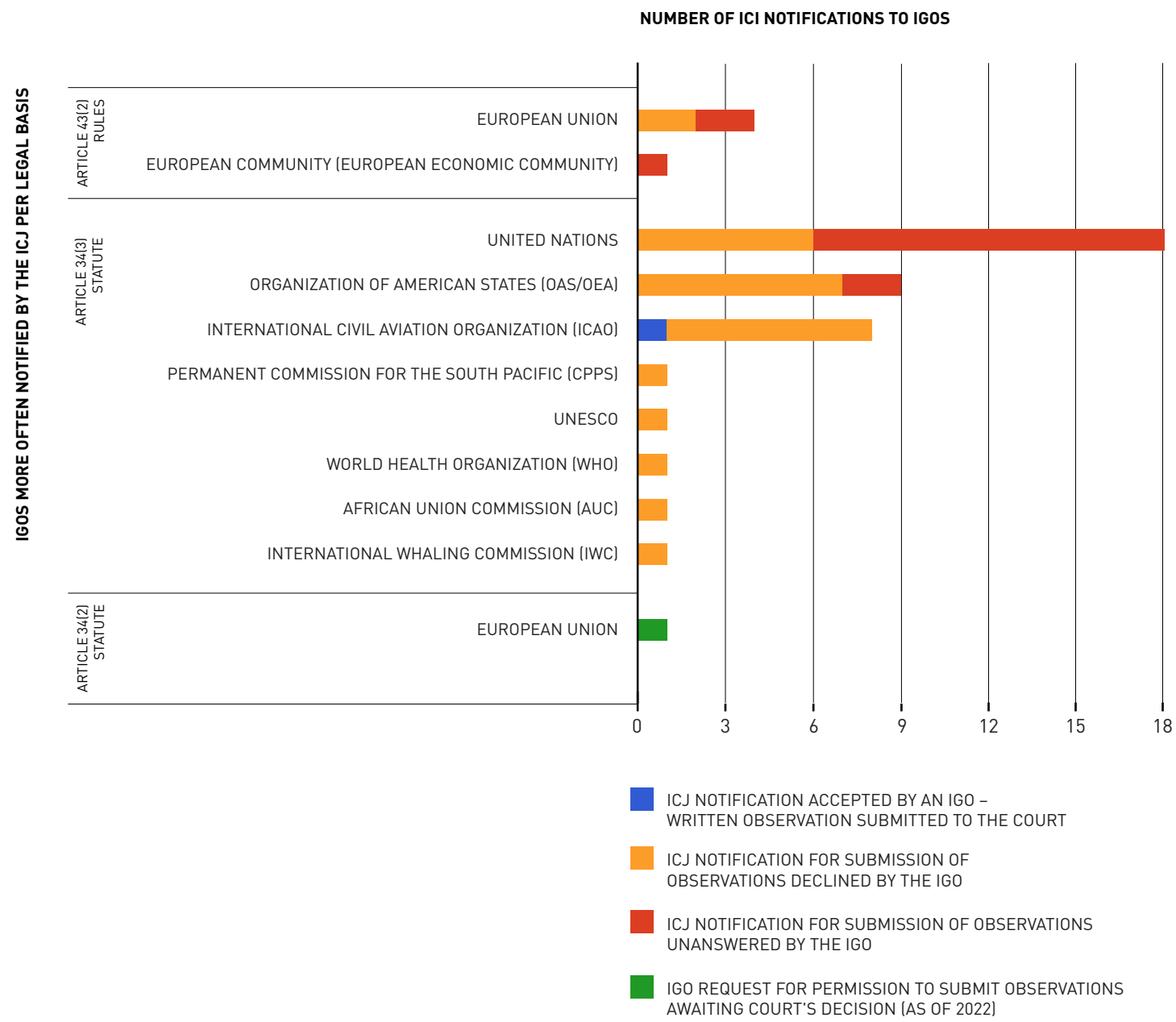
As opposed to contentious proceedings that have already been judged by the Court (mapped according to the cases' judgment year), the empirical analysis of pending cases was initiated on the date on which the Court addressed notifications. There are two pending cases in which one notification for each was sent by the Court.

In 2014, the ICJ addressed one notification under Article 34(3) in *Continental Shelf*, which was later declined, and, most recently, in 2017, the Court issued one notification under Article 34 (3) to the UN, concerning the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and the ICERD, in *Financing of Terrorism* which was left unanswered.

ii. IGOs MOST FREQUENTLY NOTIFIED BY THE ICJ

Apart from expert opinions submitted by individuals, the ICJ addressed 46 notifications to 10 IGOs to submit observations in contentious cases (see Graph 3).

GRAPH 3 – IGOs MOST OFTEN NOTIFIED BY THE ICJ PER LEGAL BASIS (1949-2022)



Source: Authors' own elaboration.

The United Nations was notified the most in 18 cases: *Bosnian Genocide*; the eight *Legality of Use of Force* cases; *Armed Activities*; *Armed Activities New Application*; *Croatian Genocide*; *Application of the ICERD* (Georgia v. Russia); *Application of the ICERD* (Qatar v. United Arab Emirates); *Nuclear Disarmament*; *Immunities and Criminal Proceedings*; *Financing of Terrorism*; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

The Organization of American States was notified second most often in nine cases: *Border and Transborder*; *Territorial and Maritime Dispute*; *Territorial and Maritime Dispute*; *Navigational and Related Rights*; *Certain Activities*; *Maritime Dispute*; *Obligation to Negotiate*; *Continental Shelf*; and *Alleged Violations*.

The International Civil Aviation Organization was notified third most often in eight cases: *ICAO Council*; *Aerial Incident of 3 July 1988*; the two *Lockerbie* cases; *Armed Activities*; *Armed*

Activities New Application; Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation; and Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation.

Next, the European Union was notified fourth most often in four cases: *Immunities and Criminal Proceedings*; *Maritime Delimitation*; and in both proceedings of the joined cases, *Maritime Delimitation and Land Boundary*. More recently, the EU has submitted information under Article 34(2) in *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*; the Court's assessment of the attempted participation is still pending.

Finally, the following organizations each received one ICJ notification: the African Union Commission (*Armed Activities*); the World Health Organization (*Armed Activities New Application*); UNESCO (*Armed Activities New Application*); the European Community, before absorption by the EU in 2009 (*Maritime Delimitation*); the International Whaling Commission (*Whaling in the Antarctic*) and the Permanent Commission for the South Pacific (*Maritime Dispute*).

iii. THE SOLE SUBMISSION BY AN IGO: THE AERIAL INCIDENT OF 1988 CASE

Empirical data confirms that IGOs appear as the type of actor that has received the highest amount of notifications in ICJ contentious cases. Despite the Court's effort to notify IGOs potentially interested to submit information, only one notification has been positively answered. In the case concerning the *Aerial Incident of 3 July 1988*, the ICJ invited the ICAO to furnish information regarding its Council's proceedings. The dispute between Iran and the US concerned the destruction of an Iranian Airbus A-300B by the USS Vincennes, a US guided-missile cruiser that operated in the Persian Gulf. The incident of 3 July 1988 caused the death of 290 Airbus passengers and crew.

Iran had previously referred the matter to the ICAO Council, a United Nations' specialized agency in charge of the administration and governance of the Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention) and the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (Montreal Convention). However, Iran instituted proceedings before the ICJ by an Application of 17 May 1989 contending that 'the ICAO Council decision was erroneous'.

By a letter, dated 22 May 1989, the ICJ Deputy-Registrar notified the ICAO under Article 34(3) of the Statute of the proceedings and informed Iran that the Montreal and Chicago Conventions were an issue. Another letter, dated 14 March 1991, showed that the Registrar invited the ICAO to indicate whether it wished to submit written observations under Article 69(3) of the Rules.

Iran argued that the submission of ICAO observations 'would be superfluous', since the Court already had a full contemporary record of the Council's proceedings and that it would be inappropriate for the ICAO Council to submit substantive comments on an issue 'under appeal' over which it had rendered a decision.

Conversely, the US stated that the ICAO Council did not act under Article 84 as a quasi-judicial body sitting to decide a disagreement between two parties over the interpretation or application of the Convention but that it had rather been acting ‘under its general authority deriving from Articles 54 and 55 of the Convention’. For this reason, the US contended that the ICJ had no jurisdiction to consider the *Aerial Incident* case as an appeal since the Chicago Convention does not permit decisions taken under Articles 54 and 55 to be appealed to the ICJ.

Nevertheless, after the ICJ Registrar fixed the respective time limit, the ICAO Secretary-General presented its observations. It considered that the Chicago Convention had vested the ICAO Council with the functions of settling disputes related to the Convention and its Annexes, whilst Chapter XVIII of the Convention (Disputes and Defaults), including Article 84, is related to the settlement of disagreements arising out of the interpretation or application of the Convention. However, the ICAO Secretary-General stated that since the Iranian request did not make any reference to Article 84, it was considered under other provisions of the Chicago Convention, in particular Articles 54 and 55. Therefore, the ICAO Secretary-General confirmed the US argument, according to which decisions and recommendations of the Council taken under other provisions may not be referred to the ICJ.

On 22 February 1996, the parties to the dispute jointly notified the ICJ that their governments had entered into an agreement and agreed to the discontinuance of the case.

iv. MISSED OPPORTUNITIES TO OPEN CONTENTIOUS PROCEEDINGS TO IGOs

There are several cases in which the ICJ could have made use of Article 34(3) to address notifications to IGOs for the submission of observations but failed to do so, coupled with situations in which IGOs could have been more active in submitting information to the Court.

The first case that brought the attention of the ICAO Council to the ICJ was the *Aerial Incident of 27 July 1955*. In the third session of the Council in 1958, the organization’s Secretary-General noted the relevance of the case concerning the legal aspects of civil aircraft safety flying nearby international frontiers and being unintentionally able to cross them. The Council agreed to supply information when requested, but no ICJ notification was issued (DUPUY and HOSS, 2019, para. 10).

In the *South West Africa* cases, the Director-General of the International Labour Office of the International Labour Organization (ILO) informed the ICJ Registrar that he would be at the disposal of the Court to submit information regarding the ILO, under the resolution of the ILO Administrative Council. The Registrar took notice and transmitted the letter to the President, but the Court did not request information nor did the ILO present it on its own initiative (DUPUY and HOSS, 2019, para. 10).

In *Corfu Channel* and *U.S. Nationals in Morocco*, although no notification under Article 34 was issued to international organizations, the disputes could have permitted such participation. Moreover, notifications for submission of observations might have been expected,

although they were not issued, in the following cases (DUPUY and HOSS, 2019, para. 17): *East Timor*; *Fisheries Jurisdiction*; *Breard*, *LaGrand*, and *Avena*; *Gab ikovo-Nagymaros*; *the Aerial Incident of 10 August 1999*; *Pulp Mills*; and all 10 *Legality of Use of Force* cases.

Despite the amount of Court notifications to IGOs (42 notifications in settled cases and four in pending cases), the real impact the organizations had on the proceedings has been almost non-existent. Even in the aforementioned *Aerial Incident of 3 July 1988*, the observations received from the ICAO did not impact the Court's final decision since the case was discontinued. In addition, the two most notified organizations under Article 34(3) (the UN and the OAS) have not submitted observations in any proceeding.

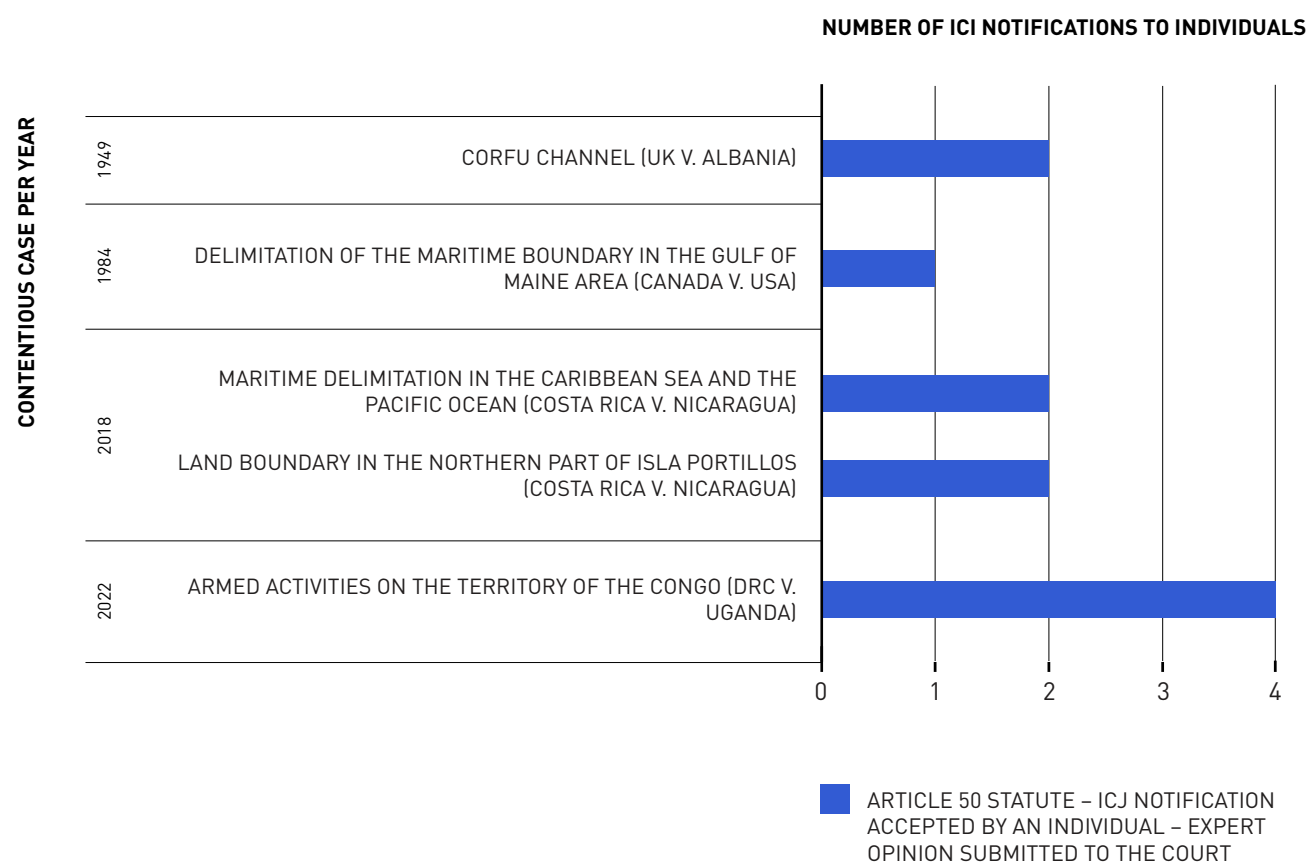
This data demonstrates primarily that the Court has rarely used the instruments at its disposal to broaden the proceedings in the interests of the international community. Secondly, the lack of interest from IGOs to submit observations is also evident. Several occasions represented possibilities for IGOs to submit relevant observations, but the Court and the relevant actors remained silent.

b. ARTICLE 50 OF THE STATUTE

Article 34 of the ICJ Statute was intentionally drafted by the Committee of Jurists to exclude individuals from appearing before the ICJ. This is because, to the Committee, 'individuals are not subjects of international law' and 'have no *locus standi* before international tribunals' (LAUTERPACHT, 2002, p. 109). Therefore, in principle, individuals have no voice before the Court. Their only possibility to have their rights vindicated before the Court rests in the hands of their States of nationality when exercising diplomatic protection.

However, it is frequently affirmed that Article 50 of the ICJ Statute could provide a potential avenue for the Court to invite individuals or IGOs to participate as *amicus curiae* in contentious cases. Pursuant to it, the Court may invite individuals, bodies, bureaus, commissions, or other organizations to carry out an inquiry or to give an expert opinion. This provision, supplemented by Article 67 of the Rules, allows individuals or IGOs to be heard in their limited capacity as experts. Yet, no IGOs have been invited to submit an inquiry or to give an expert opinion under Article 50. The Court only applied this legal basis for requesting expert opinions from individuals (see Graph 4).

GRAPH 4 — NUMBER OF ICJ NOTIFICATIONS TO INDIVIDUALS IN CONTENTIOUS CASES (1949-2022)



Source: Authors’ own elaboration.

The Court’s scant practice does not indicate an intention to interpret expansively the scope of an individual’s capacity under Article 50 to include the possibility to present *amicus curiae* (BARTHOLOMEUSZ, 2005, p. 216-217). In practice, individuals solicited by the Court acted exclusively in the capacity of experts.

Indeed, in *Corfu Channel*, two experts were appointed: Mr. J. B. Berck, Rear-Admiral of the Royal Netherlands Navy, and Mr. G. de Rooy, Director of Naval Construction from the Royal Netherlands Navy. At the public hearings, the Court entrusted questions of a technical nature regarding the investigation to experts.

In the *Gulf of Maine*, Canada and the USA signed a Special Agreement to bring a dispute before a Chamber of the Court concerning the delimitation of the maritime boundary of the Gulf of Maine area dividing the continental shelf and fisheries zones within it. As provided for in the Special Agreement between the Parties, the Chamber appointed former Commander Beazley of the British Royal Navy and member of the British delegation to the third UN Conference on the Law of the Sea as an expert to assist it in technical matters (TORRES BERNÁRDEZ and MBENGUE, 2019, para. 71; PEAT, 2014, p. 9).

In the joined *Maritime Delimitation* and *Land Boundary* cases, two independent experts, Mr. Eric Fouache and Mr. Francisco Gutiérrez, were requested, along with the European

Union, to produce a report concerning the dispute between Costa Rica and Nicaragua over determining the course of a single boundary between the maritime areas appertaining to both countries in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean and also over the precise definition of the boundary in the area of Los Portillos and Harbor Head Lagoon.

Finally, in *Armed Activities*, the Court appointed four experts to assist in the determination of the amount of reparation: Ms. Debarati Guha-Sapir, Mr. Michael Nest, Mr. Geoffrey Senogles, and Mr. Henrik Urdal.

If scholars suggest that the Court should ‘take advantage of its existing powers to permit an individual directly concerned to give to the Court his or her own version of the facts and construction of the law’ (ROSENNE, 1967, p. 244), this empirical research confirms that no further participation of individuals was sought in other proceedings. However, existing mechanisms could enable the Court to accept some form of participation by individuals, although, to date, Article 50 of the Statute has only been used to pursue technical evidence.

2. INFORMAL AVENUES FOR STATE AND NON-STATE ACTORS’ PARTICIPATION

The insufficiency of statutory avenues for amici curiae participation before the Court has given way to informal avenues of participation by the international community in bilateral disputes that concern community interests. Notably, individuals may have their interests involved whenever States exercise diplomatic protection (a). Similarly, NSA briefs concerning a specific dispute may be introduced as part of the disputing States’ submissions (b). Finally, other forms of participation include that of other actors furnishing information relevant to institution proceedings or case judgments (c).

a. THE USE OF THE INSTITUTE OF DIPLOMATIC PROTECTION

Some cases might demonstrate an ancillary influence of individuals in proceedings, notably whenever national companies have their interests protected by the State via diplomatic protection.

In *ELSI*, Mr. Bisconti, an attorney from Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) was a member of the USA delegation. The dispute originated from the requisition by Italy of the plant and related assets of the Italian electronic components company, which was allegedly owned by two American corporations. During the oral hearings, Mr. Bisconti waived attorney/client privilege to his clients from ELSI. The President of the Court at that time, Judge Ruda, considered his participation as a witness and submitted him to cross-examination since part of his statements presented evidence from his personal experience as a lawyer for the firm.

In *Anglo-Iranian Oil Co.*, the UK instituted proceedings against Iran ‘on behalf of’ the British company Anglo-Iranian Oil Company. The dispute concerned Iranian laws for nationalization of the oil industry that altered the oil concession agreement between Iran and the

company. However, the latter had no opportunity to submit its views nor provide an attorney for the UK delegation.

In *Oil Platforms*, Iran instituted proceedings concerning the destruction by US Navy warships of three oil platforms from the National Iranian Oil Company, a State-owned company. The plaintiff alleged a fundamental breach of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the two States. During the proceedings, the attorney Dr. M. A. Movahed, Senior Legal Adviser of the State-owned company whose products were destroyed, acted as a member of the Iranian delegation. However, as indicated by Rosenne, the whole discussion occurred between the British and Iranian governments without conferring any opportunity for the company to submit its views in the proceedings. In this case, no doubt remains that direct representation by the affected individuals would not only stimulate public interest but also enhance confidence in the work of the Court (ROSENNE, 1997, p. 654-655, fn. 91; RAZZAQUE, 2002, p. 175; BARTHOLOMEUSZ, 2005, fn. 36).

In *Diallo*, Guinea instituted proceedings against the Democratic Republic of the Congo (DRC) in defense of Mr. Ahmadou Sadio Diallo, a businessman of Guinean nationality who had allegedly been subjected to imprisonment and despoilment of his sizable assets, and then expelled from the DRC at a time when Mr. Diallo was seeking the payment of debts owed to his businesses (the companies Africom-Zaire and Africontainers-Zaire) by the DRC government and by oil companies established in its territory and of which the State was a shareholder. The Court admitted Guinea's application 'in so far as it concerns the protection of Mr. Diallo's rights as an individual and his direct rights as *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire', although denying admissibility of the claim concerning the alleged violations of the rights of both companies; it was recognized that the DRC had violated several human rights treaties and it was settled that the DRC owed a total sum of US\$ 95,000 to Guinea.

b. BRIEFS INTRODUCED AS PART OF DISPUTING STATES' SUBMISSIONS

Notably, States may be a useful vehicle to indirectly transmit information originally provided by other actors, such as NGOs, IGOs, and individuals. *Amicus curiae* briefs may therefore be introduced as a part of States' submissions.

This occurred in *Gab ikovo-Nagymaros*, in which NSAs indirectly submitted briefs as part of the disputing parties' submissions, particularly in the 'scientific reports' referred to in the annexes of the Memorials. The reports were specifically prepared by organizations and individuals endowed with relevant competence related to the dispute at hand, i.e., over the construction and operation of the *Gab ikovo-Nagymaros* barrage system and the construction and operation of the project's 'provisional solution'.

The *Gab ikovo-Nagymaros* case represents only one example of the indirect participation of NSAs before the ICJ since empirical research is not able to map all situations in which there

were attempts of indirect participation via States' submissions. Therefore, States' submissions could also be a vehicle to ensure the participation of other actors that remain deprived of formal and direct access to the ICJ, such as NGOs and individuals.

c. RELEVANT INFORMATION TO THE INSTITUTION OF PROCEEDINGS OR THE JUDGMENT OF THE CASE

Other means of informal participation include that of other actors playing an important role in the proceedings or judgment of the case by furnishing information relevant to the parties.

In *Obligation to Prosecute or Extradite*, the Human Rights Watch (HRW) was said to have influenced Belgium's initiative to file an application before the ICJ (DUPUY and HOSS, 2019, para. 4). In *Gambia v. Myanmar*, Gambia's application concerned alleged violations of the Genocide Convention and was said to be supported by documents and statements provided by the Organization of Islamic Cooperation (OIC) (HRW, 2019, p. 1). Both cases concerned alleged violations of conventions that establish *erga omnes partes* obligations (namely, the Convention against Torture and the Convention against Genocide).

Furthermore, information provided by other means and by other actors was also taken into account by the Court in *Military and Paramilitary Activities*. Both Nicaragua and the USA submitted to the Court a large number of documentary materials of various kinds from several sources. The material included press articles' reports; book extracts; and statements by States' representatives: some appearing in the official records of States' official organs and international or regional organizations, others reported by the press in interviews or press conferences. The Court did not consider them as evidence but rather as auxiliary material, *i.e.* information for corroborating the existence of a fact, and they were admitted as being in the public domain.

This was not the first occasion the ICJ admitted information in the public domain. In *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, the Court referred to facts considered as matters of public knowledge, which had received extensive and international coverage by press, radio, and television.

4. CHALLENGES AND ALTERNATIVES FOR EXPANDING PARTICIPATION IN ICJ CONTENTIOUS CASES

In contrast to the ICJ's scant practice on Article 34(2), Article 34(3) has been referred to by the Court to issue most IGOs' notifications to submit observations. However, even after notification by the Court, IGOs have rarely taken the opportunity to provide the Court with their observations. Efforts from the ICJ to notify every relevant actor to submit written statements could also demonstrate, on the one hand, the Court's openness to *amicus curiae* participation; and, on the other hand, the organizations' unwillingness to present observations. It is noteworthy to mention that no NGOs were notified under Article 34(3).

The empirical research confirms the doctrinal hypothesis, according to which ‘art 34 is unlikely to be a means for NGOs to have access to the ICJ in contentious cases’ (BARTHOLOMEUSZ, 2005, p. 216). In this sense, Article 34 seems to be outdated and certainly disconnected from the contemporary developments characterizing the international community nowadays. The participation of members of the international community in the law-making process and in monitoring ‘has become one of the basic features of modern international relations’ (DUPUY and HOSS, 2019, para. 5). Whatever the case may be, international organizations could make active use of Article 34, thereby motivating an expanded interpretation of this provision by the Court.

Arguably, NGOs and individuals would be more likely to have access to the ICJ by using Article 50 of the ICJ Statute and NSAs would be able to contribute information indirectly as expert witnesses. In practice, Article 50 provided the legal basis for four expert opinions submitted by nine individuals. Scholars suggest that Article 50 provides a potential avenue for the Court to invite NSAs to participate as *amicus curiae* in contentious cases (BARTHOLOMEUSZ, 2005, p. 214; PALCHETTI, 2002, p. 170), although neither the Court nor NSAs have explored the potential of this provision (BARTHOLOMEUSZ, 2005, p. 215). During the debates surrounding the 1926 Revision of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) Rules of Procedure, Judge Anzilotti suggested that these experts could not only be individuals but also private organizations (PCIJ, 1926, p. 224-5). However, in practice, the ICJ has been reluctant to appoint representatives of NGOs as experts and has instead limited itself to designated individuals.

The analysis of ICJ’s contentious practice cannot be restricted to situations in which observations were effectively submitted to the Court. Other forms of informal participation include that of State and non-State actors playing an important role in the institution of proceedings by furnishing information relevant to the parties, as happened in *Obligation to Prosecute or Extradite* and in *Gambia v. Myanmar*. Also, information provided by other means and by other actors might be taken into account by the Court, such as in the *Military and Paramilitary*. In *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, the Court referred to facts considered as matters of public knowledge, which had received extensive and international coverage by the press, radio, and television. Therefore, States’ submissions could also be a vehicle to ensure the participation of other actors that remain deprived of direct access to the ICJ, such as NGOs and individuals.

In any event, a revision of the Rules or Practice Directions would also be useful to allow for greater participation by State and non-State actors, including non-governmental organizations or corporations, as proposed by Phillipe Sands, Alina Miron, Hélène Ruiz-Fabri, and Judge Tomka (CRAWFORD and KEENE, 2016, p. 229). The participation of those directly affected as *amicus curiae* would contribute to the proper administration of international justice (ROSENNE, 1967, p. 250).

CONCLUSION

Over the last decades, intergovernmental organizations have increased their involvement in the process of international law-making. Recent changes also include the participation of new actors and a more influential role of judicial bodies attached to IGOs. This analysis addressed the potential and limits of the participation of a variety of NSAs in contentious proceedings before the ICJ. The empirical research aimed to assess all cases in which the Court issued notifications to NSAs, as well as attempts and other forms of participation, the specific actors involved, and, ultimately, their potential contribution to judicial law-making.

As discussed, the ICJ Statute and the Rules of Court contain no provision on *amicus curiae* participation in contentious cases. However, the lack of an express mention of *amici curiae* briefs does not indicate that this practice would be proscribed by the Court. By applying an empirical research methodology for mapping the ICJ practice concerning *amicus curiae* submissions and other forms of submitting relevant information to the Court – including the legal basis according to which each notification request was issued by the ICJ, the analysis demonstrated that IGOs stand out as the most active actors in so far as notifications from the ICJ are concerned. Despite the Court's effort to notify IGOs potentially interested to submit information, only one notification was positively answered.

The participation of members of the international civil society in the judicial law-making process has become one of the basic features of international law. There is no doubt that ICJ procedural law remains outdated and disconnected from the contemporary developments characterizing the international community nowadays. Broadening the possibilities for *amicus curiae* submissions would imply recognition of the plurilateral nature of international disputes. This would require not only the expansion of the active legitimacy for submitting *amicus curiae* briefs but also the enlargement of its scope, notably when community interests are at stake. If the goal is to 'introduce public interest considerations' then 'friends of the Court' could also contribute to upholding rules aimed at protecting the fundamental values of the international community and, ultimately, to strengthening the democratic legitimation of judicial decisions.

ACKNOWLEDGMENTS

The empirical data discussed in this paper is part of a larger project entitled 'Expanding Access to International Justice: An Empirical Analysis of the Participation of State and Non-State Actors in the International Court of Justice', developed in the auspices of the Centre for Global Law and of the Jean Monnet Centre of Excellence directed by

professor Paula Wojcikiewicz Almeida at Getulio Vargas Foundation Law School in Rio de Janeiro. The project has been conducted, since 2019, by professor Wojcikiewicz Almeida and by the researcher from the FGV Centres Giulia Tavares Romay.

REFERENCES

ASCENSIO, Hervé. L'Amicus curiae devant les Juridictions Internationales. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 105, p. 897-930, 2001.

BARTHOLOMEUSZ, Lance. The amicus curiae before International Courts and Tribunals. *Non-State Actors and International Law*, v. 5, n. 3, p. 209-286, 2005.

BENZING, Markus. Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 5, n. 3, p. 369-408, 2006.

BERNHARDT, Rudolf. Judicial and Arbitral Settlement of International Disputes Involving more than two States. *Institute of International Law Yearbook*, v. 68, n. 1, p. 57-250, 1999.

BOGDANDY Armin von; VENZKE, Ingo. *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BOGDANDY Armin von; VENZKE, Ingo. On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking. *German Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 1341-1370, 2011.

BRABANDERE, Eric De. NGOs and the "Public Interest": The Legality and Rationale of *Amicus curiae* Interventions in International Economic and Investment Disputes. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 12, n. 1, p. 85-113, 2011.

CAFAGGI, Fabrizio; CARON, David D. Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: A Symposium. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, 2012.

CRAWFORD, James; KEENE, Amelia. Editorial. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 7, n. 2, p. 225-230, 2016.

d'ASPREMONT, Jean. Non-state Actors in International Law: Oscillating Between Concepts and Dynamics. In: d'ASPREMONT, Jean (ed.). *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*. London: Routledge, 2011.

DUPUY, Pierre-Marie; HOSS, Cristina. Art 34. In: ZIMMERMANN, Andreas; TAMS, Christian J.; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian (eds.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

FEICHTNER, Isabel. Community Interest. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007.

FORLATI, Serena. *The International Court of Justice: An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?* Berlin: Springer, 2014.

GAJA, Giorgio. A New Way for Submitting Observations on the Construction of Multilateral Treaties to the International Court of Justice. In: FASTENRATH, Ulrich *et al.* (eds.). *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. International Common Law: The Soft Law of International Tribunals. *Chicago Journal of International Law*, v. 9, n. 2, Article 7, 2008.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). Questions and Answers on Gambia's Genocide Case against Myanmar before the International Court of Justice. *Human Rights Watch*, Dec. 5, 2019. Available at: [hrw.org/news/2019/12/05/questions-and-answers-gambias-genocide-case-against-myanmar-international-court#_Why_has_Gambia](https://www.hrw.org/news/2019/12/05/questions-and-answers-gambias-genocide-case-against-myanmar-international-court#_Why_has_Gambia). Accessed on: Feb. 6, 2020.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). *Report on 'Non State Actors'*. Fourth and Final Report of the Committee on Non-State Actors. Johannesburg Conference, 2016. p. 1-26.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). *Report on 'Non State Actors'*. Second Report of the Committee on Non-State Actors in International Law: Lawmaking and Participation Rights. Sofia Conference, 2012. p. 1-28.

LAUTERPACHT, Hersch. The Revision of the Statute of the International Court of Justice: With an Introduction by Sir Elihu Lauterpacht. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 1, p. 55-128, 2002.

MURPHY, Sean D. Amplifying the World Court's Jurisdiction through Counter-Claims and Third-Party Intervention. *The George Washington Journal of International Law and Economics*, v. 33, n. 1, p. 21-25, 2000.

NOLLKAEMPER, André. International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 769-791, 2012.

PALCHETTI, Paolo. Opening the International Court of Justice to Third States – Intervention and Beyond. In: FROWEIN, Jochen A.; WOLFRUM, Rüdiger (eds.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 6. Kluwer Law International, 2002. p. 139-181.

PAPASTAVRIDIS, Efthymios. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 1986. In: ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; SOREL, Jean-Marc (eds.). *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law*. Abingdon (UK): Routledge, 2016.

PEAT, Daniel. The Use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 60/2014. *British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1, p. 271-303, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2495450>.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ). Acts and Documents Concerning the Organization of the Court, Series D. Addendum to No 2 Revision of the Rules of Court. *Detailed Minutes of the Meetings of the Court Concerning the Revision of the Rules of Court*, 1926.

RAZZAQUE, Jona. Changing Role of Friends of the Court in the International Courts and Tribunals. *Non-State Actors and International Law*, v. 1, p. 169-200, 2002.

RONEN, Yaël; NAGGAN, Yael. Ch 37 Third Parties. In: ROMANO, Cesare P. R.; ALTER, Karen; SHANY, Yuval (eds.). *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ROSENNE, Shabtai. Reflections on the Position of the Individual in Inter State Litigation in the International Court of Justice. In: SANDERS, Pieter (ed.). *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1967.

ROSENNE, Shabtai. *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*. 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff, 1997. v. II.

SANDS, Philippe; MACKENZIE, Ruth. International Courts and Tribunals, Amicus curiae. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SHELTON, Dinah. The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings. *The American Journal of International Law*, Cambridge, v. 88, n. 4, p. 611-642, 1994.

SIMMA, Bruno. From Bilateralism to Community Interest in International Law. *In: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Volume 250. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994. p. 217-384.

TORRES BERNÁRDEZ, Santiago; MBENGUE, Makane Moïse. Art 48. *In: ZIMMERMANN, Andreas; TAMS, Christian J.; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian (eds.). The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

ULFSTEIN, Geir. International Courts and Judges: Independence, Interaction and Legitimacy. *NYU Journal of International Law and Politics*, New York, v. 46, n. 3, 2014.

WAGNER, Markus. Non-State Actors. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2013.

WOLFRUM, Rüdiger. Enforcing Community Interests through International Dispute Settlement: Reality or Utopia? *In: FASTENRATH, Ulrich et al. (eds.). From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Jurisprudence

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 127, 1959.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Aerial Incident of 3 July 1988 (Iran v. United States). Order of 22 February. *ICJ Reports*: p. 9, 1996.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India). Judgment. *ICJ Reports*: p. 12, 2000.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Judgment: Compensation. *ICJ Reports*: p. 324, 2012.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Judgment: Merits. *ICJ Reports*: p. 639, 2010.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 582, 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation). *Order of 16 March 2022*: Provisional Measures. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: Sep. 9th, 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 3, 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 93, 1952.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan). Judgment. *ICJ Reports*: p. 46, 1972.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates v. Qatar). Judgment. *ICJ Reports*: p. 81, 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article II, Section 2, of the 1944 International Air Services Transit Agreement (Bahrain, Egypt and United Arab Emirates v. Qatar). Judgment. *ICJ Reports*: p. 172, 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 595, 1996.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment. *ICJ Reports*: p. 43, 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 412, 2008.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia v. Myanmar). Order: Provisional Measures. *ICJ Reports*: p. 3, 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russia). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 558, 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russia). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 70, 2011.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgment: Compensation. *ICJ Reports*: 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgment: Merits. *ICJ Reports*: p. 168, 2005.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Order: Appointment of Experts. *ICJ Reports*: p. 295, 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). Judgment: Jurisdiction and Admissibility. *ICJ Reports*: p. 6, 2006.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum (Colombia v. Peru). Judgment of November 20th. *ICJ Reports*: p. 266, 1950.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States). Judgment: Merits. *ICJ Reports*: p. 12, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras). Judgment: Jurisdiction and Admissibility. *ICJ Reports*: p. 69, 1988.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua). Order: Provisional Measures. *ICJ Reports*: p. 6, 2011.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Continental Shelf (Tunisia v. Libya). Judgment: Application for Intervention. *ICJ Reports*: p. 3, 1981.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Corfu Channel (United Kingdom v. Albania). Judgment: Assessment of Compensation. *ICJ Reports*: p. 244, 1949.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Corfu Channel (United Kingdom v. Albania). Order of 19 November. *ICJ Reports*: p. 238, 1949.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. USA). Judgment: Merits. *ICJ Reports*: p. 246, 1984.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. USA). Order of 30 March. *ICJ Reports*: p. 165, 1984.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua). Judgment. *ICJ Reports*: p. 213, 2009.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. East Timor (Portugal v. Australia). Judgment. *ICJ Reports*: p. 90, 1995.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy). Judgment. *ICJ Reports*: p. 15, 1989.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy). Oral Arguments; Correspondence. *ICJ Pleadings*, v. III, 1987, p. 3.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada). Judgment. *ICJ Reports*: p. 432, 1998.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Gab íkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia). Judgment: Merits. *ICJ Reports*: p. 7, 1997.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 292, 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. LaGrand (Germany v. United States). Order: Provisional Measures. *ICJ Reports*: p. 9, 1999.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 279, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada) Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 429, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. France). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 575, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 720, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Italy). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 865, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 1011, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 1160, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. United Kingdom). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 1307, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain). Order: Provisional Measures. *ICJ Reports*: p. 761, 1999.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States). Order: Provisional Measures. *ICJ Reports*: p. 916, 1999.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine). Judgment. *ICJ Reports*: p. 61, 2009.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua). Judgment. *ICJ Reports*, p. 139, 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua). Order of 31 May. *ICJ Reports*: p. 237, 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 3, 2017.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Maritime Dispute (Peru v. Chile). Judgment. *ICJ Reports*: p. 3, 2014.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States). Judgment: Merits. *ICJ Reports*: p. 14, 1986.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). Judgment. *ICJ Reports*: p. 14, 2010.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 833, 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 592, 2015.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Oil Platforms (Iran v. United States). Judgment: Preliminary Objection. *ICJ Reports*: p. 803, 1996.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United Kingdom). Preliminary Objections, Judgment. *ICJ Reports*: p. 9, 1998.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United States). Preliminary Objections, Judgment. *ICJ Reports*: p. 115, 1998.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 100, 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Judgment. *ICJ Reports*: p. 422, 2012.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United State). Judgment. *ICJ Reports*: p. 176, 1952.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. South West Africa (Ethiopia v. South Africa) (Liberia v. South Africa). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 319, 1962.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). Judgment: Preliminary Objections. *ICJ Reports*: p. 832, 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras). Judgment. *ICJ Reports*: p. 659, 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran). Judgment. *ICJ Reports*: p. 3, 1980.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States). Order of 9 April. *ICJ Reports*: p. 266, 1998.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening). Judgment: Merits. *ICJ Reports*: p. 226, 2014.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; ROMAY, Giulia Tavares. Opening the World Court to State and Non-State Actors in Contentious Cases: Reality or Utopia? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2333, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202333>

Paula Wojcikiewicz Almeida

PROFESSOR OF INTERNATIONAL LAW AND EU LAW, GETULIO VARGAS FOUNDATION LAW SCHOOL IN RIO DE JANEIRO. DIRECTOR OF THE FGV CENTRE FOR GLOBAL LAW. COORDINATOR OF THE FGV JEAN MONNET CENTRE OF EXCELLENCE, SPONSORED BY THE EUROPEAN COMMISSION. DOCTORATE WITH HONORS *SUMMA CUM LAUDE* IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW, UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE.

paula.almeida@fgv.br

Giulia Tavares Romay

RESEARCHER OF THE CENTRE FOR GLOBAL LAW AND OF THE JEAN MONNET CENTRE OF EXCELLENCE, GETULIO VARGAS FOUNDATION LAW SCHOOL IN RIO DE JANEIRO. MASTER DEGREE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, UNIVERSITY OF BUENOS AIRES (2021-).

giulia.romay@fgv.br

Construindo o foragido: usos e sentidos da fuga no discurso judicial

CONSTRUCTING THE FUGITIVE: USES AND MEANINGS OF ESCAPE IN JUDICIAL SPEECH

Daniel Fonseca Fernandes¹

Resumo

Este artigo tem o objetivo de investigar quais os limites para o reconhecimento da condição de foragido no discurso judicial e as suas consequências na decretação, na manutenção ou na revogação da prisão preventiva. O artigo utiliza duas principais estratégias para responder ao problema proposto. A primeira consiste na elaboração de uma revisão de literatura sobre fuga e prisão processual, mapeando os contornos e as ausências sobre esse tema na literatura científica. Nota-se a ausência de um tratamento concreto a respeito dos significados e limites para o reconhecimento da fuga no processo penal. A segunda estratégia consiste em uma análise empírica de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferidas entre 2020 e 2021. Como resultados da pesquisa, pode-se afirmar que o STJ tem posições que ora limitam o sentido da fuga, como a distinção entre não localização e fuga, ora relativizam suas consequências, a exemplo das *fugas distantes no tempo*, ora reafirmam o sentido da fuga como justificativa para imposição de prisões processuais, como o caso de permanência da fuga no momento da decisão. Nesse sentido, o artigo contribui para a compreensão dos sentidos que o Poder Judiciário atribui à categoria da fuga ao longo do processo penal.

Palavras-chave

Processo penal; fuga; prisão; medidas cautelares; discurso judicial.

Abstract

This work aims to investigate the limits for the recognition of the condition of fugitive in the judicial discourse and its consequences in the decree, maintenance or revocation of preventive detention. The article uses two main strategies to answer the proposed problem. The first consists in the elaboration of a literature review on escape and procedural arrest, mapping the contours and absences on this topic in the scientific literature. It is noted the absence of a concrete treatment regarding the meanings and limits for the recognition of the scape in the criminal process. The second strategy consists of an empirical analysis of decisions of the Superior Court of Justice (STJ), issued between 2020 and 2021. As a result of the research, it can be said that the STJ has positions that sometimes limit the sense of escape, such as the distinction between non-location and escape, sometimes relativize their consequences, like the escapes distant in time, and sometimes reaffirm the meaning of the escape as a justification for the imposition of procedural arrests, as in the case of permanence of the escape at the time of the decision. In this sense, the article contributes to the understanding of the meanings that the Judiciary attributes to the category of escape throughout the criminal process.

Keywords

Criminal proceedings; escape; prison; precautionary measures; judicial speech.

INTRODUÇÃO

Em 9 de julho de 2020, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de uma decisão monocrática do ministro que ocupava a presidência do tribunal, acatou em parte o pedido de liberdade de Fabrício Queiroz e determinou a conversão de sua prisão preventiva em prisão domiciliar.¹ A decisão teve como fundamento o cenário da pandemia de covid-19 e o quadro de saúde de Queiroz. Documentos comprovavam que ele tinha passado por tratamento de um câncer no ano anterior, com necessidade de acompanhamento e monitoramento por cinco anos.

Essa decisão causou grande surpresa, para além da excepcionalidade na concessão de liminares em *habeas corpus* (HC). Diversas análises indicaram que a presidência do STJ havia negado a grande maioria dos pedidos de liberdade feitos em razão da covid-19 (D'AGOSTINO, 2020), seguindo uma tendência do Poder Judiciário brasileiro, em diferentes esferas, de não conceder pedidos de liberdade em razão da pandemia, minimizando os riscos à vida das pessoas presas e supervalorizando as medidas sanitárias adotadas nas unidades prisionais brasileiras e os supostos riscos à sociedade (GRUPO CLANDESTINO DE ESTUDOS EM CONTROLE, CIDADES E PRISÕES, 2021; VALENÇA e FREITAS, 2020).

No entanto, o ponto mais surpreendente nesse caso foi a extensão da decisão para Márcia, sob o argumento de que era “inconteste sua condição de companheira” de Fabrício Queiroz. A extensão da prisão domiciliar no argumento apresentado pelo ministro tinha duas finalidades: prevenir maior exposição aos riscos de contaminação pelo novo coronavírus (mesmo sem nenhuma prova nos autos sobre suas “condições de saúde”) e possibilitar a “devida atenção e cuidados à saúde” de seu marido (BRASIL, 2020a).

A decisão parecia operar o inverso de determinado mecanismo gendrado de “criminalização por coabitação” (OLIVEIRA, 2019, p. 88), marcadamente utilizado para criminalizar mulheres negras, pobres e periféricas, forçando vínculos e agravando condenações por crimes relacionados ao tráfico de drogas. Na decisão do STJ, também atravessada por uma lógica patriarcal, sustentada em estereótipos calcados em papéis de cuidado, o discurso foi construído para estabelecer a prisão domiciliar de Márcia.

Para além dessas questões importantes, um aspecto específico chamou minha atenção nesse caso e serviu como motivação para a presente pesquisa. À época de sua prisão, havia forte clamor popular que questionava o “sumiço” de Fabrício Queiroz, com a pergunta “cadê Queiroz?” ecoando por muitos meses nas redes sociais, nos portais de notícia e nas manifestações públicas (ALVES, 2021; LEITÃO, 2020; HERBELHA, 2020). A cena televisionada de sua prisão, em 18 de junho de 2020, e as mensagens interceptadas pareciam indicar a

...

¹ Decisão referente ao HC n. 594.360/RJ, proferida em 9 de julho de 2020 pelo ministro João Otávio de Noronha (BRASIL, 2020a).

intenção de se ocultar. A decisão que determinou a prisão de Fabrício Queiroz e Márcia considerou que eles estavam “escondidos” e que haviam cogitado fugir, além de terem apresentado endereço falso.

Uma questão se apresentava a partir da análise do caso: Fabrício Queiroz e Márcia poderiam ser considerados foragidos? Apesar de afirmarem que estavam escondidos, parece que as decisões judiciais não os trataram como foragidos, ao menos até a determinação da prisão, mas consideraram um potencial risco de fuga. O cumprimento do mandado contra Queiroz aconteceu apenas dois dias após a decisão ter sido proferida pelo juiz de primeiro grau. Márcia não foi encontrada, tendo reaparecido apenas no dia seguinte à concessão da liminar pelo presidente do STJ, que estabeleceu a prisão domiciliar, três semanas depois do início das tentativas de cumprir o mandado de prisão contra ela (SANTOS e GOMES, 2020).

Em 13 de agosto de 2020, o ministro relator no STJ proferiu uma decisão no mesmo HC n. 594.360/RJ, revogando a liminar que havia sido concedida um mês antes pelo presidente da Corte, determinando a expedição de mandado de prisão para ambos. Entre outros argumentos, o ministro relator considerou que havia uma “complexa rotina de ocultação do paradeiro” de Queiroz, mas não afirmou a condição dos investigados de “foragidos” (BRASIL, 2020b).

No dia seguinte, em 14 de agosto de 2020, foi proferida uma decisão liminar no Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da medida cautelar no HC n. 189.537/RJ,² restabelecendo a prisão domiciliar de Queiroz e Márcia. Ao lado de questões relevantes sobre a fundamentação da decisão do juiz de primeiro grau e a atualidade da medida em relação aos fatos, o ministro relator do STF considerou que o estado de saúde de Queiroz, no contexto da pandemia, justificava a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. A decisão também considerou que a prisão de Márcia era desproporcional por sua “menor participação nos fatos investigados” (BRASIL, 2020c).

Nessa decisão, as alegações de fornecimento de endereço falso e ocultamento por parte de Queiroz foram consideradas em conformidade com o Direito, significando apenas uma opção de se “manter distante dos olhares da mídia e da repercussão política” (BRASIL, 2020c). Nas palavras do ministro, essa seria uma atitude reprovável, mas não antijurídica. Não houve nenhuma menção ao fato de Márcia não ter sido encontrada por semanas, na ocasião da tentativa de cumprimento do mandado de prisão.

É certo que o caso Queiroz não representa a grande quantidade de casos que mobiliza o aparato da justiça criminal e que é levada a conhecimento dos tribunais superiores. Entretanto, há características intrigantes nesse episódio, que me levaram à elaboração de questões mais amplas a respeito do tema. A partir das provocações desse caso, desenvolvo o presente artigo

...

2 Decisão referente ao HC n. 189.537/RJ, proferida em 14 de agosto de 2020 (BRASIL, 2020c).

orientado pelo seguinte problema: quais os sentidos construídos sobre a fuga e as suas relações com a decretação, a manutenção ou a revogação de prisões processuais no discurso judicial?

Para tentar responder a essa pergunta, em um primeiro momento, apresento de maneira breve as situações em que o discurso da fuga é mobilizado no discurso jurídico-penal e os seus desdobramentos. Analiso esses discursos a partir de revisão de literatura feita em portais de periódicos científicos e leitura de manuais de processo penal. Na seção 2, analiso decisões proferidas pelo STJ e busco compreender como elas articulam o sentido e os limites do reconhecimento da condição de foragido e as suas possíveis consequências no processo.

Assim, este artigo busca contribuir com uma análise assentada em dados empíricos, a partir de uma perspectiva garantista, que procura impor limites ao poder punitivo, reconhecendo a necessidade de compreender como os atores e as instituições elaboram as categorias do *foragido* e da *fuga*.

1. FORAGIDOS E FUGAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Na tentativa de mapear as produções a respeito da fuga no processo penal, utilizei três mecanismos diferentes de buscas de artigos científicos. Esse não é um caminho fácil, tendo em vista que o campo jurídico é marcado pela predominância da produção por meio de manuais e livros. Esse é um dos aspectos ainda pouco explorados da “manualização do conhecimento jurídico” (KANT DE LIMA e BAPTISTA, 2014, p. 5). Revisar a literatura sobre determinado tema, nesses moldes, pode ser uma tarefa trabalhosa e com a impressão de que há “pouco resultado”.

Nos portais Scielo e Periódicos Capes, realizei quatro diferentes buscas, com os termos “fuga AND processo”, “foragido AND processo”, “fuga AND penal” e “foragido AND penal”. Nos resultados dessas buscas, há grande número de artigos produzidos sobre fenômenos diversos, como a chamada “fuga de cérebros”, mecanismos de ordem psicológica e pesquisas de processos no campo da história.

Alguns artigos não tratavam diretamente do problema da fuga no processo penal, mas estudavam temas correlatos, por isso foram lidos e analisados, como uma maneira de delimitar melhor o objeto de estudo e ressaltar as ausências e distinções em relação a temas similares.

Os poucos textos encontrados do campo jurídico tratavam de questões importantes para pensar a fuga nos processos, como prisão em flagrante e seu controle jurídico, fundamentação e exercício do contraditório no momento da prisão preventiva.

O terceiro mecanismo de busca utilizado foi a consulta ao sistema da *Revista dos Tribunais Online*, limitando a busca ao vasto repositório da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCRIM). Nessa busca, utilizei apenas a expressão “foragido AND processo”, pois o sistema de consulta não delimita bem os resultados e toda vez que os operadores “fuga AND processo” eram introduzidos havia retorno de mais de 800 artigos, grande parte sem nenhuma relação com o tema.

Como forma de tentar adensar a amostra, posteriormente realizei uma busca no sistema da *Revista dos Tribunais Online* que envolveu todos os periódicos daquele sistema, repetindo os operadores “fuga AND foragido”.

Além disso, foram consultados alguns manuais de processo penal, especialmente nos capítulos referentes a prisões processuais e a outras medidas cautelares. Costurei as análises desses textos, lidos de maneira mais pontual, com os achados dos artigos, buscando identificar que espécie de diálogo se estabelece entre a produção dos manuais e os textos em periódicos e observar o tratamento atribuído à fuga no processo penal em caso de decretação de prisão.

1.1. SISTEMATIZANDO OS ACHADOS: DE QUE FUGA ESTAMOS FALANDO?

A figura do foragido é mobilizada de diversas formas nas imagens construídas sobre o criminoso, o sistema de justiça e as prisões. Desde as cenas de perseguição em vias públicas, transmitidas ao vivo por programas policiais, à imagem fetichizada da fuga dos muros da prisão, o *criminoso em fuga* simboliza, em certa medida, tensões que atravessam a questão criminal.

É nesse sentido que Chantraine e Martin (2018) propõem a construção de uma “sociologia da fuga”, em uma obra com contribuições de diversos autores e autoras. A fuga não é compreendida apenas como a quebra das regras da prisão, mas também é encarada como uma questão central, por meio da qual a imagem da própria prisão é produzida, organizada, justificada e transformada.

Nessa revisão de literatura, essas fugas da prisão são articuladas de maneiras diferentes em trabalhos importantes. O relato de Ferreira (2018) sobre uma rebelião seguida de uma fuga coletiva em uma ilha-prisão, em 1952, e a análise de Lancellotti (2018) a respeito da noção de *foragido* a partir da violação dos limites territoriais das tornozeleiras eletrônicas, realizada em 2017, indicam a dimensão da diversidade do tema e apresentam diferentes sentidos da fuga, reelaborados a partir da relação com as diferentes tecnologias punitivas.

Esse primeiro sentido da fuga, como retomada da liberdade a partir da ruptura dos limites físicos de uma prisão ou da violação de um perímetro imposto por dispositivo acionado em uma tornozeleira eletrônica, tem grande relevância na construção do imaginário sobre o fugitivo. A fuga de *El Chapo Guzmán* de uma prisão de segurança máxima no México, em 2015, representa bem esse tipo de acontecimento (SALVADOR, 2018). A *fuga como espetáculo* atravessa discussões importantes, que posicionam o papel da mídia na construção de fatos públicos. Nilo Batista (2003) observa como a construção do delito-notícia, por meio de processos e julgamentos dramatizados, além das margens do processo legal, cultivam um “senso comum criminológico”, que estimula a perseguição implacável e comemora a morte de *foragidos perigosos* (BATISTA, 2003).

No entanto, esta pesquisa aborda um tipo de fenômeno diferente. O que interessa saber é como a imagem do foragido é mobilizada e construída nas decisões judiciais que impõem prisões cautelares a réus e investigados. Portanto, a questão que orienta este

artigo não se refere ao cumprimento da pena, mas a prisões ocorridas ao longo de processos e investigações.

Essas prisões, que podem ser chamadas, de maneira geral, de *prisões sem condenação*, são um recurso punitivo comum na história dos sistemas penais latino-americanos (CARRANZA, 2012). O uso amplo e a falta de limites na duração dessas prisões permitem afirmar que as prisões sem condenação que se prolongam no tempo apresentam “materialidade punitiva” (ZAFFARONI, 2001, p. 204-205), com um sentido de pena antecipada, para além dos rótulos estabelecidos na legislação processual penal.

Nesta pesquisa, busco investigar como a figura do foragido é mobilizada nesse tipo de decisão, quais contornos, limites e representações são estabelecidos pelos atores judiciais. Nesse sentido, a revisão nos periódicos apresenta textos que fornecem pistas importantes para refletir sobre o tema.

O artigo de Cordeiro e Linhares (2017) faz uma análise retrospectiva das relações tensas entre prisões cautelares e presunção de culpa no processo penal brasileiro. Esse artigo estabelece marcos importantes para a discussão do problema. Posicionando o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro nas influências autoritárias do fascismo, os autores identificam mecanismos de presunção de culpa para decretação de prisões preventivas.

A legislação processual previa hipóteses em que se aplicava uma *presunção absoluta de fuga e de culpa* (CORDEIRO e LINHARES, 2017), como a prisão decorrente da decisão de pronúncia e a necessidade de se recolher à prisão para poder recorrer, estabelecidas com a criação do CPP, em 1941. Um posicionamento característico do período pode ser lido no artigo de Gusmão (2012), escrito originalmente em 1946, que sustentava a necessidade de ampliação da “prisão para recorrer” também no caso de ações de revisão criminal.

A chamada Lei Fleury (Lei n. 5.941/1973) modificou a lógica da prisão como regra após a decisão de pronúncia, no procedimento do Júri, permitindo ao réu primário de bons antecedentes apelar em liberdade (BRASIL, 1973). Nilo Batista (1990) destaca as mudanças importantes da lei, que aproximaram a legislação processual da efetiva proteção da presunção de inocência. O autor não deixa de lamentar que a lei tenha ficado conhecida e tenha sido criada para beneficiar um dos mais notáveis torturadores da ditadura civil-militar brasileira.

Na revisão, surgiu um trabalho que criticava a elaboração da Lei Fleury, pensada a partir da noção de revelia no Tribunal do Júri. Para Mello (1980), a possibilidade de conceder a liberdade a réus primários e de bons antecedentes facilitava que eles realizassem uma “fuga deliberada”, buscando evitar que fossem intimados da decisão de pronúncia, impedindo o prosseguimento do processo. Na visão desse autor, a “fuga deliberada se transforma em oportunidade à obtenção de um favor legal” (MELLO, 1980, p. 6). Mello (1980, p. 8) considerava que a lei dava ensejo a uma “liberdade prejudicial”, podendo se tornar uma “porta aberta à impunidade” em razão das possibilidades de prescrição.

Para esse autor, a vedação de recorrer em liberdade não era encarada como antecipação de pena, mas sim como prisão cautelar (MELLO, 1980), que se justificava como um modo

de evitar o risco de fuga. No entanto, é possível dizer que essa modalidade de prisão representava uma evidente limitação ao direito ao recurso e à quebra da isonomia processual (FERNANDES, 2007).

Desde as hipóteses de prisão processual obrigatória até a atual lei de prisão temporária (Lei n. 7.960 [BRASIL, 1989]), Cordeiro e Linhares (2017) identificam graves conflitos entre os dispositivos legais e a natureza cautelar das prisões. A prisão temporária estabelece o que eles chamam de uma “presunção absoluta de fuga” (CORDEIRO e LINHARES, 2017, p. 7), nos casos em que não há residência fixa ou que há dúvida sobre a identidade do sujeito.³ Autoriza-se a prisão “por medo de fuga sem vinculação fática” (CORDEIRO e LINHARES, 2017, p. 7).

Esse quadro histórico do processo penal brasileiro, pensado a partir de mudanças legais pontuais ao longo do tempo, conforma permanências no fazer judicial. Apesar de terem sido extintas no plano legal ou serem afastadas no plano decisório, há diversos entrelaçamentos entre as presunções de culpa e de fuga.

Codo (2018) destaca que, nos anos 1990, o STJ ainda entendia que a exigência de prisão provisória para apelar não ofendia a garantia constitucional da presunção de inocência, ideia consagrada na Súmula 9 do tribunal (BRASIL, 1990). A autora pontua que muitos dos julgamentos “fundamentavam suas razões no perigo de fuga do condenado” (CODO, 2018, p. 12). É possível notar que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, a lógica de presunção de culpa e de fuga continuava orientando a ação dos tribunais.

No artigo de Aury Lopes Jr. (1998), há uma preocupação em especificar quais os fundamentos, os requisitos e os princípios que orientam a aplicação das prisões cautelares. O *perigo de fuga* é tratado como um dos fundamentos possíveis para a decretação de prisões processuais, ao lado do risco ao normal desenvolvimento do processo. A fuga, portanto, ocupava uma posição central no sistema de medidas cautelares. Para esse autor, “é inconcebível qualquer hipótese de presunção de fuga”, pois toda decisão deve estar fundamentada em um “fato claro, determinado”, não podendo ser “fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga” (LOPES JR., 1998, p. 6).

A principiologia desenvolvida por Lopes Jr. nesse artigo já apresenta as linhas gerais do conteúdo de seu manual, que se tornou um texto de grande relevância nos anos 2000 e serve como suporte teórico para diversos outros trabalhos localizados nesta revisão, como os de Siqueira (2015) e Felix e Silveira (2015).

Esses trabalhos apenas mencionam a fuga de maneira pontual, ora centrando a discussão na natureza jurídica da prisão preventiva como medida cautelar (SIQUEIRA, 2015), ora

...

³ A prisão temporária foi objeto de decisão importante no Plenário do STF, que alterou de forma significativa o alcance desse instituto nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 4.109/DF e n. 3.360/DF, finalizados em 11 de fevereiro de 2022, no momento de conclusão deste artigo (BRASIL, 2022a e 2022b).

analisando a possibilidade de realização do contraditório diferido para a decretação da prisão “fundamentada no risco de fuga” (FELIX e SILVEIRA, 2015, p. 693).

Mesmo em textos que trabalham a ideia de que a decretação de prisão preventiva não pode ocorrer por um risco de fuga presumido, mas que deve se basear em “circunstâncias concretas” (FIORATTO e FIORATTO, 2019, p. 165), não há um aprofundamento para pensar com maior densidade o que significa essa concretude do risco de fuga.

Outros trabalhos se inserem no contexto dos projetos de reformas legislativas elaborados nos anos 2000. O texto de Silva (2006), por exemplo, propõe-se a analisar a necessidade de um prazo máximo para a prisão preventiva. O texto não analisa a questão da fuga e as suas relações com a prisão processual, mas, ao mencionar um acórdão como exemplo de flexibilidade do prazo processual para a conclusão do inquérito, dialoga com uma decisão em que a condição de foragido do acusado é encarada como parte do fundamento da relativização dos prazos legais. Ou seja, a decisão citada pela autora afirma que, pelo fato de o réu ter ficado foragido, o processo ainda não havia se encerrado. A fuga, nesse sentido, significa um elemento de responsabilização do acusado pela demora do processo, que faz alargar a margem dos prazos legais para a conclusão do inquérito, contornando a alegação de excesso de prazo na prisão.

As reformas processuais promovidas em 2008, em especial com a Lei n. 11.719 (BRASIL, 2008), eliminaram as hipóteses de prisões obrigatórias e de vinculação do recurso à prisão do sentenciado, apresentando significativo avanço em relação às modificações dos anos 1970. Nucci (2011) faz uma análise importante das diversas formas de abusos e excessos nas prisões processuais, desde as prisões temporárias que não resultam em oferecimento de denúncia, gerando uma espécie de “prisão por suspeição ou uma sanção que se esgota em si mesma” (NUCCI, 2011, p. 8), até as prisões preventivas desproporcionais, não fundamentadas ou incompatíveis com a pena imposta.

Nesse contexto, a fundamentação da prisão preventiva para “garantia da aplicação da lei penal” é vista de forma diretamente vinculada à fuga do acusado (NUCCI, 2011, p. 9). O autor afirma que a fuga é unanimidade na doutrina e na jurisprudência como fundamento para prisão, no entanto, faz duras críticas a formas indevidas de presunção de fuga sem “provas mínimas de sua verossimilhança” (NUCCI, 2011, p. 9).

Esse autor critica especialmente a prisão preventiva decretada sob o argumento de que a condenação em primeiro grau com uma pena elevada levaria a uma suposição de fuga do sentenciado, havendo uma confusão entre papéis das agências policiais e do Judiciário. Nucci (2011, p. 10) afirma que, nesses casos, “não há fato-fuga, mas mera hipótese-fuga”, que não seria suficiente para a decretação da prisão.

A descrição de Nucci (2011) indica o uso recorrente das prisões processuais de maneira ilegal, fazendo perpetuar uma lógica de presunção de culpa e antecipação de pena nas prisões processuais, apesar das mudanças importantes que já haviam sido implementadas.

Os trabalhos que analisam o atual sistema de medidas cautelares, instituído pela Lei n. 12.403 (BRASIL, 2011), fazem uma diferenciação importante entre os fundamentos da prisão

preventiva. Os fundamentos da “conveniência da instrução criminal” e de “assegurar a aplicação da lei penal” são encarados como hipóteses tipicamente cautelares, ao passo que a “garantia da ordem pública ou econômica” é considerada incompatível com a lógica de tutela do resultado do processo, configurando antecipação de pena (SIQUEIRA, 2015). Essa compreensão, apesar de seguir caminhos teóricos distintos, é compatível com a construção elaborada por autores importantes no campo crítico do processo penal brasileiro, como Aury Lopes Jr. (2013), para quem a manutenção da ordem pública como fundamento da prisão representa grave retrocesso.

Contudo, o fundamento legal mais importante para pensar o uso da fuga é a necessidade de “assegurar a aplicação da lei penal”, encarado como constitucional tanto nos artigos pesquisados, como em Fioratto e Fioratto (2019), quanto por autores de manuais relevantes de diferentes orientações teóricas, como Aury Lopes Jr. (2013), Guilherme Nucci (2013), Nereu Giacomolli (2013) e Rogério Schietti Cruz (2017). Esse fundamento para decretação de prisão é considerado *exemplar*, sendo a fuga seu caso típico, um *exemplo de manual*. Cruz (2017, p. 250) afirma com razão que “não costuma haver maior contestação acadêmica à sua previsão normativa e à sua aplicação”.

No entanto, ainda que esses autores reafirmem que o risco de fuga não pode ser presumido (LOPES JR., 2013), é preciso ampliar a compreensão das possibilidades de caracterização e o uso da categoria na determinação de prisões. Mesmo Nucci (2013, p. 94), ao trabalhar exemplos concretos de indícios de fuga, como ocultação de residência e transferência de valores, generaliza de forma problemática a jurisprudência do STJ, mencionando um precedente que afirma a condição de foragido como suficiente para decretação da prisão preventiva.

Portanto, a *fuga* é esse fundamento unânime que torna cabível a prisão preventiva dos acusados e investigados, mas que não possui na literatura científica e nos textos dogmáticos uma preocupação empírica de delimitação de situações concretas que forneçam um contorno mais nítido para delimitar seu alcance. Desse modo, mobilizando um imaginário em torno da figura do *fugitivo*, de maneira abstrata e pouco delimitada, esses termos têm servido para imposição de grande número de prisões processuais.

2. SENTIDOS E USOS DA FUGA NO DISCURSO JUDICIAL: ANALISANDO DECISÕES DO STJ

Se a literatura não elabora de forma aprofundada essa questão e a revisão não nos indica a existência de estudos empíricos sobre o tema, é importante buscar compreender na jurisprudência dos tribunais as circunstâncias da construção e mobilização da condição de foragido nas decisões referentes a prisões processuais.

Enfatizo o caráter constitutivo da atuação do Poder Judiciário retomando o diálogo com Becker (1973), para quem é o grupo social que cria as regras e rotula determinados sujeitos e condutas como desviantes, portanto, contrários às regras do grupo hegemônico. Pensando mais especificamente o aparato judiciário e o seu poder de decisão, é possível dizer que

as decisões judiciais são um dos espaços em que a figura do foragido é construída, operacionalizando estratégias de controle penal. Nesse sentido, busco analisar esse processo de construção e identificar a produção de sentidos possíveis, contornos e consequências da figura do foragido.

Na busca da jurisprudência, optei por selecionar acórdãos que mencionaram a concessão da ordem de *habeas corpus* com a intenção de acessar decisões favoráveis à liberdade. Essa opção se justifica com base em dois critérios principais. O primeiro consiste na constatação de que a fuga serve, em muitos casos, como argumento genérico, pouco delimitado, nas decisões que mantêm ou decretam prisões preventivas. Nesse sentido, seria possível analisar os detalhes da fuga como “circunstância autossuficiente” para prisão. No entanto, a opção pela busca em casos em que houve algum nível de concessão da ordem amplia as chances de encontrar julgados que desenvolvem um argumento em torno da suposta fuga de réus e investigados. Como o objetivo não é fazer um diagnóstico quantitativo das tendências da jurisprudência do STJ sobre o tema, a escolha é justificada porque apresenta possibilidades de discursos mais elaborados sobre a condição de foragido.

O segundo critério diz respeito à própria perspectiva teórica adotada neste artigo. Partindo de um “garantismo crítico e criminologicamente fundado” (ANDRADE, 2009, p. 188), compreendo o Poder Judiciário como arena de disputa, sendo possível colocar certos limites para o uso da prisão, estabelecendo contornos bem definidos desse tipo de categoria, que assume caráter de ampliação legitimadora dos mecanismos processuais penais de cerceamento da liberdade. Assim, enxergando o discurso judicial como parte do problema do controle brutal dos processos de criminalização, busco explorar as possibilidades contingentes de redução do poder punitivo em suas entrelinhas.

A busca pelos julgados foi feita no *site* do STJ, na seção de jurisprudência, utilizando os seguintes operadores: “((fuga OU foragido) E concedida) E (CPP-41 MESMO 003689 MESMO (ART ADJ “00312”)). O uso desses operadores teve objetivos similares àqueles utilizados na revisão de literatura. Aqui, a intenção foi encontrar julgados que articulassem os termos “fuga”/“foragido” com concessões de liberdade, vinculando os resultados à presença do art. 312 do CPP, em que estão abrigadas as hipóteses autorizadoras de uso da prisão preventiva (BRASIL, 1941).

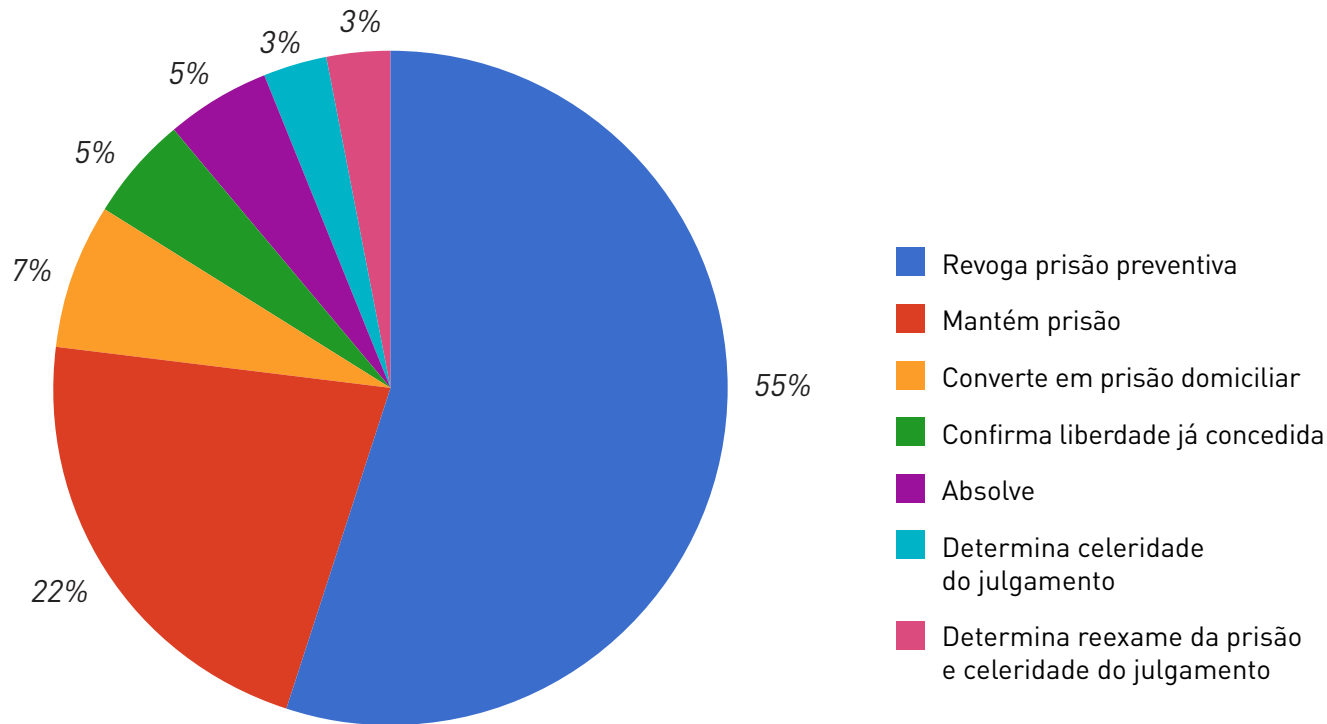
Ao contrário do esperado, essa opção metodológica não trouxe apenas resultados de decisões que concederam a liberdade às pessoas acusadas ou investigadas, como ficará evidente a seguir. Há, por exemplo, casos em que a extensão da liberdade é negada a um corréu em situação diferente dos demais. Em outros casos, a ordem de *habeas corpus* foi apenas parcialmente concedida para determinar a celeridade do processo em primeiro grau. A busca foi finalizada em 9 de outubro de 2021, tendo sido coletados todos os acórdãos referentes a julgamentos nos anos de 2020 e 2021, dentro dos parâmetros estabelecidos.

É importante caracterizar a amostra produzida, destacando órgão responsável, diversidade de relatores, tipos penais e resultados obtidos. Ao todo, foram coletados 40 acórdãos,

sendo 13 julgados da Quinta Turma e 27 da Sexta Turma; ambas concentram, como regra, a competência criminal no STJ. Nos casos, há processos relatados por nove diferentes ministros. Os casos dizem respeito a crimes diversos, mas há uma predominância significativa dos crimes de homicídio e tráfico de drogas. Desconsiderando os concursos de crimes, as modalidades de homicídio representam 32,5% dos casos; as de tráfico, 37,5%.

Os resultados dos julgamentos apresentaram alguma diversidade, apesar da forte predominância de decisões favoráveis à liberdade das pessoas presas, em decorrência da opção por incluir a categoria “concessão” na busca, como já destacado. Oito resultados diferentes foram categorizados: absolvição (2), confirmação de liberdade já concedida (2), determinação de celeridade no julgamento (1), determinação de celeridade com reexame da prisão (1), manutenção da prisão (9), determinação de prisão domiciliar (3) e revogação da prisão (22). Esses resultados estão representados no Gráfico 1, a seguir.

GRÁFICO 1 – RESULTADOS DOS PROCESSOS



Fonte: Elaboração própria.

Um dado curioso que já pode ser observado a partir dessa primeira sistematização diz respeito à imposição de cautelares diversas da prisão. Se analisarmos apenas os 22 casos em que foi concedida liberdade, é possível observar a forma como as medidas cautelares foram aplicadas ao caso.

Tem sido comum a constatação de que as decisões judiciais que revogam ordens de prisão são acompanhadas de restrições à liberdade por meio da imposição de medidas cautelares

diversas (PORTELLA, BARROUIN e FERNANDES, 2021; FERNANDES e RAMALHO JR., 2022; ROMÃO, 2021a). No entanto, nessas decisões do STJ, esse padrão não se repete. Pode haver aqui uma diferença marcante em relação à imposição de cautelares quando se analisam distintos graus de jurisdição. Se observados apenas os 22 casos em que houve a revogação da prisão pelo STJ, não foi aplicada nenhuma medida cautelar em nove deles, mesmo que em alguns casos os ministros “facultem” ao juiz de primeiro grau “determinar o cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão”.⁴

Portanto, se no primeiro grau em diferentes estados e circunstâncias é possível observar a aplicação *quase automática* de cautelares diversas, nas decisões dos tribunais superiores pode ser que exista parcela maior de decisões de restituição plena da liberdade. Essa hipótese exige um aprofundamento da investigação e uma ampliação do material empírico para análise.

O que interessa mais diretamente ao problema proposto nesta pesquisa é compreender como o discurso judicial elabora o alcance, os limites e as consequências da condição de foragido ao analisar pedidos de liberdade. As decisões foram organizadas, em um primeiro momento, a partir do que chamei de *circunstâncias de fuga*. Essa organização nem sempre se refere à forma como a fuga ocorreu, mas tenta sistematizar a maneira como a fuga é apresentada no discurso judicial. Para analisar os sentidos produzidos em relação à condição de foragido, organizei o material em três diferentes categorias, conforme o conteúdo das decisões: (1) limitando a caracterização da fuga (o que não é um foragido); (2) relativizando as consequências da fuga; (3) reafirmando o sentido da fuga para a manutenção da prisão.

2.1. O QUE NÃO É UM FORAGIDO: LIMITANDO A CARACTERIZAÇÃO DA FUGA

Nesta seção, procuro explorar os sentidos construídos nas decisões que limitam o reconhecimento da condição de foragido no processo. Em outras palavras, analiso o discurso judicial para compreender que circunstâncias concretas não servem ou não são suficientes para caracterizar o estado de fuga.

O primeiro aspecto que chama atenção é a afirmação recorrente de que a “simples não localização do réu para responder ao chamamento judicial ou o fato de encontrar-se em local incerto e não sabido não constitui motivação suficiente para o encarceramento provisório”.⁵ O tribunal diferencia as noções de não localização do réu e estado de fuga. Para caracterização da fuga, seria necessário haver “qualquer outro elemento real que indique sua condição de foragido”.⁶

...

⁴ Processo 6. A partir daqui, as decisões serão referenciadas a partir da organização dos processos, disponíveis no SciELO Dataverse: <https://doi.org/10.48331/scielodata.CAUZPP>.

⁵ Processo 1.

⁶ Processo 1.

Nesse sentido, o tribunal afirma, em algumas oportunidades, que a circunstância de o acusado não ter sido localizado para atos de comunicação processual, por si só, “não constitui motivação suficiente para o encarceramento provisório”.⁷ Parece que se busca traçar um limite na caracterização do estado de fuga, afastando a possibilidade de prisão preventiva quando não havia outra circunstância que autorizasse afirmar essa condição.

Uma diferenciação sutil, mas importante, ajuda a compreender o alcance dessa primeira questão. O tribunal estabelece que tanto a (1) não localização do acusado para responder a “chamamento judicial” quanto o (2) fato de se encontrar em local incerto e não sabido não são motivos suficientes para a decretação de prisão. A impossibilidade da realização de atos de comunicação no processo e a incerteza sobre o local onde o sujeito se encontra parecem não bastar para o reconhecimento da fuga. O tribunal novamente recorre à fórmula da necessidade de “outro elemento real que indique sua condição de foragido”.⁸

Outro aspecto recorrente nas decisões é a afirmação de que a citação por edital também não é suficiente para caracterizar o estado de fuga. A citação – ato de comunicação processual que dá ciência ao réu do conteúdo da acusação – pode ser realizada por edital quando o “réu não for encontrado”.⁹ Se houver resposta à citação publicada em edital, o processo segue seu curso; se não houver, o processo fica suspenso, bem como o prazo prescricional.¹⁰

Nesses casos em que não há resposta à chamada por edital, o código menciona a possibilidade de decretação de prisão preventiva. Porém, o que o discurso judicial analisado revela é que a não localização que autoriza a citação por edital não é suficiente para caracterizar o estado de fuga: “o fato de o Réu ter sido citado por edital, por si só, não autoriza a presunção de que ele esteja foragido”;¹¹ “não cabe deduzir que, frustrada a notificação ou a citação editalícia no processo penal, o acusado estaria evadido”.¹²

O tribunal também afirma, em mais de uma oportunidade, que a mera falta de comprovação de “vínculo com o distrito da culpa”¹³ também não é suficiente para caracterizar o estado

...

7 Processo 16.

8 Processo 29.

9 Art. 361, CPP: “Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias” (BRASIL, 1941).

10 Art. 366, CPP: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312” (BRASIL, 1941).

11 Processo 40.

12 Processos 1 e 29.

13 Processos 10 e 11.

de fuga. A maneira mais comum de dar materialidade a essa expressão é a exigência de comprovação de endereço no local onde o processo se desenvolve. A ausência de comprovante de residência é um dos elementos que viabiliza grande número de decretações de prisão. Ao longo da pandemia, esse cenário se tornou ainda mais grave em razão das dificuldades de comunicação e contato com familiares, que, em geral, ficam responsáveis por tentar apresentar esses documentos (PORTELLA, BARROUIN e FERNANDES, 2021, p. 19).

A mera indicação de que “não consta nos autos comprovação de endereço certo”¹⁴ foi apresentada como insuficiente para a decretação da prisão, aplicando o mesmo raciocínio construído a respeito da não localização do sujeito.

Além disso, o tribunal também afastou a condição de foragida de uma acusada pelo fato de não terem sido “esgotados os meios de sua localização”,¹⁵ recolocando os deveres funcionais e as responsabilidades pelas práticas dos atos de comunicação. Por essa posição, é possível dizer que cabe ao Estado o papel de localizar os acusados para a comunicação dos atos. Nesse caso concreto, que precisou chegar ao STJ para que a prisão fosse revogada, a alegação da defesa de que a acusada morava há mais de 40 anos no mesmo endereço serviu de base para afastar a condição de foragida.

Assim, sem elaborar muito sobre cada conceito, o tribunal busca estabelecer explicitamente uma distinção entre *evasão* e *não localização*, afirmando que esses conceitos “não se confundem”.¹⁶ O tribunal parece compreender a evasão como um movimento deliberado com objetivo de se ocultar e não ser encontrado, ao passo que a não localização seria uma circunstância mais ampla, que nem sempre decorreria dessa ação intencional de se ocultar. As decisões exigem *algo a mais*, outros elementos concretos que corroborem que a falta de localização se dá pela fuga do acusado.

O *segundo aspecto da limitação do conceito de fuga* consiste na *explícita rejeição a raciocínios de “presunção de fuga”*.¹⁷ Essa ideia também se materializa por outras expressões no discurso judicial, como a insuficiência de “meras probabilidades”¹⁸ ou “meras suposições”,¹⁹ construídas por meio de referências genéricas à possibilidade de o acusado fugir. Essas “suposições desacompanhadas de indicativos de comportamentos”²⁰ concretos dos sujeitos são rejeitadas pelo tribunal.

...

¹⁴ Processo 25.

¹⁵ Processo 27.

¹⁶ Processo 23.

¹⁷ Processos 23 e 39.

¹⁸ Processo 12.

¹⁹ Processo 14.

²⁰ Processo 16.

A liberdade de qualquer sujeito implica um risco genérico de fuga, pois é evidente que o indivíduo em liberdade tem mais possibilidades de se esconder do que o que se encontra preso. No entanto, o tribunal estabelece um marco importante ao afastar a presunção de fuga, aproximando a imposição das medidas de restrição de liberdade das garantias fundamentais de proteção da liberdade da Constituição Federal.

A única presunção constitucionalmente admitida pelo texto constitucional é a presunção de inocência, válida até o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²¹ Nesses julgados, o STJ afasta presunções que não têm previsão constitucional ou legal e acaba reafirmando a centralidade da presunção de inocência na construção do sistema de medidas cautelares.

Os últimos anos têm sido atravessados por disputas em torno do alcance da presunção de inocência nos tribunais brasileiros. São exemplos dessa disputa o uso banalizado da prisão preventiva para garantia da ordem pública (FERNANDES e RAMALHO JR., 2022), condenações por tráfico de drogas com presunções de habitualidade a partir da “conduta social” (FERNANDES, OLIVEIRA e FERNANDEZ, 2020) e as idas e vindas ao STF a respeito da possibilidade de haver cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da condenação (FERNANDES e SANTANA, 2019).

Assim, é de se destacar que o tribunal explicitamente afirme a impossibilidade de ser reconhecido o estado de fuga por presunções, privilegiando a abrangência da presunção constitucional de inocência.

O *terceiro aspecto da limitação dos sentidos da fuga consiste na construção do que chamei de indícios de não fuga* (FERNANDES e SANTANA, 2020). Na interpretação sobre determinadas circunstâncias, o tribunal parece conferir a certos atos e condições o sentido de reduzir as possibilidades de caracterização do estado de fuga. Um exemplo é a “apresentação espontânea do réu”, que demonstraria “o intuito de colaborar com a Justiça”,²² ainda que a própria decisão reconheça ter havido efetivamente “fuga anterior”. O ato de se entregar ou a apresentação espontânea seria um indicativo de que o réu não tem a intenção de se ocultar e escapar do alcance das instituições do sistema penal.

Outra circunstância que parece funcionar como indício de não fuga é a citação do acusado. O tribunal afirma que o “fato de haver sido regularmente citado contraria a afirmação do Juízo singular de que o réu está foragido, visto que foi localizado para ser cientificado da acusação existente contra si”.²³ A citação pessoal é apresentada como condição que contrasta com a noção de fuga, possibilitando limitar seu alcance.

...

21 Art. 5º, LVII, Constituição Federal: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

22 Processo 4.

23 Processo 18.

Além da realização da citação pessoal, o fato de ter havido cumprimento de mandado de prisão no mesmo endereço indicado pela pessoa nos autos também é encarado como circunstância que indica a ausência do estado de fuga.²⁴

A situação da acusada que se encontra “recolhida em sua residência, com tornozeleira eletrônica” e que “entregou o seu passaporte à Justiça”²⁵ também é mobilizada para descaracterizar o “intento de frustrar futura aplicação da lei penal”. Portanto, a condição presente do acusado que se encontra submetido a restrições de liberdade, como a aplicação de tornozeleiras eletrônicas ou outras medidas cautelares, é considerada circunstância que contraria o estado de fuga.

Assim, é possível identificar no discurso judicial a construção de limites às possibilidades de reconhecimento do estado de fuga pela diferenciação de circunstâncias concretas, como a *não localização*, bem como pela rejeição de *presunções de fuga* e pelo reconhecimento de *indícios de não fuga*.

2.2. QUANDO A FUGA NÃO É SUFICIENTE: RELATIVIZANDO AS CONSEQUÊNCIAS DA FUGA

Além das limitações ao reconhecimento do estado de fuga, também é possível identificar no discurso judicial a relativização das consequências de uma fuga reconhecida pelo tribunal. Esse sentido é importante pois retira o sentido “automático” da prisão em caso de fuga reconhecida pelo tribunal.

Uma mãe de filho menor que 12 anos de idade foi considerada foragida e teve sua prisão decretada. Na decisão, é reconhecida a existência da fuga e afirmada a correção da motivação do juiz de primeiro grau para determinar a prisão. No entanto, o tribunal afirma que a “mera fuga” “não é motivo suficiente para, por si só, configurar a excepcionalidade da custódia preventiva nos casos de gestante ou mãe de infantes menores de 12”.²⁶

Nesse caso, o STJ reforçou o alcance da proteção das mães encarceradas e de seus filhos, em consolidação no Brasil a partir da decisão do STF no HC n. 143.641/SP, de 20 de fevereiro de 2018 (BRASIL, 2018a), e das Leis n. 13.257/2016 (BRASIL, 2016)²⁷ e n. 13.769/2018 (BRASIL, 2018b).²⁸ A primeira *relativização das consequências da fuga, portanto, é a*

...

²⁴ Processo 39.

²⁵ Processo 6.

²⁶ Processo 35.

²⁷ Art. 318, CPP: “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) [...]” (BRASIL, 1941).

²⁸ Art. 318-A, CPP: “A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I – não tenha cometido

necessidade de substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulheres que tenham filhos menores de 12 anos.

Esse entendimento reafirma essas mudanças recentes no processo penal brasileiro, que buscam ampliar a proteção sobre mães e crianças, evitando sua entrada no cárcere e submissão às suas condições degradantes.

Um segundo fator relevante nos discursos sobre a fuga é o tempo, que é mobilizado de maneiras distintas nos julgamentos. Em dois casos específicos, o tempo aparece como modulador que relativiza o peso da fuga para a decretação da prisão. No primeiro, o tribunal restitui a liberdade do paciente pelo fato de a decisão que determinou a prisão ter se baseado na gravidade abstrata do delito e na fuga realizada “após o cometimento do crime”, portanto “sete anos antes da decisão”.²⁹ Nesse caso, a distância no tempo entre a fuga e a decisão presente que reavalia a legalidade da prisão é determinante para a soltura do acusado. Além disso, o tribunal considerou que durante o processo o acusado ficou um tempo em liberdade em razão de uma ordem de *habeas corpus*, não existindo notícia de que tenha fugido ou cometido outros crimes. Assim, a fuga, além de parecer distante no tempo, também parece descredibilizada por circunstâncias posteriores a ela.

No segundo caso, o tribunal reconheceu que o sujeito permaneceu foragido por aproximadamente um mês. Apesar de reconhecer o estado de fuga, o tribunal afirmou que, “mesmo levando em conta a menção feita à fuga do distrito da culpa, a qual perdurou por cerca de um mês, as particularidades do caso demonstram a suficiência, a adequação e a proporcionalidade da imposição de medidas menos severas”.³⁰ A proporcionalidade aparece como mediador importante entre a fuga e a medida determinada. A dupla menção ao tempo de duração da fuga – “cerca de um mês” – parece ser um fator relevante para reduzir a gravidade que a condição de foragido geralmente denota.

Assim, seja por estar caracterizada uma *fuga breve* ou por se tratar de *fuga distante no tempo*, o tribunal determinou a restituição da liberdade em ambos os casos. Entretanto, o tempo também aparece como fator relevante em decisões que reafirmam o sentido da fuga para manter prisões, como nos casos em que há menção à fuga “por mais de 3 (três) anos”³¹ ou “durante toda a fase preliminar do processo”.³² Nesse sentido, a *fuga de longa duração* parece representar desvalor importante para a manutenção da prisão.

...

crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)” (BRASIL, 1941).

²⁹ Processo 2.

³⁰ Processo 26.

³¹ Processo 3.

³² Processo 38.

O tempo também foi invocado como fator determinante para reafirmar a *contemporaneidade* da ordem da prisão, sendo essa condição um de seus requisitos de legalidade, que impede a decretação de medidas baseadas em circunstâncias não atuais no momento da decisão. Em um dos casos, o tribunal afirmou que a fuga é fundamento da prisão processual, não se verificando no caso ausência de contemporaneidade da medida, mas acabou determinando a soltura do sujeito pelo excesso de prazo no julgamento.³³ Em outro caso, afirmou-se que o paciente ficou foragido por 19 anos, mas que a decisão foi proferida logo após a prática do delito, pelo que a decisão respeitaria o requisito da contemporaneidade. No entanto, considerando a proporcionalidade e as circunstâncias específicas em relação à pandemia de covid-19, o tribunal também acabou restituindo a liberdade do paciente.³⁴

Nesses dois casos, apesar de terem sido tomadas decisões de restituição da liberdade, há uma avaliação a respeito da contemporaneidade que confirma a legalidade da prisão. A contemporaneidade da medida é um requisito de legalidade da prisão que sempre exige reavaliação, pois se modifica com o decurso do tempo. Nesse sentido, parece estranha a afirmação de que a decisão é contemporânea porque foi tomada na época da fuga. O que se busca ver analisado, quando questionada a contemporaneidade, é se a decisão – no momento presente – ainda guarda pertinência quanto às circunstâncias passadas.

O tribunal também chega a afirmar expressamente que a regra da contemporaneidade “comporta mitigação” para crimes que apresentem “alta possibilidade de recidiva” ou na persistência de atos que sejam desdobramento da prática do crime.³⁵ A permanência da fuga parece compor esse cenário, ora permitindo esticar o sentido da contemporaneidade, ora autorizando expressamente sua mitigação.

Também é possível identificar nas decisões examinadas uma espécie de fuga para dentro de casa. Em duas oportunidades, o tribunal analisou casos em que os réus estavam parados na porta de casa e entraram no imóvel ao avistar uma viatura. Nos dois casos, a polícia entrou na casa e realizou a prisão dos acusados sob a acusação de prática de tráfico de drogas. Nesses casos, não se desenvolve um raciocínio sobre essa modalidade de tentativa de fuga e a prisão preventiva, pois, em ambos, os acusados foram absolvidos pelo reconhecimento da ilegalidade da prova.

A absolvição dos acusados nesses casos compõe um cenário importante de proteção à casa, ao não reconhecer nesse tipo de tentativa de fuga um elemento apto a justificar a abordagem e a entrada no domicílio, sem nenhum elemento prévio de informação. Assim, há também um

...

³³ Processo 30.

³⁴ Processo 13.

³⁵ Processo 32.

sentido de imposição de limites à ideia do estado de fuga como autorizador da intervenção punitiva e suspensão de direitos fundamentais, como a inviolabilidade do domicílio.³⁶

Desse modo, é possível observar que a fuga, ainda que reconhecida judicialmente, não é um ativador automático de uma ordem de prisão contra o acusado. O discurso do tribunal permite verificar a importância de determinadas circunstâncias para valorar a fuga, como a condição de *maternidade* das acusadas, as repercussões do fator *tempo*, a *extensão* da fuga e os riscos impostos pela *pandemia*.

2.3. REAFIRMANDO O SENTIDO DA FUGA PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO

As decisões também apresentam usos da fuga que reaproximam seu reconhecimento da justificação e manutenção de prisões preventivas.

A primeira dessas circunstâncias é composta de tentativas de fuga no momento da abordagem/prisão. Nos casos em que essa situação é mobilizada, há um sentido mais geral de que a tentativa de fuga legitima a ordem de prisão, sendo fundamento válido para o tribunal reconhecer a legalidade da decisão dos juízes. Nas duas hipóteses em que a circunstância esteve presente e o tribunal proferiu decisões que restituíam a liberdade dos sujeitos, é possível afirmar que foram construídas *apesar da situação de fuga* e não em razão dos limites de valor atribuído a essa circunstância. Nesses casos, a pandemia da covid-19, os juízos de proporcionalidade e adequação e a baixa quantidade de drogas são mobilizados como os fundamentos das decisões da liberdade.³⁷

Nos outros casos em que a *tentativa de fuga* aparece, o resultado foi a imposição de prisão domiciliar, em razão da condição da acusada de ser mãe de criança menor de 12 anos³⁸ ou a manutenção da prisão preventiva.³⁹

Essa circunstância é muito importante, pois recoloca a centralidade da narrativa policial nos processos de criminalização. O que permite ao tribunal afirmar o que houve, no momento da abordagem ou da prisão, é essencialmente o discurso policial traduzido nos autos de prisão em flagrante. A incorporação da narrativa policial pelo discurso judicial é reveladora de uma crença na verdade policial que conduz as dinâmicas concretas do poder de punir (JESUS, 2020).

Se no caso da *fuga para dentro de casa* foi possível notar a imposição de limites a essa narrativa – que levou, inclusive, à absolvição dos acusados pelo próprio tribunal em julgamento

...

³⁶ Sobre decisões recentes a respeito do alcance da inviolabilidade de domicílio, ver Fernandes (2022).

³⁷ Processos 17 e 33.

³⁸ Processo 19.

³⁹ Processos 20 e 37.

de *habeas corpus* –, aqui há um reforço nessa crença, revelando a potência da fé nas narrativas da polícia e a importância desse registro para o desfecho das decisões judiciais.

A segunda circunstância que permite ao tribunal reforçar o uso da fuga para manter a prisão consiste na condição de permanecer foragido, ou seja, na fuga que dura até o tempo presente da decisão do tribunal. Em um único caso, o tribunal restituiu a liberdade do acusado que se encontrava foragido no momento da prisão, sustentando que, apesar dessa circunstância, a pouca quantidade de drogas apreendidas justificaria a imposição de cautelares diversas.⁴⁰ Esse episódio, destoante e estranho à regra da amostra desta pesquisa, pode indicar, em alguma medida, a possibilidade de reconhecimento tácito a um direito de resistir a prisão ilegal/desproporcional (FERNANDES e SANTANA, 2020, p. 18).

Em todos os outros casos, permanecer foragido significou a rejeição do pedido de liberdade e manutenção da prisão preventiva. Assim, a fuga que não se interrompe – espontaneamente ou não – e persiste até o momento da decisão judicial tem o efeito de consolidar a ideia da necessidade da prisão.⁴¹

A fuga permanente também indica que a condição de foragido é um *marcador de diferença entre acusados* e permite certo juízo de distinção entre aqueles que se dispõem a se submeter ao aparato penal e aqueles que se opõem à realização dos atos do processo. É nesse sentido que em mais de um caso a decisão diz respeito à negativa de extensão de uma decisão de liberdade em favor de um corréu.⁴² Ainda nesse contexto, o não comparecimento aos atos do processo parece corroborar a construção da imagem do fugitivo e caracterizar as consequências da condição de foragido.⁴³

A terceira circunstância de reforço é a construção da condição de foragido aliada ao descumprimento de medidas cautelares. No único caso em que essa situação aparece no discurso judicial, o descumprimento de cautelares seguido de fuga é utilizado como argumento para a manutenção da prisão do acusado.⁴⁴

Essa combinação de descumprimento de cautelares e fuga indica a importância dos mecanismos de controle por medidas cautelares diversas. Esse sistema de medidas *extramuros* é composto de tecnologias que vulnerabilizam os sujeitos ao controle de diferentes instâncias, desde as batidas e *blitze* das agências policiais, à fiscalização por órgãos do Poder Executivo (ROMÃO, 2021b) e controle eletrônico sofisticado das centrais de monitoramento

...

⁴⁰ Processo 31.

⁴¹ Processo 5.

⁴² Processos 7, 9 e 34.

⁴³ Processos 9 e 32.

⁴⁴ Processo 24.

(CAMPELLO, 2017). As circunstâncias em que são construídas as noções de descumprimento e desrespeito a essas medidas precisam ser analisadas de maneira crítica, como no caso das tornozeleiras eletrônicas (LANCELLOTTI, 2018).

A relação da fuga com a noção de razoável duração do processo é a quarta circunstância. Em um dos casos analisados, o tribunal não reconhece o excesso de prazo na prisão do paciente, pois haveria “acusados presos em outro Estado da Federação e um foragido”.⁴⁵ Nesse sentido, parece que a condição de foragido – ainda que o acusado em fuga não seja aquele que pleiteia a liberdade – serve como critério para alongar os prazos considerados razoáveis para a conclusão do processo.

A fuga, nesse sentido, atuaria como parte importante das noções de “complexidade da causa” e “atuação das partes”, que são rotineiramente utilizadas pelos tribunais superiores na avaliação casuística da violação à cláusula da razoável duração do processo. Desse modo, a fuga como elemento que compõe o cenário dos “acontecimentos do processo” parece indicar certa excepcionalidade que necessariamente provocaria atrasos e justificaria a demora em razão de condutas de um ou mais acusados.

Assim, é possível perceber no discurso judicial circunstâncias que fazem reforçar o sentido e o alcance da noção de fuga para legitimar ordens de prisão, como *tentativas de fuga*, o fato de *permanecer foragido* no momento da decisão e o *descumprimento de medidas cautelares*. Além disso, a fuga serve também como *elemento diferenciador* entre acusados, podendo servir à ampliação das medidas de controle, modificando noções importantes, como a razoável duração do processo.

CONCLUSÃO

Neste artigo, busquei analisar a construção de sentidos, usos e consequências da figura do foragido no discurso judicial. *Construir o foragido*, portanto, tem o sentido de apontar para o processo de sua criação pela ação dos órgãos de controle. Essa intenção se orienta pelo objetivo de contrapor um senso comum generalizante, sem capacidade de imposição de limites ao poder punitivo.

Provocado por imagens cotidianas, construções midiáticas e discursos judiciais pouco convencionais, procurei investigar as construções de sentido em torno do foragido por meio da análise de decisões judiciais do STJ. Nas decisões, busquei compreender como a fuga é mobilizada em pedidos de liberdade que confrontam a imposição de prisão preventiva.

O primeiro achado da pesquisa consistiu no resultado da revisão de literatura sobre a fuga no processo penal. Encarando os desafios de revisar a literatura de um tema muito restritivo

...

⁴⁵ Processo 8.

a uma produção dogmática e prescritiva, explorei diferentes caminhos para a construção da amostra. Na revisão, foi possível constatar como a fuga no processo penal não constitui propriamente um tema de produção no campo. Os trabalhos que pensam a fuga no processo estão posicionados nos debates sobre mudanças em torno das prisões processuais. Nesse sentido, os achados de reflexões sobre a fuga são espaçados e vão surgindo em torno dos debates de mudanças legais importantes, como a extinção das prisões automáticas e da prisão para recorrer e a criação da prisão temporária. As presunções de culpa e de fuga ocupam um lugar relevante nesses debates.

Os trabalhos que analisam a situação mais recente do processo penal brasileiro apresentam um conteúdo prescritivo forte, que busca estabelecer a impossibilidade de utilização da fuga a partir de presunções e meras abstrações.

Mesmo que os textos reivindicuem a necessidade da existência de circunstâncias concretas para mobilizar a fuga como causa autorizadora de prisões processuais, eles não têm aprofundamento empírico. No máximo, há citações pontuais de decisões, sem apresentação e exposição mais sistemáticas. Os largos espaços deixados nas categorias legais sobre os fundamentos das prisões processuais são mal completados pelos textos produzidos sobre o tema. Assim, há uma perda de delimitação de sentido e alcance dessa categoria processual, permanentemente alimentado pela generalidade da lei e pela superficialidade dos trabalhos científicos e dogmáticos.

Partindo desses achados, expliquei a construção da amostra de decisões do STJ, apresentando os critérios de seleção e uma rápida caracterização do conjunto de julgados.

A partir dessa amostra, construí uma análise do discurso judicial, observando três principais sentidos e usos presentes nas decisões, organizadas em três blocos. No primeiro, destaquei os limites à caracterização da fuga, identificando os aspectos mobilizados pelo tribunal para afastar o reconhecimento da fuga. A operação de diferenciar *não localização* e *fuga*, a rejeição explícita a *presunções de fuga* deslocadas das circunstâncias concretas e o reconhecimento de *indícios de não fuga* compõem esse primeiro conjunto de sentidos limitadores presentes no discurso judicial.

No segundo, analisei dinâmicas de relativização das consequências da fuga, mesmo quando reconhecida pelos magistrados. Fatores como o *tempo*, a condição de *ser mãe de criança menor de 12 anos* e a ilegalidade na prisão ocorrida em razão da *fuga para dentro de casa* erguem barreiras entre reconhecer a existência da fuga e conferir legitimidade à prisão. Entre *fugas curtas* e *fugas distantes no tempo*, o discurso judicial também apresenta os riscos da pandemia de covid-19 como razão de decidir em favor da liberdade.

Por fim, busquei compreender as dinâmicas e as circunstâncias de reafirmação da fuga como fundamento para imposição de prisões processuais. As *tentativas de fuga* no momento da abordagem, a *permanência na condição de foragido* no momento da decisão e o *descumprimento de medidas cautelares* são tratados no discurso judicial como circunstâncias que revelam a necessidade e a manutenção da prisão. Além disso, a fuga também aparece como uma marca

capaz de distinguir bons e maus réus, aqueles que estão e não estão dispostos a seguir os trâmites do processo, e pode apresentar implicações diretas na proteção de direitos fundamentais, como a razoável duração do processo.

Os achados desta pesquisa apontam para a necessidade de aprofundamento empírico sobre as categorias do processo penal, especialmente aquelas utilizadas como instrumentos de legitimação de extermínio e privação da liberdade. Nos limites desta pesquisa, é possível notar uma diversidade de sentidos sobre a fuga no discurso judicial, por meio de limitações, relativizações e reafirmações dos significados do estado de fuga e das suas implicações na imposição de prisões processuais.

AGRADECIMENTOS

O autor agradece à professora Lícia Regina pela revisão cuidadosa do texto.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo. Pergunta “onde está Queiroz” é respondida com Bolsonaro acuado. *O Globo*, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/analitico/pergunta-onde-esta-queiroz-respondida-com-bolsonaro-acuado-1-24485453>. Acesso em: 17 jul. 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso da criminologia – penalismo crítico? *Sequência – Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, v. 30, n. 59, p. 161-192, dez. 2009.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 242-263, jan./mar. 2003.

BATISTA, Nilo. Quem tem medo da Lei Fleury? In: BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 81-86.

BECKER, Howard. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. Expanded edition. Nova York: Free Press Paperback, 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.109/DF*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Relator do acórdão: Edson Fachin. Distrito Federal, 11 fev. 2022a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629686>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.360/DF*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Relator do acórdão: Edson Fachin. Distrito Federal, 11 fev. 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259375>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 594.360/RJ, de 9 de julho de 2020*. Decisão monocrática do Ministro João Otávio de Noronha. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-habeas-corpus-concedido-stj.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 594.360/RJ, de 9 de julho de 2020*. Decisão Monocrática do Ministro Félix Fischer. 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-habeas-corpus-concedido-stj.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.189.537/RJ, de 14 de agosto de 2020*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2020c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-decisao-gilmar-hc-queiroz.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 143.641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo, 20 fev. 2018a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018*. Altera o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Brasília: Presidência da República, 2018b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13769.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. *Súmula 9*. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Brasília: STJ, 1990. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula9.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. Dispõe sobre a prisão temporária. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973*. Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5941.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. Dispositivos de monitoramento e a máquina penal: separar a boa circulação da má. *Contemporânea*, [s.l.], v. 7, n. 1, p. 211-222, jan./jun. 2017.

CARRANZA, Elías. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe: ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, [s.l.], n. 8, p. 31-66, 2012.

CHANTRAINE, Gilles; MARTIN, Tomas Max. Introduction: Toward a Sociology of Prison Escape. In: CHANTRAINE, Gilles; MARTIN, Tomas Max (eds.). *Prison Breaks: Toward a Sociology of Escape*. Cham: Palgrave Macmillan, 2018. p. 1-29.

CODO, Nathália Ferreira dos Santos. A mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à prisão depois da condenação em segunda instância. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 998, p. 373-397, dez. 2018.

CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-21, jan./jun. 2017.

CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

D'AGOSTINO, Rosanne. Ministro do STJ que liberou prisão domiciliar para Queiroz rejeitou outros 700 pedidos sobre Covid-19. *G1*, Brasília, 26 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/26/ministro-do-stj-que-liberou-prisao-domiciliar-para-queiroz-rejeitou-outros-700-pedidos-sobre-covid-19.ghtml>. Acesso em: 8 jul. 2021.

FELIX, Yuri; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Contraditório e prisão preventiva: difícil coexistência! *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, [on-line], v. 16, n. 16, p. 684-701, jul./dez. 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 239-252, jan./fev. 2007.

FERNANDES, Daniel Fonseca. A inviolabilidade do domicílio na jurisprudência recente do STJ: comentários ao HC 561.988/PR. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 111, v. 1.035, p. 399-417, jan. 2022.

FERNANDES, Daniel Fonseca; OLIVEIRA, Débora Moreno de Moura; FERNANDEZ, Gabriel Vianna. Discursos sobre o tráfico de drogas: uma análise das sentenças de mulheres em regime fechado no Conjunto Penal Feminino de Salvador/BA. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; FERNANDES, Daniel Fonseca; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de (orgs.). *Retratos do sistema penal: política de drogas e discurso jurídico*. Salvador: Eduneb, 2020. p. 151-181.

FERNANDES, Daniel Fonseca; RAMALHO JR., Elmir Duclerc. Audiência de custódia e fundamentos das decisões judiciais: uma análise em dois tempos. In: CAVALCANTI, Breno *et al.* (orgs.). *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. 2. ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2022. p. 159-187.

FERNANDES, Daniel Fonseca; SANTANA, Tainan Bulhões. Fabricando o foragido: critérios para reconhecimento da fuga no processo penal. *Trincheira Democrática – Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, [s.l.], ano 3, n. 9, p. 17-18, jun. 2020.

FERNANDES, Daniel Fonseca; SANTANA, Tainan Bulhões. A presunção de inocência e a execução antecipada da pena no Supremo Tribunal Federal. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (orgs.). *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Rio de Janeiro: Tirant Brasil, 2019. p. 299-310.

FERREIRA, Dirceu Franco. Produção da delinquência e rebelião: a fuga de presos da Ilha Anchieta em 1952. *Revista de História*, São Paulo, n. 177, p. 1-31, 2018.

FIORATTO, Débora Carvalho; FIORATTO, Priscilla Carvalho. Da fundamentação necessária para a decretação de medida cautelar pessoal no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, [on-line], v. 20, n. 1, p. 154-181, jan./abr. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRUPO CLANDESTINO DE ESTUDOS EM CONTROLE, CIDADES E PRISÕES. Sistema de justiça e políticas de morte nas prisões: pandemia e discurso jurídico na Bahia. *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Reflexões na Pandemia*, Rio de Janeiro, p. 1-13, 2021.

GUSMÃO, Pedro Nunes. A revisão do processo penal findo pelo réu foragido. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, [s.l.], v. 5, p. 1155-1158, jun. 2012.

HERBELHA, Gabriel. Cadê Queiroz? Relembre investigação das rachadinhas envolvendo Flávio Bolsonaro. *IG*, 22 dez. 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-12-22/cade-queiroz-relembre-investigacao-das-rachadinhas-envolvendo-flavio-bolsonaro.html>. Acesso em: 17 jul. 2021.

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.

KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica: um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, Brasília, v. 39, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2014.

LANCELLOTTI, Helena Patini. Tecnologias de governo, vigilância e transgressão: um estudo etnográfico sobre as tornozeleiras eletrônicas. *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 141-169, jan./abr. 2018.

LEITÃO, Matheus. A pergunta “cadê Queiroz” teve a pior resposta para Bolsonaro. *Veja*, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/volta-do-fantasma-fabricio-queiroz-e-pior-pesadelo-da-familia-bolsonaro/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 748, p. 449-467, fev. 1998.

MELLO, Luiz Roberto Pimenta de. Um estudo sobre a revelia no processo do Júri. A prescrição e suas consequências neste contexto. *Revista de Processo*, [s.l.], v. 18, p. 139-159, abr./jun. 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 906, p. 287-316, abr. 2011.

OLIVEIRA, Débora Moreno de Moura. *Uma guerra de cor, gênero e classe: estudo das sentenças condenatórias de mulheres criminalizadas por tráfico em Salvador*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

PORTELLA, Bruna; BARROUIN, Nina; FERNANDES, Daniel Fonseca. Da presença para a tela: descorporificação das audiências de custódia na pandemia no Estado do Rio de Janeiro. *Comunicações do ISEER*, Rio de Janeiro, ano 40, n. 74, p. 4-80, dez. 2021.

ROMÃO, Vinícius de Assis. A aplicação de medidas cautelares pessoais em audiência de custódia: um olhar a partir da prisão em flagrante de pessoas em situação de rua. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 611-650, jan./abr. 2021a.

ROMÃO, Vinícius de Assis. Audiência de custódia, alternativas à prisão e controle em meio aberto: interações entre o judiciário e atuação psicossocial. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, [s.l.], v. 8, n. 3, set./dez. 2021b.

SALVADOR, Susana. El Chapo: das fugas cinematográficas ao julgamento com júri anônimo. *Diário de Notícias*, 5 nov. 2018. Disponível em: <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/05-nov-2018/el-chapo-das-fugas-cinematograficas-ao-julgamento-com-juri-anonimo-10124042.html>. Acesso em: 3 out. 2021.

SANTOS, Guilherme; GOMES, Marcelo. Após 3 semanas foragida, mulher de Queiroz está em casa para cumprir prisão domiciliar, diz advogado. *G1*, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/11/apos-3-semanas-foragida-mulher-de-queiroz-esta-em-casa-para-cumprir-prisao-domiciliar-diz-advogado.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2021.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 62, p. 197-219, set./out. 2006.

SIQUEIRA, Tatiana Paula Cruz de. Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, [on-line], v. 16, n. 16, p. 640-663, jul./dez. 2015.

VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O direito à vida e o ideal de defesa social em decisões do STJ no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 570-595, jul./ago. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERNANDES, Daniel Fonseca. Construindo o foragido: usos e sentidos da fuga no discurso judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2334, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202334>

Daniel Fonseca Fernandes

PROFESSOR DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA (UNEB).
DOUTORANDO NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA E
ANTROPOLOGIA DO INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS SOCIAIS DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (IFCS/UFRJ). MESTRE
EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA).

danielfonsecafernandes@outlook.com

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE DADOS:

O conjunto de dados deste artigo está disponível no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.CA.UZPP>.

Recebido: 28.09.2021

Aprovado: 09.03.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202335>

1 Lemann Center for Brazilian Studies, University of Illinois at Urbana-Champaign, Champaign, Illinois, United States of America
<https://orcid.org/0000-0001-7765-4502>

2 Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brazil
<https://orcid.org/0009-0002-6508-958X>

3 Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brazil
<https://orcid.org/0000-0002-1028-9392>



Personal Data of Adolescents in Higher Education: The LGPD and the Use of Digital Media for Teaching Activities and Remote Testing¹

DADOS PESSOAIS DE ADOLESCENTES NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: LGPD E UTILIZAÇÃO DE MEIOS DIGITAIS PARA ATIVIDADES DE ENSINO E APLICAÇÃO DE PROVAS

Thaís Duarte Zappellini¹, Laurianne-Marie Schippers² e Alexandre Pacheco da Silva³

Abstract

With the spread of the new Coronavirus, Higher Education Institutions (HEIs) needed to adapt to this reality. The implementation of Emergency Remote Teaching (ERT) in Brazil relied on the experiences of distance education (EaD). Also, there was a significant increase in the use of remote testing tools that rely on monitoring (e-proctoring). This context has generated several concerns regarding the protection of vulnerable data subjects. The main objective of this article is to assess the processing of adolescents' personal data by HEIs in the context of teaching activities carried out by digital means and the use of remote testing that include the collection of sensitive data. For this purpose, we aim to analyze the protective regime for children and adolescents' sensitive information in Brazil's General Personal Data Protection Law (LGPD), the appropriate legal bases for their management, and the best practices to be adopted. As a result, we have concluded that specific consent is not the only legal basis applicable to processing data from minors. However, it represents an important possibility of data management by legal guardians and the protection of under-age people. In any case, the principles of necessity and transparency must be part of this choice process.

Keywords

LGPD; adolescents; distance education; emergency remote learning; remote testing.

Resumo

Com o alastramento do novo Coronavírus, as Instituições de Ensino Superior (IES) precisaram adaptar-se a essa realidade. O implemento do Ensino Remoto Emergencial (ERE) no Brasil contou com o aproveitamento de experiências da Educação a Distância (EaD). Além disso, houve significativo aumento no uso de ferramentas de aplicação de provas remotas que contam com monitoramento (e-proctoring). Esse contexto gerou diversas preocupações quanto à proteção de dados pessoais no ensino, especialmente de titulares vulneráveis. O presente artigo tem como principal objetivo apreciar o tratamento de dados pessoais de adolescentes pelas IES no âmbito de atividades de ensino realizadas por meios digitais e aplicação de provas remotas que contem com a coleta de dados sensíveis. Para tanto, são analisados o

1 This paper was developed at the Center for Education and Research on Innovation (CEPI – FGV DIREITO SP), by its coordinator and researchers, in the Law, Technology and Society research fields.

regime protetivo para dados de crianças e adolescentes na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), as bases legais adequadas para o seu tratamento e as melhores práticas a serem adotadas. Como resultados da análise, concluiu-se que o consentimento específico não é única base legal aplicável a operações realizadas com dados de menores. Porém, representa importante possibilidade de gestão pelos responsáveis e proteção do menor. Em qualquer caso, os princípios da necessidade e da transparência devem integrar esse processo de escolha.

Palavras-chave

LGPD; adolescentes; educação a distância; ensino remoto emergencial; provas remotas.

INTRODUCTION

The Brazilian General Personal Data Protection Law (Law No. 13.709/2018 – hereinafter “LGPD”) is a transversal rule that permeates the activities of various economic sectors in Brazil. In this regard, the routine of Higher Education Institutions (HEIs) encompasses a series of operations carried out with an expressive volume of data from students, employees, and third parties. In March 2020, with the state decree of public calamity in Brazil² and the replacement of in-person classes with lessons conducted using digital media,³ HEIs were obliged to implement emergency measures to continue the school year.

With the COVID-19 pandemic, the need to quickly adapt to this context made many HEIs take advantage of the experience of distance education (EaD), a teaching modality that has been used in the country since the beginning of the 20th century. Thus, we sought to establish the Emergency Remote Teaching (ERT), similar in many aspects to EaD, also regarding specific concerns with the protection of the personal data of students and teachers. As it will be described below, the ERT also features its own characteristics, starting with its legal framework and regulatory requirements.

...

² Reference to Legislative Decree No. 6, of March 20th, 2020 (BRASIL, 2020a).

³ In March 2020, the Emergency Operating Committee of the Ministry of Education (COE-MEC) was established and determined the replacement of in-person learning for classes conducted in digital media, under Ordinance No. 343/2020 and Provisional Measure No. 934 /2020, while the New Coronavirus pandemic situation lasted.

It is common for children under 18 years of age to be enrolled in undergraduate courses,⁴ and, more than that, in selective processes such as the college entrance examination, which manages varied personal information from young people below this age group. In addition, this type of exam has also undergone important transformations with the use of tools for remote testing, which may depend on the collection of biometric data (sensitive personal data in the context of the LGPD) and on monitoring the candidate during the exam.

Therefore, the main objective of this study is to approach the problem of processing adolescents' personal data, considering the use of digital tools for teaching activities and the use of remote testing in the context of HEIs. It starts with three essential developments in the scenario presented in the LGPD's protection regime: (i) teaching activities within the scope of EaD and ERT; (ii) recording of lessons; and (iii) remote examinations that involve the collection of sensitive data.

We propose an analysis of the personal data protection legislation, indicating the legal bases that justify the processing operations performed, the necessary measures to comply with the principles of personal data protection, and the appropriate means to fulfill the rights of data subjects. This is an exploratory study, as there is little literature in Brazil on the debate, and it is still an incipient field due to the contemporaneity of the implementation processes of these teaching technologies in the pandemic context, as well as regarding the discussion on the data protection from underage data subjects in this background.

In addition to that, there is the fact that Art. 14, § 1, of the LGPD stipulates that "the processing of children's personal data must be carried out with the specific and prominent consent given by at least one of the parents or by the legal guardian". The omission of adolescents in § 1 raises an interpretative question: it is not clear whether the need to obtain the consent of parents or guardians, provided for children, applies extensively to adolescents, or if other legal bases provided for in the list of articles 7 and 11 of the LGPD are also applicable to them.

In line with international treaties and conventions to which Brazil is a signatory,⁵ the Brazilian legal system assumes that children and adolescents are vulnerable people. This is because they are in a physical, mental, moral, spiritual, and social development phase (Art. 3 of the Child and Adolescent Statute – ECA), and they need *full, special, and priority protection*. It means that they may be less aware of the risks, consequences, and guarantees for

...

⁴ According to a survey by the Brazilian Association of Internships, 23,343 young people under the age of 18 attend Higher Education in Brazil (ABRES, 2020).

⁵ Take the example of the Convention on the Rights of the Child (Decree No. 99,710/1990) and the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica, Legislative Decree No. 27/1992).

their fundamental rights and freedoms regarding the processing of personal data, as they do not have the same insight as adults to understand the implications of the operations to which they are exposed to and how to exercise their rights as data subjects.

The main question raised by this article is: what are the limits of the applicability of Art. 14, § 1, from the LGPD for children and adolescents and what are the consequences of these limits for using digital media for teaching activities and exams in Higher Education? It will be examined by considering the changes caused in the Higher Education in Brazil by the pandemic context.

This topic reflects the importance of discussing how the scope of the LGPD offers data protection for minors, dialoguing with other norms of the Brazilian legal system. Furthermore, it is important to understand which alternatives are available to deal with an unprecedented reality, especially considering that many articles of the law only came into force 24 months after their publication date (Art. 85, II).

To develop this theme, it is assumed that, although the LGPD does not discriminate the data of children and adolescents as sensitive (list of Art. 5, II), this information is part of a special data category, as the law grants it a specific protective regime, imposing stricter obligations on the agents who carry out data processing.

Considering the application problem of Art. 14 of LGPD, which does not clearly present the hypotheses for children and adolescents, an inductive methodology is proposed with a critical analysis of the difficulties of the Brazilian case faced by the recent personal data protection law, particularly in a context that has experienced digitalization of teaching. In a digital environment, vulnerable people, such as children and adolescents who do not have the full discernment to understand all the risks to which they are exposed to need redoubled protection. The LGPD issue also concerns the systematic application of related legislation on children and adolescents.

The bibliographic survey was used as the main research technique. International references were selected for the background of this work, especially the ones related to data protection authorities and materials produced on the General Data Protection Regulation (GDPR) as guidelines, considering that the subject in vogue is recent in Brazil.

We seek to bring interpretations about the scope of Art. 14 and perceptions about what would be the best practices of application in the LGPD for children and adolescents, considering the digitalization of education. This proposition also emerged from the joint professional experience of the authors after two years dedicated to studying compliance strategies for the LGPD in Brazil, which resulted in the elaboration of materials and guidelines for the adequacy of procedures aimed at Higher Education, especially considering how Brazilian legislation differentiates the capacity of agents in civil law while providing integral and special protection for children and adolescents.

The intersection between these norms reveals the need for a harmonic interpretation of Brazilian laws. The major question is how to guarantee the protection of these vulnerable

people without taking away their autonomy and providing them enough information in addition to ensuring that those responsible for them have a full understanding of their rights.

The first part of this paper introduces the discussion on the LGPD's protection regime for data on children and adolescents and the legal basis applicable to its processing, pointing out that, based on a systematic interpretation of Brazilian legislation, adolescents between 12 and 16 years of age should be prioritized under the rule provided in Art. 14, § 1st, of the LGPD, requiring specific and prominent consent from at least one parent or guardian. It should be noted, however, that this is not the only applicable legal basis.

Next, EaD is differentiated from ERT based on its legal frameworks through the analysis of the applicable legal basis in each of these segments, in order to carry out teaching activities (synchronous and asynchronous). The modalities are considered in parallel, in view of their approximations in the use of digital media as tools for teaching, especially regarding virtual environments and videoconference platforms, which involve the collection, storage, and use of students' personal information.

The third part deals with the processing of sensitive personal data of children and adolescents. The processing of some kinds of information can create significant risks for the fundamental rights of vulnerable people, by itself or from inferences. It is appreciated, in this context, the issue of recording classes and using remote tests with the assistance of tools that rely on the collection of sensitive data, such as biometric data, and monitoring the candidate during the test.

I. THE DATA PROTECTION REGIME FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS

To understand which legal bases are more suitable for the processing of minors data, the first step is to reflect on the protection regime granted to them by the LGPD, presented in Section III, Chapter II, and within the provisions "The Processing of Personal Data of Children and Adolescents".

The referred chapter is exclusively composed of Art. 14 and its six paragraphs, which establish that the processing of personal data of children and adolescents must be carried out in their best interest. Art. 14, § 1, of the LGPD stipulates that "the processing of personal data of children must be carried out with the specific and prominent consent given by at least one of the parents or by the legal guardian". The letter of the law refers to information about children without expressly alluding to how the personal information of adolescents should be processed. There is also no definition, in the LGPD, about who is the child or the adolescent. In other words, there is no mention of the average age of both groups or their civil capacity.

This legal basis presents a difficulty in the fact that the controller must make all reasonable efforts to verify whether the consent was effectively given by the person responsible for the child or adolescent, considering the available technologies (Art. 14, § 5, of the

LGPD).⁶ That is one of the challenges for collecting personal data from children (CCGD, 2020, p. 30). Furthermore, it is the legal obligation of the controller to publicly keep the information on the types of data collected, their use, and the procedures for exercising the rights of data subjects (Art. 14, § 2).

The LGPD offers possibilities of waiver of consent. In this way, exceptionally, it is possible to collect personal data from children without the consent of parents or guardians, and contact them only when necessary or for the children's protection. In this case, data must be used only once and should not be stored, and under no circumstances may it be shared with third parties without due consent (Art. 14, § 3, LGPD).

In this sense, Article 14, § 4, of the LGPD provides that the data controller cannot condition the participation of the data subjects referred to in § 1 in games, internet applications, or other activities to the provision of personal information, unless they are strictly necessary for the activity. Moreover, it is worth highlighting the duty of transparency brought by § 6 of the same article, which requires that information on processing minor's data must be provided in a simple, clear, and accessible way, considering the characteristics of the user, with the assistance of audiovisual resources when appropriate, providing the necessary information to parents or guardians and adequate information for the child's understanding.

Given what the LGPD postulates regarding operations carried out with data from minors, it is necessary to limit the data subjects to which Art. 14, § 1, refers. Although the law does not mention age brackets, the Child and Adolescent Statute (ECA)⁷ certainly provides that a child is a person who is not fully 12 years old, while the age bracket for an adolescent ranges between 12 to not fully 18 years old (Article 2nd).⁸ Thus, if individuals are 11 years, 11 months and 28 days old, for example, they will still be considered as children until they are effectively 12 years old. Likewise, adolescents who seek to carry out an act of civil life that is

...

⁶ The authority of the United Kingdom (ICO – Information Commissioner's Office), in its Guide on the General Data Protection Regulation (GDPR), presents an interesting position on what these "reasonable efforts" would be (ICO, 2018).

⁷ Art. 14 of the LGPD establishes, in its *caput*, that the processing of personal data of children and adolescents must be carried out in their best interest. We see that the provision is consistent with the ECA, in providing for this general principle – which expresses the full protection of children and adolescents – and with 227, *caput*, of the Federal Constitution of 1988, which establishes the duty of the family, society, and State to ensure children, adolescents, and young people, with "absolute priority", the rights to life, health, food, education, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom and family and community coexistence, safe from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty, and oppression.

⁸ In exceptional cases, ECA can be applicable to people up to 21 years old, as in Art. 121, § 5.

only allowed for people aged of 18 years old will not be able to do so, even if there are only a few days left to reach that age. Practical consequences of this differentiation can be seen in the capacity regime of the Civil Code (CC) of 2002 (BRASIL, 2002), which evidences that minors under 16 years of age are absolutely incapable of personally performing acts of civil life (Art. 3, CC) and that those over 16 and under 18 are relatively incapable of certain acts of civil life or understanding how they are exercised (Art. 4, I, CC). In this regard, it should be noted that the Code establishes that (i) legal transactions joined by absolutely incapable persons – which cover minors under 16 years of age – are null (Art. 166, CC), and that (ii) those joined by relatively incapable persons are voidable (Art. 171, CC), and may be confirmed by the parties, except for the rights of a third party (Art. 172, CC).

At this point, there is an essential difference: children under 16 years old must be represented by their parents or guardians, and those over 16 should be assisted. In a simple language, it is possible to state that, in the first hypothesis, those responsible make decisions and carry out the management of the minor's civil life and, in the second case, “monitor” young people, ensuring the regularity of their actions. 16-year-old adolescents can, for example, vote, travel unaccompanied to a region outside from where they live (Art. 83, CC), and emancipate themselves (Art. 5, sole paragraph, CC), among other acts. It leads us to the conclusion that Brazilian law considers that, although minors under 16 years of age cannot independently perform all acts of civil life without being assisted, they are more discerning than young people below that age, as they already are in a condition of physical, mental, moral, spiritual, and social development (Art. 3, ECA) closer to adulthood, which is, 18 years old according to Brazilian law.

It is possible, therefore, to proceed with a logical-systematic interpretation of the indicated norms, observing the best interest of the minors brought by the ECA (BRASIL, 1990), as well as for the full (Art. 1, ECA) priority (Art. 4, ECA) and special protection of children and adolescents and considering the limitations for each age group indicated in the Statute and in the Civil Code.

In other words, it is not postulated that consent is the exclusive basis for the processing of data from children and adolescents, but Art. 14, *caput*, brings the notion that parents need to have a certain control to manage the data in the best interest of the minor. Art. 14, § 1, provides a special consent, as the most used basis also for adolescents, valuing their protection. Consent represents an important tool for parents to be able to protect the rights of children and adolescents.

Evidently, given the discipline of capacity of the Civil Code and respecting the freedom and autonomy of young people, the 16-year-old adolescent has a greater range of management over certain acts of civil life or the way to exercise them.⁹ The table below summarizes

...

⁹ It is worth mentioning that, in the GDPR (General Data Protection Regulation – Regulation EU, 2016/679), 679/2016, the rule is that consent must be given by those responsible for persons under 16

the analysis carried out during the study, for a better understanding of the age group criteria and the interaction between the provisions of the standards considered herein.

TABLE 1 – **DIFFERENTIATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS ACCORDING TO THE CRITERION OF AGE AND RELATIONSHIP BETWEEN THE PROVISIONS OF THE ECA, CC, AND LGPD**

	CHILD	ADOLESCENT
ECA (CHILD AND ADOLESCENT STATUTE)	A PERSON WHO IS NOT FULLY 12 YEARS OLD (ART. 2, ECA).	A PERSON WHO IS BETWEEN 12 AND NOT FULLY 18 YEARS OLD (ART. 2, ECA).
CC (CIVIL CODE)	ABSOLUTELY INCAPABLE OF PERSONALLY EXERCISING THE ACTS OF CIVIL LIFE (ART. 3, CC), AND MUST BE REPRESENTED BY THEIR PARENTS/LEGAL GUARDIANS.	RELATIVELY INCAPABLE OF CERTAIN ACTS OF CIVIL LIFE OR HOW TO EXERCISE THEM (ART. 4, I, CC).
LGPD	RULE (ART. 14, § 1): THE PROCESSING OF PERSONAL DATA OF CHILDREN MUST BE CARRIED OUT WITH THE SPECIFIC AND PROMINENT CONSENT GIVEN BY AT LEAST ONE OF THE PARENTS OR BY THE LEGAL GUARDIAN. EXCEPTIONS TO THE LAW (WAIVER OF CONSENT): TO CONTACT THE PARENTS OR LEGAL REPRESENTATIVES OR FOR THEIR PROTECTION.	ALTHOUGH SECTION III OF CHAPTER II OF THE LAW RELATES THE “PROCESSING PERSONAL DATA OF CHILDREN AND ADOLESCENTS ”, IT DOES NOT INCLUDE THE LATTER IN THE RULE OF ART. 14,§ 1. CONSIDERING THE BEST INTEREST AND THE COMPREHENSIVE, SPECIAL, AND PRIORITY PROTECTION REGIME FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM, IT IS RECOMMENDED TO USE THIS RULE FOR CHILDREN UNDER 16, WHO ARE ABSOLUTELY INCAPABLE.

Source: Authors’ own elaboration.

...

years of age. However, the Member States of the European Union may provide this purpose for a lower age, respecting the limit of 13 years old, in order to avoid conflicts with the internal legislation of the Member States. That is, the Member States can define that, from the age of 13, adolescents offer their consent without the need for support from their parents or guardians. In this regard, the Guide on the GDPR and the rights of children and adolescents of the European Data Protection Board (EDPB) states that consent is, in many cases, the preferred basis for legitimizing data processing activities, so that the Art. 8 (1) of the GDPR applies to information society services (i.e.: almost all online services) directly offered to children (EDPB, 2017, p. 12).

Next, we will address the applicable legal bases and requirements for data processing from adolescents in the context of non-face-to-face teaching activities, that is, with the use of digital media.

2. PERSONAL DATA OF MINORS: EMERGENCY REMOTE TEACHING AND DISTANCE EDUCATION

2.1. BRIEF HISTORY OF EAD AND ERT IN BRAZIL

In the context of the new Coronavirus pandemic, activities of different levels and modalities were suspended both in Basic and Higher Education, affecting public and private institutions (CASTIONI *et al.*, 2021, p. 2).

Many learning strategies were put into practice in the molds already used in EaD. Before the pandemic, in-person undergraduate courses could already be composed of activities developed in EaD, provided that the maximum workload limit for activities in this modality did not exceed a total of 40%, in compliance with the curricular guidelines of each course (MEC Ordinance No. 2.117, of December 6th, 2019).

Opinion No 5/2020, of the National Council of Education (CNE), provided guidelines to reorganize school calendars (from early childhood to higher education) and to carry out non-face-to-face pedagogical activities during the pandemic period. The text emphasized that remote activities for higher education could be considered for compliance with the minimum annual workload so that it would not be necessary to make up for it after the pandemic (GUSSO *et al.*, 2020, p. 4).

Social isolation as a public health policy and the suspension of on-campus classes proposed Emergency Remote Teaching (ERT) as an alternative for HEIs to be able to continue the school year (CASTIONI *et al.*, 2021, p. 6). Like EaD, ERT makes use of digital media for teaching activities, consequently bringing specific issues for data protection, such as the collection of a greater volume of information from students and the use of platforms to carry out synchronous activities – in real time, with student-teacher interaction – and asynchronous – which can be performed at other times.

Although ERT uses the online environment for teaching curricular subjects, it differs from EaD in its characteristics and implications (GUSSO *et al.*, 2020, p. 4-6), starting with its legal frameworks and regulatory requirements to be fulfilled.

In Brazil, distance education as a teaching modality emerged at the beginning of the 20th century, dating back to the registration of vocational courses by correspondence (CASTIONI *et al.*, 2021, p. 7-8), and has been gaining relevant space among HEIs in the last

decades.¹⁰ Its development was accompanied by new perspectives, in terms of social and digital inclusion, enabling mobility, cost, and accessibility barriers to be overcome.

Distance learning is provided for in the National Education Guidelines and Base Law (Law No. 9,394, of December 20th, 1996), in which article 80 is regulated in Decree No. 9,057, of May 25th, 2017. Art. 1 of the aforementioned Decree which determines that, in distance education, didactic-pedagogical mediation in teaching and learning processes occurs with the use of information and communication means and technologies, with qualified personnel, access, monitoring, and compatible assessment and the development of educational activities for students, as well as for education professionals who are in different places and time zones. For its implementation to occur, the HEIs must require specific accreditation and present adequate physical structure and space to develop certain face-to-face activities (assessments, internships, practices, etc.).¹¹

ERT came after the state decree of public calamity in Brazil in March 2020. In April of the same year, the Emergency Operating Committee of the Ministry of Education (COE-MEC) was instituted and published Ordinance No 343/2020 and Provisional Measure No 934/2020, which authorized the replacement of in-person learning with classes provided using digital media tools.

The aforementioned Ordinance then admitted, on an exceptional basis, the replacement of on-campus courses in progress by classes that used information and communication means and technologies by HEIs that are part of the federal education system, also establishing that institutions were responsible for defining which subjects could be substituted, as well as for enabling tools to students that would allow them to monitor the content offered and carry out assessments during the authorization period (Art. 1, § 2). The differences between the characteristics of teaching modalities can be seen in the Table 2 below.

...

¹⁰ According to the Brazilian Ministry of Education census, in 2007, distance education represented 7% of enrollments in undergraduate courses. In 2017, it increased by 17.6%, in other words, distance education currently serves more than 1.7 million students, totalizing a 21.2% share of undergraduate students in the country, while face-to-face modality has been facing a drop in the number of enrollments. Census data from 2017 reveals that one in three students graduates in distance learning and that, for ten years, the growth of newcomers in distance education represented 226%, compared to 19% in on-site modality. Available at: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/32123#:~:text=Em%202017%2C%20o%20aument-%20foi,queda%20no%20n%C3%BAmero%20de%20matr%C3%ADculas>. Visited on: Aug. 10th, 2021.

¹¹ It should also be noted that MEC Ordinance No. 4.059, of December 10th, 2004, started to allow HEIs, according to the pedagogical and curricular organization of their recognized courses, to offer subjects that are part of the curriculum used in their semi-attendance modality, based on Art. 81 of Law No 9.394, from 1996. It provided that the offer did not exceed 20% of the total course load (Art. 2).

TABLE 2 – MAIN CHARACTERISTICS OF DISTANCE LEARNING AND ERT

	DEFINITION	LEGAL MILESTONES	CHARACTERISTICS
DISTANCE LEARNING	THE DIDACTIC-PEDAGOGICAL MEDIATION OCCURS WITH THE USE OF INFORMATION AND COMMUNICATION MEANS AND TECHNOLOGIES, ALLOWING EDUCATION PROFESSIONALS TO REACH STUDENTS IN DIFFERENT PLACES AND TIME ZONES.	PROVISION IN LAW NO. 9,394, OF DECEMBER 20TH, 1996. REGULATED BY DECREE NO. 9,057, OF MAY 25 TH , 2017.	INTERESTED HEIS NEED, AS A RULE, TO REQUEST SPECIFIC ACCREDITATION FROM THE FEDERAL GOVERNMENT UNION AND MAY OFFER THE COURSE LOAD IN DISTANCE LEARNING MODALITY ACCORDING TO THE PEDAGOGICAL AND CURRICULAR ORGANIZATION OF THEIR ON-SITE UNDERGRADUATE COURSES, UP TO A LIMIT OF 40% OF THE TOTAL COURSE LOAD (ART. 2 OF MEC ORDINANCE NO. 2.117, OF MARCH 6 TH , 2019).
ERT	THIS MODALITY IS ADMITTED ON AN EXCEPTIONAL BASIS AND REFERS TO THE REPLACEMENT OF ON-CAMPUS COURSES IN PROGRESS WITH CLASSES THAT USE INFORMATION AND COMMUNICATION MEANS AND TECHNOLOGIES.	ORDINANCE NO. 343/2020 AND PROVISIONAL MEASURE NO. 934/2020.	EXCEPTIONALLY FOR THE LENGTH OF THE AUTHORIZATION PERIOD. HEIS MUST PROVIDE STUDENTS WITH TOOLS THAT ALLOW THEM TO MONITOR THE CONTENT OFFERED AND CARRY OUT ASSESSMENTS (ART. 1, § 2, OF ORDINANCE NO. 343/2020 OF COE-MEC).

Source: Authors’ own elaboration.

Based on the table above, the subsequent topics present a specific analysis of the applicable legal bases for teaching activities in each of the modalities to investigate the practical differences between the characteristics of EaD and ERT for such choices.

2.2. PROCESSING OF DATA FROM ADOLESCENTS IN DISTANCE EDUCATION

When it comes to distance learning, there is an expectation of data subjects that the use of “information and communication technologies” makes their activities viable. On the one hand, there are authoritative legal provisions regarding the use of technological means and, on the other hand, the discretion of HEIs for the choice and use of these means, respecting the restrictions provided for by law.

It is possible to consider, herein, the following purposes: (i) enrollment and (ii) registration in internal systems. Enrollment encompasses data such as RG (ID), CPF (Social Security Number), Voter Registration Card, School Transcript, High School Certificate, proof of military enlistment and/or dismissal, and other documents specified by the institution's bylaws (MEC, Frequently Asked Questions about Higher Education). There are normative provisions that determine the requirements to attend higher education, such as Art. 44, II, of Law No. 9,394/1996, which explains that the completion of High School is a condition for enrollment in a HEI. In this regard, it is possible to say that legal terms may require certain data or documents to perform academic routines. The routines that involve the collection, storage, and access to the aforementioned information, when directly resulting from normative provisions and strictly linked to the enrollment action, are related to the basis of compliance with a legal or regulatory obligation. However, by considering other data requested by the institution that is not closely linked to the action of enrollment and that does not have a legal scope for that, it is necessary to analyze its specific purpose.

Registration in internal systems is imperative for the provision of services, such as consulting grades, attendance, access to the library and the release of the student to enter the premises of the HEI, etc. For this processing routine, information such as full name, email (personal or professional), enrollment number, login, and password are collected, stored, generated, and used. It is an operation that not only is present in this teaching modality, without which the execution of services becomes unfeasible, but can also be based on the execution of a contract.

The legal basis of contract performance can be applied for providing educational services. Once the contract is signed, the processing that directly results from it and is essential to the provision of the service can be maintained throughout its execution even in the case of children under 16 years of age. Evidently, it must contain a provision for the processing in the instrument itself, with a prominent disposition regarding the processing that will be carried out. At this point, if a certain tool is essential for the provision of services, its processing will only be justified by the legal basis we have referred to considering that the processed data is not excessive, is in line with the principle of need, as the desired objective could be independently achieved. This legal basis allows data processing to enforce the contract in which the data subject is a party and/or has an interest in the execution – in this case, taking the course.

However, it should be noted that operations linked to it cannot occur in an excessive, disproportionate, or illegitimate way, beyond the specific purposes defined for the data processing and require more than a mere contractual condition. Regarding personal data and processing operations, there should be an assessment of what is considered as essential or not to fulfill the contractual subject matter, so that, if there are less invasive alternatives, processing will not be required.

Another option is the legal basis of special consent. It should be clarified that it implies a free, informed, and unambiguous expression by the data subject or his/her responsible

person in agreement to process his/her personal data for a specific purpose. Consent cannot, therefore, be presumed, and the data subject must be free to consent or not, so there must be the possibility of revoking that choice.¹²

It is recommended that the registration of consent actually occurs and, for children under 16 years of age, the controller must use reasonable efforts to verify it (e.g., validation email, telephone contact, etc.). Thus, it is possible to evidence that, even when obtained by digital means, the record needs to be stored. Therefore, how would it be possible to revoke consent without knowing from which data subject it was obtained?

And why not using the legal basis of legitimate interest to provide services that benefit the data subject (Art. 10, II, of LGPD)?¹³ Although, at first, this basis appears to be a reasonable choice, bearing in mind that these operations are necessary for the exercise of the controller's activities and provision of the respective services, it is certainly not the most suitable for adolescents below 16 years of age, considering the general rule of Art. 14, § 1. Furthermore, the alternatives presented above seek to ensure greater protection and autonomy regarding the exercise of the rights of personal data subjects.

This legal basis can only support the processing of personal data for legitimate purposes, considered from concrete situations, which include (but are not limited to) (i) support and promotion of the controller's activities and (ii) protection, in relation to the data subject, of the regular exercise of their rights or services provision that benefit them, respecting their legitimate expectations and fundamental rights and freedoms, under the terms of LGPD (Art 10).

For the LGPD, the use of the legal basis of legitimate interest implies a strictly grounded freedom of the personal data controller, provided that it acts within the legitimate

...

¹² It should be noted that the LGPD (Art. 5, XII) and the GDPR (refer to Recital 32) stipulate that consent must be free, specific, informed, and unambiguous, in a declaration that can be freely withdrawn without negative consequences for the individual.

¹³ Art. 6, "f", of the GDPR deals with the legality of the processing, including that it is necessary for the legitimate interests of the controller or third parties, except when they are replaced with the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject, which require protection of personal data, especially when the data subject is a child. When the case involves the basis of legitimate interest (Art. 7, IX, LGPD) in the data processing on adolescents and children (Art. 6, GDPR), a careful analysis of its use is warranted. The legitimate interest imposes a burden on the personal data controller, that is, the so-called "proportionality test" or "legitimate interest assessment". This burden becomes even more important given the situation of greater vulnerability of children and adolescents who represent data subjects. Furthermore, we note that the GDPR, for example, establishes that this legal basis cannot be adopted in relation to advertising, profiling, targeting and analysis, as well as categorization processes, for processing data from children and adolescents.

expectations of the data subject and respects, above all, the fundamental rights and freedoms of that individual. It is also necessary to note that the data processed under this legal basis must comply with the principles of need and transparency: for each type of processing operation, a proportionality test must be carried out.

2.3. ERT, PANDEMIC AND OPERATIONS CARRIED OUT WITH DATA FROM ADOLESCENTS

Taking into account the pandemic situation, in which the suspension of in-person classes and the temporary replacement of remote learning was determined, HEIs needed to adapt to the use of digital media, collecting a greater volume of data from students and carrying out their pedagogical projects in a different way than initially intended.

When the enrollment and the execution of the respective contract arose, data subjects and those responsible for them were informed that some operations would be essential for the provision of services, but not necessarily that those means would be used to operationalize asynchronous and synchronous activities. Thus, unlike distance learning, ERT is an exceptional and temporary modality (as long as the authorization period lasts).

ERT was imposed by legal and regulatory requirements. Even so, there was a certain permissibility of choice as to which means could be used by the institutions, provided that this option was able to provide access, availability, and monitoring of the content offered, as well as carrying out evaluations during the period of authorization (Article 1 of MEC Ordinance No. 343, of March 17th, 2020). In other words, the discretion mentioned herein does not refer to whether or not migrate to remote education but it actually resides in the design of the technologies to be employed.

Within the scope of GDPR, regarding the purposes pursued by the Universities with the processing in that period, educational purposes (e.g., Italian Data Protection Authority), public interest or, depending on the jurisdiction, contractual need were alleged. However, operations carried out with secondary purposes, such as promotional ones, would need to be anchored on other bases, such as legitimate interest. In any case, processing can only take place for what it is specified, explicit, and legal according to the purposes for which the data was collected (ANGIOLINI *et al.*, 2020, p. 54).

Many European universities, covered by the scope of GDPR – such as the Universities of Dublin City (DCU, 2020) and Edinburgh (TUE, 2020) – began to use the basis of Article 6, (1) (e), of the aforementioned Regulation during the pandemic period, which stipulates that “processing is necessary for the performance of a task of public interest or in the exercise of the official authority responsible for the processing”. This basis was applied due to the extraordinary circumstances of the continuous public health emergency caused by COVID-19, justifying that, similarly to what happened to all HEIs and society in general, HEIs had to quickly adapt to ensure the safety of students and staff, along with the delivery of classes.

From this perspective, we would have as much adequate legal bases as possible for the fulfillment of a legal obligation for people over 16 years of age and, for people under it, the

fulfillment of a legal or regulatory obligation or consent. It is possible, in this context, to evidence a problem in the implementation of special consent considering that, if the guardians of a child or an adolescent did not consent, they would be left with no alternatives to continue the course. Also, there is the issue of operationalizing consent in an emergency situation as the database used to store the record of information on data subjects who consented or not would have to be segmented, and a structure that would enable its revocation would also be necessary. A summary of the item under discussion can be seen in the Table 3.

TABLE 3 – **ROUTINELY RECOMMENDABLE LEGAL BASIS – DISTANCE LEARNING AND ERT**

MODALITY	OPERATION	DATA	LEGAL BASIS	LEGAL BASIS UNDER 16 YEARS OF AGE
DISTANCE LEARNING	ENROLLMENT	RG (ID), CPF (SOCIAL SECURITY NUMBER), VOTER REGISTRATION CARD, SCHOOL TRANSCRIPT, HIGH SCHOOL CERTIFICATE, PROOF OF MILITARY ENLISTMENT AND/OR DISMISSAL.	EXECUTION OF CONTRACT OR PRELIMINARY PROCEDURES AT THE REQUEST OF THE DATA SUBJECT.	SPECIFIC AND HIGHLIGHTED CONSENT, GIVEN BY AT LEAST ONE OF THE PARENTS OR LEGAL GUARDIANS. COMPLIANCE WITH LEGAL OR REGULATORY OBLIGATIONS.
DISTANCE LEARNING	REGISTRATION/ USE OF INTERNAL SYSTEMS	FULL NAME, EMAIL (PERSONAL OR PROVIDED BY THE SCHOOL), ENROLLMENT NUMBER, LOGIN, AND PASSWORD.	EXECUTION OF CONTRACT OR PRELIMINARY PROCEDURES AT THE REQUEST OF THE DATA SUBJECT.	SPECIFIC AND HIGHLIGHTED CONSENT, GIVEN BY AT LEAST ONE OF THE PARENTS OR LEGAL GUARDIANS. CONTRACT EXECUTION
ERT	CONTINUITY OF SERVICE PROVISION	FULL NAME, EMAIL (PERSONAL OR PROVIDED BY THE SCHOOL), ENROLLMENT NUMBER, LOGIN, AND PASSWORD.	COMPLIANCE WITH LEGAL OR REGULATORY OBLIGATIONS.	COMPLIANCE WITH LEGAL OR REGULATORY OBLIGATIONS.

Source: Authors’ own elaboration.

3. PROCESSING SENSITIVE DATA OF MINORS

LGPD states, in its Art. 5, II, that sensitive personal data is the one that deals with personal information on racial or ethnic origin, religious conviction, political opinion, membership

in a union or organization of a religious, philosophical, or political nature, health or sexual life, genetic or biometric data when linked to a natural person. There is a discussion about the accuracy or explanatory character of the mentioned article content. In this regard, it is necessary to bear in mind that the understanding of what represents sensitive data may vary from one country to another.

It is important to note that Art. 11 of the LGPD, which raises the hypotheses in which sensitive personal data can be processed,¹⁴ states that its provisions apply to any treatment that *discloses* sensitive personal data and that may damage the data subject. In this context, there is objectively sensitive information, such as fingerprints and facial recognition, collected either in exams and in other means that can be inferred from the processing context. A person's image or voice may not present itself as sensitive data. But if it is used to identify race or ethnicity, it will have different circumstances.

Furthermore, sensitive personal information is the one whose processing may lead to discrimination against its data subject and is susceptible to stricter protection, in other words, the law should only authorize the processing of such data in indispensable situations, bringing the burden of proof of indispensability to the controller (CCGD, 2020, p. 22). It is always necessary to analyze specific cases; however, as a rule, the processing of biometric and genetic attributes should occur based on the regime for the processing of sensitive personal data (CCGD, 2020, p. 21).

In the following items, it will be analyzed the processing of sensitive personal data of adolescents for classes recording (synchronous teaching activities) and remote testing. It is argued that, for both purposes, the most adequate legal basis consists in obtaining the consent of the data subject, or of the person responsible for them, for certain purposes (Art. 11, I, of LGPD).

3.1 USE OF VIDEOCONFERENCING PLATFORMS AND CLASS RECORDING

The migration of education to remote teaching due to the pandemic has led many HEIs to make use of third-party service providers, such as Zoom, Google Meet, Microsoft Teams, among others, to continue synchronous class activities. It raises a number of concerns, especially from a privacy and data protection perspective. This movement of "platforming education" resulted in points of friction with the personal data protection regime, such as:

...

- 14 The hypotheses include: i) when the data subject/legal guardian consents, in a particular and prominent manner, for specific purposes; and ii) without the provision of consent, when it is essential for: a) compliance with a legal or regulatory obligation; b) execution of public policies provided for in laws or regulations; c) conducting studies by a body of research; d) regular exercise of rights; e) protection of life or physical safety of the owner or third party; f) health protection; and g) guarantee of fraud prevention and security of the data subject during the identification and authentication processes of registration in electronic systems.

the attribution of roles and responsibilities to the actors involved, the transparency of processing, and the possibility for data subjects to exercise their rights, in addition to the issue of international data transfer. The unclear definition of processing purposes, as well as the assignment of roles and responsibilities between the University and the platform, create a situation of detrimental opacity for the data subjects involved, including students and professors (ANGIOLINI *et al.*, 2020, p. 46-48).

Many of these platforms enable to record sessions. Regarding the personal data involved, filming students means that the recorded data may reveal (i) information about their racial or ethnic origin; (ii) attributes that may lead to their biometric identification; and (iii) expose statements that contain political opinion, membership in a union or organization of a religious, philosophical, or political nature, or either reference to information on health or sexual life.

In this regard, although HEIs hardly use the data of this type of recording (classes) for purposes such as ethnic-racial identification of the student, unlike what could happen in the college entrance examination panel that analyzes the admission of quota students, the great concern lies in inferences. Let's imagine that, in a class on party political organizations in Brazil, students start to express their positions. If the HEI reproduces it for other classes without the authorization of students, for example, this information will obviously be exposed, with inappropriate and discriminatory use of data, demanding accountability from HEI. Therefore, it is worth reflecting on whether this operation is necessary for processing data.

Therefore, the first question to be asked is: what is the purpose of data processing? Can this purpose be fulfilled in any other way? If there are less intrusive ways to accomplish it, the processing does not pass the test of the principle of necessity. It is noteworthy that the determination of the purpose and documentation of operations considering the risks associated with them must occur before the processing,¹⁵ even because the National Data Protection Authority (ANPD) may determine that the controller must prepare an impact report on the protection of personal data, including sensitive ones, regarding its processing operations (Art. 37, of the LGPD).

If the purpose is service offering or continuity, there are other ways to do so. Possible options are, for instance, recording only the teacher in more expository approaches, as many applications are viable, such as Zoom, which features the speaker view mode, in such a way that only the teacher is filmed. Another option consists of editing videos and removing students' statements. In any case, it is interesting to point out that this option would generate the burden of due elimination for HEI.

...

15 The ICO GDPR Guide provides interesting observations on special category data (ICO, 2018).

It does not mean that the recording of classes with image and voice of students is prohibited, however, for providing educational services – or their continuity, the operation proves to be excessive.

During the pandemic, a question arose about how HEIs would prove that students were having access and availability to the content offered and that assessments were being carried out during the authorization period (as required by Art. 1 of MEC Ordinance No. 343, of March 17th, 2020). In this context, many HEIs started to consider recording the classes to prove, in case of inspection, that they were complying with the determination.

At this point, in an analogous sense, if the purpose is to prove compliance with a standard, other tools can be used to do so without collecting and processing sensitive data. Using the Zoom example again, the platform features, like many others (e.g.: Google Meet), a reporting tool, which shows who was responsible for opening the room, in which participants joined in, how long they stayed connected, what was the duration of the meeting (time stamp), in addition to the possibility of using the chat tool to register attendance, for example.

Therefore, to record images and voices of students, the most recommended legal basis is the consent of Art. 11, I, given by the data subject, or legal guardian in the case of children under 16 years of age. *But what if there is no consent?* If consent is not obtained, considering that recording, in this case, is not strictly necessary for the intended purpose, HEI needs to guarantee access to the content offered in other ways. As previously mentioned, editing may be used to delete a student's statement, for example.

A creative solution is to elaborate an image and voice usage term with a specific and highlighted clause for data protection. Mainly in the case of people over 16 years old and in small classes, the registration of consent could occur in the recording itself. After all, the LGPD does not require written consent. Furthermore, it is important to emphasize the impossibility of using the legitimate interest for operations carried out with sensitive data. This legal basis cannot be used to the detriment of the fundamental rights and freedoms of the data subject.

Regardless of the legal basis adopted for recording the image and voice of students, minors or not, the deletion of files is recommended at the end of the course, as well as that data subjects and their guardians have sufficient information about the technical and administrative measures adopted for data protection and storage, as well as disposal periods, in accordance with the pre-determined purposes of data processing. Furthermore, HEI must employ sufficient means to ensure the safety of this information (such as encryption, access control, and secure storage).

3.2 E-PROCTORING AND REMOTE TESTING

Another current relevant issues are exams for admission to HEIs, such as college entrance examinations, which have a considerable number of applicants under 16 years of age. With the spread of COVID-19, testing in the online environment has also become a challenge,

including the question of how to prevent potential student fraud. Within this, concerns about ensuring the integrity and validity of this type of evidence started to rely on inspection systems (e-proctoring), which allow the monitoring of students in real-time (ANGIOLINI *et al.*, 2020, p. 64).

This type of exam emerged as an alternative for HEIs to continue their selection processes for admission, while also allowing people in different locations to be able to take exams without the need to leave their location. However, the functioning of these tools may depend on the collection and generation of personal data, so it is important to consider the context in which operations are performed and their purposes. This type of proof involves digital authenticators, in other words, biometric data, such as facial recognition and fingerprint collection. Would it be a prerogative of HEI to guarantee the veracity of the data?

Among the essential concerns about the protection of personal data, an important point is the data collected to *monitor* the candidate, such as the capture of photos, videos, audio, and screen activity during the exam. Furthermore, there is the fact that many electronic monitoring systems have shown difficulties in correctly recognizing black male and female students (ANGIOLINI *et al.*, 2020, p. 65).

Regarding data protection principles, particularly transparency, when collecting personal data from data subjects, it is necessary to inform them, in a clear and precise manner, as well as in an accessible and understandable language, about the processing that will be performed, including any sharing of information. It is also necessary to ensure that data processing takes place in accordance with the stated purposes and that only the strictly necessary personal data for the achievement of the determined processing purpose is indeed treated, avoiding the collection and use of excessive and unnecessary data.

There are several platform-specific services for pre-employment exams, so the processing linked to them may involve the collection of various personal data. The most common examples of it include (i) login and profile data (such as e-mail, first name, last name, username, password); (ii) candidate student contact details (such as telephone number, home address, etc.); (iii) time and duration of the test; (iv) audio, video and photo recording of the candidate; (v) answers to questions; (vi) transcription of candidates' responses in interviews; (vii) documents related to the selection process (resume, motivation letter, essay or other relevant documents); (viii) data from the electronic device to be used for the test (operating system, browser, processor, IP address, etc.); and (ix) activities and movements on the candidates' screen during the exam, as well as pages and applications used.

It is important to point out that data related to the documentation provided by the data subject to the selection process can be cross-checked with the information collected in the test, so that some platforms make the biometric capture at the time of registration, such as the EasyProctor. Video and audio monitoring is also common, in which the system transcribes the speech and sends alerts to the controller, gazes deviations, head movements to the opposite side of the screen, and detects face absences. Considering that HEIs have access

to all recordings and alerts and that they are responsible for contracting the services, they will be considered as controllers or co-controllers, depending on the specific case. Generally, the contractual instrument for this type of service, such as the one on the aforementioned platform, contains provisions for conducting audits, supervising tests, and carrying out remote monitorings.

Regarding remote evidence applications, a basis that could be claimed is the execution of a contract or preliminary procedures at the data subject request, as it would allow the processing of data to enforce the contract in which he or she is a party of and/or has an interest in the execution – in this case, the selection process. Similarly to consent, this basis could also be applied to the processing of sensitive personal data, by the provision of Art. 11, II, “d”, of LGPD.

However, the greatest risk for using the legal basis of contract execution while collecting remote evidence is the possibility of claiming that not all personal data collected is essential or fundamental for the system functioning and test performance. This is because there may be differentiation in the purposes of data processing, some of which may, in fact, be essential for the technical implementation of the remote testing platform (such as information about the machine on which the candidate takes the test), while others would be handled to ensure a suitable process (such as monitoring of on-screen activities, as well as audio and video recordings) – a purpose that is relevant in the context of assessment or examination, but whose need can be further questioned whether it is possible to obtain the same contract performance through less invasive means.

The question about the possibility of using the basis of legitimate interest in remote testing arises when observing its choice for the same context in foreign universities, for example, the University of Tilburg, in the Netherlands. This university, for example, justifies the use of the legitimate interest basis (in the scope of the GDPR) arguing that the purpose of using remote assessment platforms is to maintain the quality of education and public value of diplomas issued by it, to avoid delays in studies, and to protect the health of its students and staff, among others. Furthermore, in certain cases, the university offers alternatives for students who do not wish to take the tests remotely.

However, even if the use of platforms is relevant to the institution’s activities and there is a certain benefit to the candidate, there may be questions about the real need for all data processing related to assessments, especially those involving students monitoring.

It is also important to emphasize that, in cases in which the platforms have facial recognition features, other technologies that use biometric data or that in any other way handle sensitive personal data, the basis of legitimate interest cannot be applied, as it is not explained in the list of Art. 11, of the LGPD.

Although remote tests raise questions regarding the use of consent (Art. 11, I, of the LGPD) as a legal basis, it is argued that they are the most adequate foundations for this purpose. Evidently, there is difficulty in implementing a granular consent and acceptance for data

processing, especially related to the capture of photos, video, audio, etc., it would consist of a condition for participation in the test. In other words, using consent would not be possible to offer the candidate the option of agreeing to the processing of some data and rejecting others, not even proceeding with the examination.

However, we note that some of that data is effectively necessary for the technical implementation of the test system, such as the one related to the operating system and other information about the candidate's equipment. Other may be related to the justification of maintaining the suitability of the process and prevent fraud (e.g.: capturing of audio and image and monitoring of activities on the screen), ensuring the identity of individuals and preventing them from using consultation materials or methods which are not allowed. In part of the systems currently used, the verification of the candidate's identity or the suitability of their test environment depends on their constant sound and visual monitoring.

Thus, considering the characteristics of consent, especially the one that establishes that it must be free, conditioning remote tests to the acceptance of personal data processing in a "package", without the possibility of dividing it, seems, at first sight, invalid. However, the LGPD text itself allows such conditioning, as long as certain precautions are taken: Art. 9, paragraph 3, establishes that, in cases in which the processing of personal data is a condition for the supplying of a product, service, or the exercise of a right, the data subject must be prominently informed about this fact and about how they may exercise the rights provided for in Art. 18 of the law.

Although there is a risk in using consent as a legal basis for the processing of personal data in the context of remote testing, this basis can be used for the processing of common and sensitive personal data, as well as the ones for persons under 16 years of age. Furthermore, since such processing constitutes a condition for offering service, this fact must be duly informed to the data subject, along with information on how they may exercise their rights.

CONCLUSIONS

With this paper we sought to provide possible interpretations of the legal treatment regarding Art. 14 of the LGPD, along with related norms, looking for best practices and guaranteeing the protection of children and adolescents, while taking into account the issue of autonomy, especially considering the civil regime for the relatively incapable ones (people over 16 years old and under 18 years old). To support this contribution, we used international and foreign authorities references, in addition to the authors' experience in two years of research on strategies for compliance with personal data protection laws in Brazil and the implementation of procedures and development of materials for Higher Education. With this work, our proposal was also to design practical solutions for new difficulties faced by HEIs in Brazil, in addition to the need to adapt to the new law and international guidelines. The context of the pandemic accelerated the digitalization of education, and, with it, problems related to the

vulnerability of children and adolescents were added due to the protection of their personal data in digital medias and tools.

Following the example of European data protection regulations and valuing special and priority integral safeguard of children and adolescents, the LGPD brought stricter legal obligations to the controller responsible for handling personal data of such data subjects. The concern with this special category reflects the need to protect the developing person, considering their vulnerable status. In other words, children and adolescents will be less aware of the risks to which their fundamental rights and freedoms may be exposed.

The lack of clarity and detail on the LGPD's protection regime for minors raises a series of questions regarding the requirement of special consent (Art. 14, § 1). In this article, we sought to evidence this issue, exposing concrete situations that illustrate the changes that Brazil has been facing, especially in education.

Distance learning has been growing in recent decades and has become an important reference for the use of digital media for synchronous and asynchronous activities in teaching. In March 2020, there was a paradigm shift for HEIs with the use of the ERT. This change was accompanied by difficulties in its implementation, imposed by social isolation as a public policy. In addition, a solution given by the HEIs for the continuity of their admission selection processes was the use of remote testing, with sensitive data collection and candidate monitoring.

Regarding these contexts, we sought to propose an analysis of the most appropriate legal bases and the consequences of these choices for the processing of adolescents' data, as Art. 14, § 1, does not expressly mention teenagers when referring to special consent required for children. We acknowledge that it does not represent the only legal basis applicable to transactions carried out with data from minors; the special consent, however, it constitutes an important possibility for managing the parents or guardians and protecting the minor. In any case, the principles of need and transparency are essential for this choice process. Such protection should be prioritized by respecting the freedom and autonomy of the young person. There is no exact answer to every abstract hypothesis, but concrete circumstances must be analyzed within these parameters.

REFERENCES

ANGIOLINI, Chiara *et al.* Remote Teaching During the Emergency and Beyond: Four Open Privacy and Data Protection Issues of 'Platformised' Education. *Opinio Juris in Comparatione: Studies in Comparative and National Law*, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 45-72, 2020. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3779238>. Accessed on: July 7th, 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTÁGIOS – ABRES. *Estatísticas*. 2020. Available at: <https://abres.org.br/estatisticas/>. Accessed on: Aug. 1st, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção dos dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado*. Available at: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Accessed on: July 1st, 2021.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. 2020a. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Accessed on: Aug. 1st, 2021.

BRASIL. Governo Digital. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): guia de boas práticas para implementação na Administração Pública Federal*. Apr. 2020b. Available at: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/guias/guia_lgpd.pdf. Accessed on: July 11th, 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Accessed on: Aug. 1st, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Available at: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacao-original-1-pl.html>. Accessed on: July 11th, 2021.

BRASIL. *Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Accessed on: August 1st, 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. *Censo mostra que ingresso de alunos cresceu 8,5% em 2008*. Available at: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/32123#:~:text=Em%202017%2C%20o%20aumento%20foi,queda%20no%20n%C3%BAmero%20de%20matr%C3%ADculas>. Accessed on: Aug. 10th, 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. *Perguntas frequentes sobre educação superior*. Available at: <http://portal.mec.gov.br/sesu-secretaria-de-educacao-superior/perguntas-frequentes>. Accessed on: Aug. 1st, 2021.

CASTIONI, Remi *et al.* Universidades federais na pandemia da covid-19: acesso discente à internet e ensino remoto emergencial. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação* [online], v. 29, n. 111, p. 399-419, 2021. Available at: <https://doi.org/10.1590/S0104-40362021002903108>. Accessed on: May 29th, 2021.

DUBLIN CITY UNIVERSITY – DCU. *Data Protection Privacy Notice: Recording of Lectures*. Oct. 2nd, 2020. Available at: <https://www.dcu.ie/sites/default/files/inline-files/1-dcu-privacy-notice-recording-of-lectures-v1-02.10.2020.pdf>. Accessed on: Dec. 6th, 2020.

EUR-LEX. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Available at: <https://eurlex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj?locale=pt>. Accessed on: June 12th, 2020.

GUSSO, Hélder Lima *et al.* Ensino superior em tempos de pandemia: diretrizes à gestão universitária. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 41, e238957, 2020. Available at: <https://doi.org/10.1590/ES.238957>. Accessed on: May 29th, 2021.

INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE – ICO. *Guide to Data Protection*. Key data protection themes: children. United Kingdom. Available at: <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/>. Accessed on: Oct. 9th, 2023.

THE UNIVERSITY OF EDINBURGH – TUE. *Lecture Recording Policy*. Available at: <https://www.ed.ac.uk/information-services/learning-technology/media-hopper-replay/help-and-support/frequently-asked-questions/lecture-recording-policy>. Accessed on: Dec. 6th, 2020.

YANDRA, Barbara Fernanda Ferreira; SILVA; Amanda Cristina Alves; SANTOS, Jéssica Guedes. Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais. *Internet & Sociedade*, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 230-249, 2020. Available at: <https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/02/Lei-Geral-De-Protec%C3%A7%C3%A3o-De-Dados.pdf>. Accessed on: Dec. 6th, 2020.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

ZAPPELINI, Thaís Duarte; SCHIPPERS, Laurianne-Marie; SILVA, Alexandre Pacheco. Personal Data of Adolescents in Higher Education: The LGPD and the Use of Digital Media for Teaching Activities and Remote Testing. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2335, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202335>

Thaís Duarte Zappellini

POST-DOCTORAL FELLOW AT THE LEMANN CENTER FOR BRAZILIAN STUDIES (UNIVERSITY OF ILLINOIS AT URBANA-CHAMPAIGN, USA).

PH.D. AND MASTER IN POLITICAL AND ECONOMIC LAW AT MACKENZIE PRESBYTERIAN UNIVERSITY.

thaisdz@illinois.edu

Laurianne-Marie Schippers

MASTER'S STUDENT IN INTERNATIONAL RELATIONS AT THE INSTITUTE OF INTERNATIONAL RELATIONS AT THE UNIVERSITY OF SÃO PAULO (IRI – USP). BACHELOR OF LAW FROM GETULIO VARGAS FOUNDATION (FGV). RESEARCHER AT THE CENTER FOR EDUCATION AND RESEARCH ON INNOVATION (CEPI – FGV DIREITO SP) AT FGV.

laurianne.schippers@fgv.br

Alexandre Pacheco da Silva

PH.D. IN SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL POLICY FROM THE GEOSCIENCES INSTITUTE OF THE STATE UNIVERSITY OF CAMPINAS (UNICAMP). COORDINATOR OF THE RESEARCHER AT THE CENTER FOR EDUCATION AND RESEARCH ON INNOVATION (CEPI – FGV DIREITO SP) AT GETULIO VARGAS FOUNDATION (FGV). PROFESSOR OF UNDERGRADUATE AND GRADUATE PROGRAMS AT FGV DIREITO SP. FOUNDER OF THE LABORATORY FOR NEW TECHNOLOGY COMPANIES (LENT), THE LABORATORY FOR TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT IN LAW (LABTECH) AND THE INNOVATION LABORATORY (INOVALAB). COORDINATOR OF THE LEGAL HACKERS STUDY GROUP AT FGV DIREITO SP.

alexandrepachecodasilva@gmail.com

Recebido: 03.01.2022

Aprovado: 10.03.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202336>

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-7761-1315>

2 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-9084-9697>

3 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1943-0110>

4 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-6440-5638>

5 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1219-2279>

6 Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-5755-6363>

7 Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-2489-1058>

8 Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-6187-8330>



O STF e as medidas para prevenção e tratamento da covid-19

STF AND THE PUBLIC MEASURES FOR COVID-19 PREVENTION AND TREATMENT

*Daniel Wei Liang Wang¹, Ana Luiza Gajardoni de Mattos Arruda²,
 Bruno da Cunha de Oliveira³, Ezequiel Fajreldines dos Santos⁴,
 Gabriela Tiemi Moribe⁵, Leonardo Nochang Heck⁶, Luiz Fernando
 Gomes Esteves⁷ e Marcela Pereira Pedro⁸*

Resumo

O presente artigo analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre políticas para prevenção e tratamento da covid-19. Com o auxílio da ciência de dados e da inteligência artificial, foi realizada a coleta sistemática e exaustiva da jurisprudência da Corte sobre esse assunto. As decisões coletadas foram organizadas e classificadas nos seguintes temas: distanciamento social; medidas diversas de combate à pandemia; uso de máscara; requisição administrativa; leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI); vacinação; e acesso a dados. As decisões dentro de cada um desses temas foram analisadas para entender quais questões foram decididas pelo STF e como foram julgadas. A organização e a análise de 253 decisões nos permitem chegar, com *nuances* e detalhes, a algumas conclusões gerais sobre o papel da Corte em matéria de medidas para prevenção e tratamento da covid-19: parte significativa das decisões foi monocrática e em sede de liminar, o STF buscou proteger a capacidade de entes estaduais responderem à covid-19, foram manifestadas opiniões críticas à atuação do governo federal, em diversos casos houve explícita sobreposição entre questões formais de competência federativa e avaliações substantivas sobre a melhor política, e houve hesitação do STF em determinar a realização de medidas muito complexas para o combate à pandemia de covid-19.

Palavras-chave

STF; covid-19; distanciamento social; vacina; ciência de dados.

Abstract

This article analyses the case-law of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in relation to the policies for the prevention and treatment of Covid-19. With the support of data science and artificial intelligence, the STF's decisions were systematically and exhaustively collected. These decisions were organized and classified into the following topics: social distancing, miscellaneous responses to Covid-19, face covering, requisition of private property, ICU beds, vaccination, and access to information. The organization and analysis of 253 judgments allow us to draw, with nuance and in detail, the following conclusions: an important share of the STF's decisions was preliminary injunctions and made by a single Justice, the Court sought to protect the capacity of local governments to respond to the pandemic, some decisions show a critical attitude of the Court in relation to the federal government, in many cases there is an explicit overlap between the formal assessment of which federal entity (the federal government, state governments or municipal governments) has the authority to decide an issue and the substantive analysis of which policy should be implemented, and the STF has been hesitant to order complex measures for responding to the Covid-19 pandemic.

Keywords

Supreme Federal Court; Covid-19; social distancing; vaccine; data science.

INTRODUÇÃO

O efeito devastador da pandemia de covid-19, assim como o impacto das medidas adotadas para conter seu avanço, gerou enormes mudanças, incertezas e perdas em um curto espaço de tempo. Nesse contexto, eram esperados frequentes conflitos na sociedade causados por divergências quanto à melhor forma de se responder à crise sanitária e econômica, e pela tentativa de indivíduos e grupos de minimizar perdas materiais e humanas e de impedir restrições às suas liberdades.

Em um país com litigiosidade judicial alta como o Brasil, não surpreende que muitos desses conflitos fossem levados ao Judiciário. Ademais, considerando que o Supremo Tribunal Federal (STF) há muito tem assumido protagonismo nas decisões políticas e sociais de maior relevância (VIEIRA, 2008; ARGUELHES e RIBEIRO, 2016), seria também previsível que o STF acabasse se tornando o árbitro de questões centrais relativas à pandemia.

No Brasil, há ainda dois elementos que aumentam a propensão a que questões fossem levadas ao Judiciário e a que o STF tivesse protagonismo nessa crise. Primeiro, a atuação errática e frequentemente em descompasso com o consenso científico por parte do Executivo federal, que minimizou a gravidade da pandemia e a importância de diversas medidas para lidar com ela. Segundo, e ligado ao primeiro, as frequentes disputas sobre competência federativa causadas pela ausência de coordenação do governo federal para uma resposta nacional à covid-19 e as situações em que o presidente da República tentou obstruir respostas de governos subnacionais (ABRUCIO, 2020; GLEZER, 2021).

Portanto, compreender a jurisprudência do STF durante a pandemia é central para entender a resposta do Estado brasileiro à crise sanitária. O STF não apenas tomou decisões substantivas importantes relacionadas às políticas de combate à pandemia, mas também decidiu quem tem competência para tal ao resolver conflitos de competência entre entes federativos, o que também impactou os resultados das políticas contra a covid-19.

Já existem trabalhos que analisam a jurisprudência do STF sobre medidas de combate à pandemia. Wang (2020) identificou uma atuação do STF que (i) garantiu a competência de entes locais, (ii) hesitou em impor a realização de políticas ou interferir em decisões discricionárias, (iii) mas reiterou a necessidade de que essas políticas fossem baseadas em evidência científica. Oliveira e Madeira (2021), a partir da revisão da literatura e da análise de dados primários, concluíram que o STF exerceu seu papel de conter medidas “autoritárias” do presidente da República relativas à pandemia. Biehl, Prates e Amon (2021), por sua vez, argumentaram que o STF tomou medidas importantes, embora insuficientes, para proteger o direito à saúde e conter a “necropolítica” praticada pelo presidente Bolsonaro.

Esses trabalhos certamente ajudam a compreender o papel do STF durante a crise sanitária. Porém, cada um deles possui pelo menos duas das seguintes limitações: ausência de critério claro para a escolha dos casos analisados, o que aumenta o risco de vieses de seleção, de *cherry-picking* para confirmar uma narrativa, ou simplesmente de uma visão incompleta da jurisprudência da Corte; limitação a determinados temas ou classes de ação, o que apresenta

uma visão parcial da atuação do Supremo; foco em dados objetivos extraídos dos processos, mas pouco dispêndio de atenção para informações relevantes, como o assunto discutido, o que foi efetivamente decidido pelo STF e a fundamentação das decisões.

O presente artigo é parte de um projeto de pesquisa que busca oferecer uma análise da jurisprudência do STF que supere todas essas limitações. Com o auxílio da ciência de dados e da inteligência artificial, fez-se um levantamento minucioso de todas as decisões do STF em que houve menção à pandemia de covid-19. Posteriormente, essas decisões foram classificadas e agrupadas em temas. Para o presente artigo, foram selecionadas para análise as decisões relativas a medidas de proteção à saúde, seja para prevenção, seja para tratamento da covid-19, que abarcam os seguintes temas: distanciamento social; medidas diversas de combate à pandemia; uso de máscara; requisição administrativa de equipamentos de saúde; leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI); vacinação; e acesso a dados. Esses são possivelmente os temas em que a atuação do STF suscitou maior atenção da opinião pública, gerou maior conflito político entre o Executivo federal e os governos estaduais e o próprio STF, e afetou diretamente os rumos das políticas durante a pandemia.

Este estudo faz a coleta sistemática e exaustiva da jurisprudência pertinente, organiza e classifica o material em temas, e analisa-o para responder às seguintes perguntas: quais questões foram decididas pelo STF, e como elas foram decididas? Em que casos o STF interferiu na política pública e em quais foi deferente à discricionariedade de governos? Como disputas relativas à competência federativa foram resolvidas? Se e como as preferências de *policy* dos ministros se manifestaram nas decisões? Quais padrões na jurisprudência do STF podem ser identificados a partir da análise de um conjunto grande de decisões sobre diversos temas correlatos? Espera-se, assim, oferecer uma visão mais completa e complexa da atuação do STF em matéria de políticas para prevenção e tratamento da covid-19.

I. METODOLOGIA

Este estudo tem como objetivos: (i) identificar as decisões relacionadas à covid-19 na jurisprudência do STF durante os primeiros 15 meses de pandemia, (ii) classificá-las em temas, (iii) analisar o(s) pedido(s), a decisão e a fundamentação dos julgados e (iv) identificar assuntos recorrentes e transversais que aparecem em diferentes temas. A análise será eminentemente qualitativa, porém, quando for pertinente, serão trazidos levantamentos estatísticos.

Como mencionado, este artigo faz parte de um projeto maior que busca analisar toda a jurisprudência do STF relacionada à covid-19. Para isso, foi construído um banco de dados com a totalidade das decisões tomadas pelo STF entre 15/01/2020, quando foi registrada a primeira decisão relacionada à covid-19, e 23/06/2021, quando a coleta foi encerrada e as análises iniciadas. Cortes temporais são necessários para viabilizar pesquisas, mas também as limitam. Porém, esse período abrange o início da pandemia e os picos das duas ondas em que o número de mortos e infectados atingiu os níveis mais elevados e, portanto, litígios eram

mais frequentes e dramáticos. Também abarca o período em que se expande a vacinação, levando ao arrefecimento da pandemia e das medidas mais rigorosas para combatê-la.

A primeira etapa para a construção desse banco foi a elaboração de um programa escrito em *python* para realizar consultas automatizadas na ferramenta “Pesquisa de Jurisprudência” do site do STF.¹ Por meio do programa foram realizadas consultas na ferramenta utilizando-se as palavras “corona”, “covid” e “pandemia”. O programa cria uma planilha com os resultados das buscas e elimina as duplicidades.

A coleta de decisões resultou em 5.841 entradas no banco de dados. Esse material foi analisado de forma exploratória com algoritmos de aprendizado de máquina não supervisionado. O objetivo desse algoritmo é criar grupos de documentos (*clusters*) de acordo com padrões encontrados no conjunto de palavras que compõe as decisões. O primeiro achado foi que cerca de 80% das decisões tratavam de matéria penal. Tais decisões foram trabalhadas em outro texto (WANG *et al.*, no prelo). As decisões restantes passaram por outras rodadas de “clustering” e, a partir dos novos *clusters* encontrados e do interesse da pesquisa, as decisões foram classificadas em temas. Posteriormente, cada decisão foi analisada pela equipe de pesquisa para garantir a acurácia da classificação. Foram excluídos os falsos positivos (casos que não possuem relação com a pandemia), os casos em segredo de justiça e aqueles referentes a andamentos processuais. Ao final, restaram 1.125 casos para análise.

Entre tais casos, no presente artigo serão analisados apenas aqueles relativos à proteção da saúde, incluindo medidas para prevenção de contágio e ações e serviços para tratamento das pessoas infectadas. Esses casos estão classificados entre os seguintes temas: distanciamento social, medidas gerais de combate à pandemia, uso de máscara, requisição administrativa de equipamentos de saúde, leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), vacinação e acesso a dados. O material restante – inclusive sobre direito penal e medidas relativas aos impactos econômico, social e financeiro da covid-19 – será objeto de futuras publicações.

Como o propósito principal do texto é entender o posicionamento do STF sobre esses assuntos, não foram analisadas decisões com fundamento puramente processual (perda do objeto, ilegitimidade da parte, incompetência do juízo ou perda do interesse de agir),² embora possam ser ocasionalmente citadas para fins de contextualização ou ilustração. Ao todo, este artigo cobre 253 decisões.

Usando a taxonomia proposta por Hall e Wright (2008, p. 90), este artigo pode ser classificado como um estudo descritivo/exploratório. Mais especificamente, o método de análise

...

¹ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search.com>.

² Foram incluídos na análise casos julgados em que, ainda que formalmente decididos por razões processuais, era difícil distinguir questões processuais das de mérito, por exemplo, discussões sobre a presença de requisitos fáticos para determinada ação.

empregado busca combinar um tipo de interpretação de julgados comum na dogmática jurídica, que procura o sentido e o peso jurídico das decisões, e análises de conteúdo mais próximas das Ciências Sociais, que se preocupam com replicabilidade e trabalham com um número maior de casos para identificar padrões no comportamento judicial.³

Embora parte do material tenha sido analisada quantitativamente, a diversidade de assuntos trazidos para uma decisão da Corte, a importância diferente de cada decisão e o foco na argumentação jurídica impedem uma apresentação mais sistemática e codificada dos resultados. Optou-se, portanto, por uma abordagem predominantemente qualitativa, com base em uma descrição das decisões de cada tema guiada por perguntas-chave. A partir das conclusões parciais em cada tema, o artigo propõe conclusões gerais e empiricamente informadas sobre a atuação do STF no período.

2. DISTANCIAMENTO SOCIAL

Até o advento das vacinas, o distanciamento social era a principal medida de contenção da covid-19.⁴ Porém, medidas de distanciamento social foram frequentemente objeto de questionamento por seu impacto sobre a economia e a vida das pessoas. Elas também estiveram no centro da disputa política entre o presidente da República, abertamente contrário a essas medidas, e governadores e prefeitos que buscavam implementá-las.

Nesse eixo foram analisadas 148 decisões, sendo 11 em sede de controle abstrato de constitucionalidade – ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) e arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) – e 137 em sede de controle concreto – ações cíveis originárias (ACOs), reclamações constitucionais (RCLs), suspensões de liminar (SLs), suspensões de segurança (SSs) e suspensões de tutela provisória (STPs).

2.1. CONTROLE ABSTRATO

Três decisões de março e abril de 2020 – ADPF n. 672, ADI n. 6341 e ADI n. 6343⁵ – são importantes por marcarem a posição do STF em relação à competência dos entes subnacionais para decidir sobre imposição de medidas de distanciamento social quando, logo

...

- 3 Sobre as diferenças e sinergias entre métodos de interpretação tradicionais do Direito e métodos de análise de conteúdo das Ciências Sociais, ver Hall e Wright (2008).
- 4 Por distanciamento social (também chamado de isolamento social) entendemos a redução das interações em uma comunidade, que pode incluir pessoas não diagnosticadas como infectadas, e que pode ser implementada por decisão voluntária individual ou por imposição de limites a atividades que promovam contato social.
- 5 Os dados completos das decisões citadas neste artigo estão disponíveis no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.1FPGX2>.

no início da pandemia, o governo federal buscou limitar o poder de governos locais para as decretar.

A ADPF n. 672 pedia que o STF determinasse ao governo federal que (i) adotasse medidas econômicas para garantia da manutenção de produção, emprego e renda e (ii) se abstinhasse de praticar atos contrários às medidas de isolamento social adotadas pelos estados e municípios. Em liminar do relator ministro Alexandre de Moraes, posteriormente referendada pelo pleno, o STF entendeu que não cabia ao Judiciário substituir o juízo discricionário do Executivo para determinar a realização de medidas econômicas. Sobre o segundo pedido, o STF declarou que, sem prejuízo da competência da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, não compete ao governo federal afastar tais medidas adotadas por governos subnacionais no exercício de suas competências.

A ADI n. 6341 insurge-se contra a Medida Provisória (MP) n. 926/2020 (BRASIL, 2020a), que modificou a Lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b) para dar poder ao presidente para dispor via decreto sobre os serviços públicos e as atividades essenciais que deverão ter seu funcionamento mantido mesmo quando decretadas medidas de isolamento. Também questionava o Decreto Federal n. 10.282/2020 (BRASIL, 2020c), que trazia um rol amplo de atividades essenciais, incluindo serviços religiosos e unidades lotéricas. Tais normas atribuíam ao governo federal poder para limitar o alcance das medidas de distanciamento impostas por estados e municípios. Na mesma linha da decisão na ADPF n. 672, em decisão monocrática do relator ministro Marco Aurélio Mello, confirmada pelo pleno, o STF interpretou a legislação conforme a Constituição, reconhecendo a competência concorrente de todos os entes para legislar sobre medidas de distanciamento social. Portanto, normas federais não afastam o poder de entes subnacionais para legislar sobre essa matéria.

A ADI n. 6343 trata dos mesmos instrumentos normativos questionados na ADI n. 6341, porém com foco nos dispositivos que estabeleciam que governos estaduais e municipais somente poderiam restringir a locomoção intermunicipal se houvesse recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e autorização do governo federal. A liminar foi indeferida pelo relator ministro Marco Aurélio, mas o pleno reverteu a liminar para interpretar a Lei n. 13.979/2020 de forma a não exigir autorização federal para a adoção de tais medidas.

As decisões nas ADIs n. 6341 e 6343 deixam aberta a possibilidade do controle judicial das ações e omissões irracionais, desproporcionais ou injustificadas de qualquer ente. Enfatizaram, ainda, que as decisões das autoridades precisam estar baseadas em evidências científicas e nas diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS). Alguns ministros também direcionaram mensagens fortes ao governo federal e ao presidente Bolsonaro:

[...] o Presidente da República dispõe de poderes, inclusive, para exonerar o Ministro da Saúde,^[6] mas não dispõe de poder para exercer política pública de caráter genocida. (Min. Gilmar Mendes, ADI n. 6341)

É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. (Min. Edson Fachin, ADIs n. 6341 e 6343)

O entendimento do STF de que medidas de distanciamento social deveriam ser adotadas foi ressaltado em diversos trechos. Nas fundamentações dessas decisões também houve explícita sobreposição entre avaliações formais de competência federativa e considerações substantivas sobre a política correta a ser adotada pelas autoridades:

[...] autoridades técnicas mundiais e brasileiras apresentam o isolamento social como medida mais eficaz para o enfrentamento da crise epidemiológica... Assim, a princípio, tanto a União, quanto os Estados e os Municípios podem (e devem) adotar imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas. (Min. Gilmar Mendes, ADI n. 6343)

Em caso de ausência de norma federal suficientemente protetiva à saúde, há espaço para atuação legislativa dos demais entes. Sob esse enfoque, eventual norma estadual ou municipal ao instituir medidas mais protetivas à saúde do que a legislação federal sobre o tema, poderiam cumprir melhor as normas constitucionais. (Min. Luiz Fux, ADIs n. 6341 e 6343)

[...] a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. (Rel. Min. Marco Aurélio, ADI n. 6341)

A importância das medidas de distanciamento social foi reafirmada nas ADPFs n. 668 e 669. As ações visavam impedir a União de veicular a campanha publicitária “O Brasil não pode parar”, que minimizava a gravidade da covid-19 e desencorajava o distanciamento social. A cautelar foi deferida pelo ministro Luís Barroso, por entender que o teor da campanha ia de

...

⁶ Aqui há uma referência à iminente exoneração do então Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, devido a embates com o presidente da República.

encontro com o consenso científico quanto à gravidade da pandemia e à imprescindibilidade de medidas de distanciamento para evitar o colapso do sistema hospitalar. De acordo com o ministro, “medidas [de contenção da propagação do vírus], em cenários de baixa renda, são urgentes e devem ser rigorosas” (ADPF n. 668, p. 12). A decisão ainda tratou a questão do distanciamento social como “técnica” e, portanto, não sujeita ao julgamento discricionário do governo.

Normas estaduais e municipais que impediam cultos coletivos presenciais em templos religiosos foram objeto de decisões em controle abstrato proferidas em um período curto. Em 03/04/2021, o ministro Nunes Marques deferiu medida liminar na ADPF n. 701 para permitir a realização de tais atividades desde que observados os protocolos de segurança (PEREIRA e ARGUELHES, 2021). Essa liminar foi reconsiderada diante da decisão do pleno na ADPF n. 811, em 08/04/2021, que confirmou a constitucionalidade da vedação a cultos coletivos presenciais imposta por governo estadual, confirmando a decisão liminar deferida naquele processo pelo ministro Gilmar Mendes dias antes. Também aqui posições contrárias ao distanciamento social foram criticadas:

A questão que se coloca é se o conteúdo normativo desses preceitos fundamentais [liberdade de religião e crença] restaria violado pelas restrições à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo em razão da pandemia da COVID-19 determinadas pelo Decreto. Quer me parecer que apenas uma postura **negacionista** autorizaria resposta em sentido afirmativo. (Min. Gilmar Mendes, ADPF n. 811, grifo do autor)

Por fim, ações que questionavam normas estaduais e municipais que decretavam medidas de distanciamento social não foram deferidas pela amplitude do objeto do pedido (ADPFs n. 675 e 806) ou porque a norma questionada estava de acordo com a jurisprudência consolidada do STF (ADI n. 6855).

Em resumo, as decisões em controle abstrato apontam posicionamento claro do STF favorável à imposição de medidas de distanciamento social, expressam postura crítica em relação à conduta do presidente da República e, sobrepondo questões de competência federativa e de proteção a direitos fundamentais, impedem em abstrato que normas federais frustrem medidas impostas por entes subnacionais. Contudo, permanecem questões sobre como conflitos federativos seriam resolvidos em situações concretas ou sobre quando uma medida é razoável ou proporcional. É este o pano de fundo para se analisar os casos de controle concreto de constitucionalidade relativos ao distanciamento social.

2.2. CONTROLE CONCRETO

As ações de controle concreto foram classificadas de acordo com o tipo de atividade cuja restrição/cujo fechamento era o objeto da lide. Como apresenta a Tabela 1 a seguir, a maior parte das decisões refere-se a “comércio/serviço”. Algumas decisões que, a princípio, poderiam

entrar em “comércio/serviço” foram destacadas por terem sido objeto de análise em sede de controle abstrato (“transporte” e “templos religiosos”) ou pela atenção que tiveram no debate público (“escolas”). Nas decisões classificadas como “restrições gerais”, discute-se a imposição de restrições, mas sem especificar o tipo de atividade. Dentro de “comércio/serviço”, há decisões em que não se especifica de qual tipo de comércio/serviço se trata e, portanto, foram classificadas como “geral” (Tabela 2).

TABELA 1 — ATIVIDADES CUJA RESTRIÇÃO FOI OBJETO DE CONTROLE CONCRETO NO STF

TIPO DE ATIVIDADE	NÚMERO DE DECISÕES
COMÉRCIO/SERVIÇO	59
RESTRIÇÕES GERAIS	21
TRANSPORTE*	20
ESCOLAS	13
REGIME DE TRABALHO**	6
LOCKDOWN/TOQUE DE RECOLHER***	6
CONCURSO PÚBLICO	4
TEMPLOS RELIGIOSOS	2
SISTEMA PRISIONAL	2
INDÚSTRIA	2
CAMPANHA ELEITORAL	1
CONSTRUÇÃO	1
TOTAL GERAL	137

* Em “transporte”, incluem-se restrições aos transportes internacional, interestadual, intermunicipal e intramunicipal.

** Esta categoria trata especificamente de regime de trabalho no setor público.

*** Em “lockdown/toque de recolher” entram as decisões que citam expressamente esses termos ou fazem referência a restrições à circulação de pessoas em lugares públicos.

Fonte: Elaboração própria.

TABELA 2 — TIPOS DE COMÉRCIO/SERVIÇO CUJA RESTRIÇÃO FOI OBJETO DE CONTROLE CONCRETO NO STF

TIPOS DE COMÉRCIO/SERVIÇO	NÚMEROS DE DECISÕES
GERAL	22
ALIMENTO	11
ACADEMIA	7
BARBEARIA	4
POSTO DE COMBUSTÍVEL	3
HOTELARIA	3
ÓTICA	2
VAREJISTA DE MERCADORIA	2
MATERIAL DE CONSTRUÇÃO	2
TECIDO	1
SAÚDE	1
DRIVE THRU	1
TOTAL GERAL	59

Fonte: Elaboração própria.

Os casos também foram separados entre aqueles em que, de um lado, a ação/o recurso chegava ao STF com pedido que, se concedido, levaria a *maior* restrição a atividades e, portanto, maior distanciamento social e, de outro lado, aqueles em que a concessão pelo STF levaria a *menor* restrição e distanciamento social. A Tabela 3 mostra que o número de decisões concedendo pedidos que reduziriam o distanciamento social foi menor que o de decisões que o aumentariam, o que reflete uma postura favorável ao distanciamento social.

TABELA 3 — RESULTADO DA DECISÃO DE ACORDO COM O PEDIDO

	PEDIDO CONCEDIDO?			SOMA
	NÃO	PARCIAL*	SIM	
PEDIDO DE MAIOR RESTRIÇÃO	39	0	49	88
PEDIDO DE MENOR RESTRIÇÃO	27	3	19	49
				137

* Nas decisões em que o pedido foi parcialmente concedido, o STF optou por não fazer uma determinação que levasse a menor restrição e, portanto, estão efetivamente mais próximas das decisões que *não* concederam pedido para reduzir restrições.

Fonte: Elaboração própria.

Quando os dados sobre tipo de pedido (se maior ou menor restrição), resultado da decisão (se pedidos são concedidos) e tema são cruzados, nota-se grande variação no posicionamento do STF. Por exemplo, em matéria de “transporte”, as decisões do STF foram em grande maioria no sentido de diminuir as restrições ou de não as aumentar. Entretanto, em matéria de “comércio/serviço”, “templos religiosos” e “medidas gerais”, as decisões do STF foram mais para aumentar a restrição. Também parece haver temas em que a decisão do STF tende a não conceder os pedidos, seja para aumentar, seja para diminuir a restrição, como “escolas” (ver Tabela 4).

TABELA 4 — DECISÕES DO STF DE ACORDO COM O TEMA E O PEDIDO

		PEDIDO CONCEDIDO?			SOMA
		NÃO	PARCIAL	SIM	
COMÉRCIO/SERVIÇO	MAIOR RESTRIÇÃO	13	0	30	43
	MENOR RESTRIÇÃO	7	1	8	16
MEDIDAS GERAIS	MAIOR RESTRIÇÃO	0	0	12	12
	MENOR RESTRIÇÃO	7	0	2	9

(Continua)

		PEDIDO CONCEDIDO?			
		NÃO	PARCIAL	SIM	SOMA
TEMPLOS RELIGIOSOS	MAIOR RESTRIÇÃO	0	0	2	2
	MENOR RESTRIÇÃO	0	0	0	0
ESCOLAS	MAIOR RESTRIÇÃO	4	0	1	5
	MENOR RESTRIÇÃO	6	0	2	8
TRANSPORTE	MAIOR RESTRIÇÃO	10	0	0	10
	MENOR RESTRIÇÃO	1	2	7	10

Fonte: Elaboração própria.

Das 137 decisões analisadas, 126 foram monocráticas. Destas, 110 (87%) foram tomadas pelos ministros que estiveram na presidência da Corte durante o período – Dias Toffoli (n=38) e Luiz Fux (n=60) – e Alexandre de Moraes (n=12). Nota-se, também, variação no resultado em relação aos julgadores (ver Tabela 5).

TABELA 5 – DECISÕES DO STF DE ACORDO COM JULGADOR E PEDIDO

		PEDIDO CONCEDIDO?		
		NÃO	SIM	SOMA
ALEXANDRE DE MORAES	MAIOR RESTRIÇÃO	3	4	7
	MENOR RESTRIÇÃO	0	5	5
DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE)	MAIOR RESTRIÇÃO	13	11	24
	MENOR RESTRIÇÃO	7	7	14
LUIZ FUX (PRESIDENTE)	MAIOR RESTRIÇÃO	11	34	45
	MENOR RESTRIÇÃO	11	4	15

Fonte: Elaboração própria.

Cabe destacar que todas as decisões do ministro Luiz Fux em matéria de “comércio/serviço”, “*lockdown*/toque de recolher”, “medidas gerais” e “templos religiosos” foram para permitir maiores restrições ou para negar pedido de menores restrições. No caso do ministro Alexandre de Moraes, as cinco decisões em que foi concedido pedido que levaria ao menor distanciamento foram motivadas pelo entendimento de que municípios mineiros poderiam adotar medidas menos restritivas que as então recomendadas (mas não impostas) pelo governo estadual, por meio do programa Minas Consciente.⁷

No entanto, a competência de municípios para adotarem normas menos restritivas nem sempre prevaleceu no STF. As decisões relacionadas a prefeituras que discordavam da classificação mais rigorosa atribuída a elas pelo Plano São Paulo – instituído pelo governo paulista para determinar o grau de restrição imposta a cada região de acordo com a condição da pandemia e a capacidade do sistema de saúde – reconheceram a prevalência da norma estadual.⁸ Houve mesmo um caso em que o STF considerou que as recomendações da Associação de Municípios da Região da Laguna (SC) prevaleciam sobre as normas municipais menos restritivas dada a necessidade de atuação regionalizada ante a pandemia.⁹

A Tabela 6, que inclui decisões em que há confronto explícito entre normas de diferentes entes, mostra que os conflitos relacionados a estados e municípios tendem a ser resolvidos em favor de normas estaduais. Quando o conflito ocorre entre União *versus* estados e/ou municípios, é menos comum que a União prevaleça. Entre os 13 casos em que isso acontece, 8 são relacionados especificamente a “transporte”,¹⁰ 4 sobre concursos públicos para cargos federais ou regime de trabalho de servidores e apenas 1 sobre comércio/serviço. Todavia, entre os 17 em que a norma federal não prevaleceu, 15 se referiam a comércio/serviço.

7 RCLs n. 42573, 42590, 42591, 42637, 45459.

8 SLs n. 1428 MC e 1429 MC; SSs n. 5403, 5403 MC e 5470 MC; STPs n. 448 e 516.

9 STP n. 486.

10 ACO n. 3425 MC; STPs n. 172, 173, 173 AgR, 299, 299 AgR, 307 e 327.

TABELA 6 – DECISÕES DO STF DE ACORDO COM O TIPO DE CONFLITO FEDERATIVO

QUANDO HÁ CONFRONTO ENTRE NORMAS DE DIFERENTES ENTES, QUAL PREVALECE?

ESTADO <i>VERSUS</i> MUNICÍPIO	48
ESTADUAL	30
MUNICIPAL	18
UNIÃO <i>VERSUS</i> ESTADO E/OU MUNICÍPIO	30
ESTADUAL/MUNICIPAL	17
FEDERAL	13
TOTAL GERAL	78

Fonte: Elaboração própria.

Em síntese, as decisões em controle concreto indicam maior hesitação por parte do STF em proferir decisões que levem a menor distanciamento social, mas maior disposição de agir para decidir de forma a aumentar restrições. Também existe uma tendência em se privilegiar normas estaduais quando em conflito com normas municipais e federais. Isso se coaduna com o posicionamento do STF em controle abstrato, quando o Tribunal afirmou a competência dos entes subnacionais de imporem medidas de distanciamento social e muitos ministros manifestaram-se favoravelmente a essa política. Porém, as decisões em controle concreto apresentam um cenário com mais *nuances*, em que decisões variam em função do tema, de quem julga e do tipo de conflito federativo em disputa.

3. MEDIDAS DIVERSAS DE COMBATE À PANDEMIA

Nesse grupo estão as decisões cujo pedido não se refere a uma medida específica de combate à pandemia, mas a um conjunto de medidas.

Na ADI n. 6625, pedia-se a extensão do prazo de vigência da Lei n. 13.979/2020 (a Lei da Covid), que permite a adoção de uma série de medidas de combate à pandemia (incluindo distanciamento social e vacinação). Ela expiraria em 31/12/2020, mas, em cautelar de 30/12/2020, o ministro Ricardo Lewandowski interpretou a referida norma conforme a Constituição para estender sua eficácia com o argumento de que ela trazia instrumentos indispensáveis para todos os entes da federação enfrentarem a crise sanitária. O pleno referendou a liminar.

A MP n. 966/2020 (BRASIL, 2020d), por sua vez, foi objeto de sete ações discutindo a sua constitucionalidade, que tiveram seus pedidos cautelares julgados conjuntamente pelo plenário.¹¹ A MP estabelecia que agentes públicos somente seriam responsabilizados, civil e administrativamente, por suas condutas no combate à pandemia e aos seus efeitos econômicos e sociais em caso de “erro grosseiro”. O STF reconheceu a constitucionalidade da MP e que gestores atuavam em contexto de dificuldades, urgências e incertezas. Porém, a Corte firmou o entendimento de que decisões relativas à pandemia devem ser fundamentadas em critérios científicos e técnicos, e observar os princípios da precaução e da prevenção. Portanto, condutas contrárias à ciência são erros grosseiros. Esse julgamento é mais bem compreendido à luz do contexto em que o presidente Bolsonaro se opunha a medidas respaldadas pela comunidade científica, como o distanciamento social, e do receio de que a MP protegeria tais condutas. No julgamento conjunto das medidas cautelares pedidas nessas ações, o ministro Fux chega a equiparar “erro grosseiro” a “negacionismo científico voluntarista” (p. 94).

Houve também decisões referentes à obrigação do governo de realizar medidas de combate à pandemia. Na SL n. 1321, o ministro Dias Toffoli suspendeu a decisão do Tribunal de Justiça do Piauí (TJ-PI) que obrigava o Estado a tomar medidas como entregar equipamentos de proteção individual a profissionais de saúde e abrir leitos de UTI. O ministro entendeu que a magnitude das obrigações impostas pelo TJ-PI trazia risco de lesão à ordem administrativa e econômica em situação de pandemia. A covid-19, portanto, foi uma razão para preservar a discricionariedade da Administração e evitar lhe impor custos.

Essa autocontenção é percebida também nos casos em que se pedem medidas diversas por parte do governo federal, quando o STF evitou entrar no mérito das demandas. A ADPF n. 676 pretendia obrigar a União a (a) elevar a testagem no país para covid-19 e informar a quantidade de testes realizados; (b) disponibilizar base de dados nacional sobre contágio e morbidade e adotar metodologia adequada para informação de óbitos; (c) abster-se de (c.1) manifestar informação que diminua a adesão da população a medidas de distanciamento social, (c.2) induzir estados e municípios a diminuïrem medidas restritivas e (c.3) promover tratamentos ineficazes. O ministro Alexandre de Moraes negou seguimento à ação devido à abrangência do pedido. Tratamentos sem eficácia cientificamente comprovada contra covid-19 (cloroquina, hidroxiclороquina, ivermectina, etc.) foram também objeto da ADPF n. 756, que buscava impedir divulgação que incentivasse o seu uso e vedar sua distribuição. Pedia, ainda, que se promovesse campanha para combater a hesitação vacinal. A liminar foi indeferida pelo ministro Ricardo Lewandowski porque não havia especificação dos atos que se pretendia sustar e os mesmos fatos já eram objeto de outro processo.

...

11 ADIs n. 6421 MC, 6422 MC, 6424 MC, 6425 MC, 6427 MC, 6428 MC e 6431 MC.

A autocontenção do STF foi mitigada em três temas específicos, a serem analisados separadamente: o colapso hospitalar no estado do Amazonas no começo de 2021 e medidas para a proteção de populações indígenas e quilombolas. Nesses temas, o STF optou predominantemente por uma atuação dialógica, um tipo de controle judicial “fraco”, que dá margem maior para o governo determinar como e quando cumprir os objetivos estabelecidos pela Corte (TUSHNET, 2009; RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011; DIXON, 2007; YOUNG, 2012; SABEL e SIMON, 2004). Assim, em vez de impor a realização de medidas, o STF exigiu e acompanhou a formulação e a implementação de planos de ação por parte da União.

3.1. COLAPSO HOSPITALAR E FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO NO AMAZONAS

A ADPF n. 756, sob argumento de que a crise hospitalar no Amazonas no começo de 2021 gerou um “estado de coisas inconstitucional”, pedia que a União (1) garantisse em 24 horas o abastecimento de oxigênio e insumos necessários aos pacientes hospitalizados; (2) instalasse hospitais de campanha; (3) instituisse o *lockdown* em Manaus com apoio da Força de Segurança Nacional; e (4) convocasse profissionais do programa Mais Médicos e do projeto Mais Médicos para o Brasil para o Amazonas. Em decisão liminar do ministro Lewandowski, posteriormente referendada pelo pleno, o único pedido concreto atendido foi o (1), pois os outros “exig[iriam] uma análise mais aprofundada dos elementos fáticos e de dados técnicos envolvidos” (ADPF n. 756 Tutela Provisória Institucional [TPI], p. 14). Porém, determinou à União que apresentasse em 48 horas um plano para enfrentar a crise.

A questão do suprimento de oxigênio ainda foi objeto de outros pedidos. Na própria ADPF n. 756 foram solicitadas a distribuição de oxigênio para os estados com maior risco de colapso e a abertura de uma fábrica pública para produzi-lo. Os pedidos foram denegados pelo relator porque seriam questões de alta complexidade técnica reservadas ao Executivo e já havia um plano federal para o suprimento de oxigênio. A ADPF n. 754 pedia a apresentação de um plano federal para a disponibilização de oxigênio a todos os estados, em especial para a região Norte, e o afastamento do então Ministro da Saúde, Eduardo Pazuello. O pedido foi denegado pelo ministro Lewandowski por ser genérico e carecer de comprovação quanto ao risco de falta de oxigênio, e porque o STF não tem competência para exonerar ministro de Estado.

Por fim, na STP n. 724, a ministra Rosa Weber suspendeu cautelarmente decisão judicial que obrigava o estado do Amazonas a garantir o fornecimento de oxigênio a um hospital privado. De acordo com a ministra, essa obrigação interfere indevidamente na gestão desse insumo e beneficia uma unidade de saúde em detrimento de outras. Porém, manteve a obrigação de garantir o fornecimento para pacientes já internados nesse hospital. A liminar foi confirmada pelo ministro Luiz Fux.

3.2. PROTEÇÃO DE POPULAÇÕES INDÍGENAS

A ADPF n. 709 pede: a retirada de invasores de terras indígenas; a instalação de barreiras sanitárias nesses territórios; a prestação de serviços de saúde aos indígenas; a instalação de uma

“sala de situação”, com representação das populações indígenas, para subsidiar as políticas para essas populações; e a elaboração de novo plano para o enfrentamento da pandemia nesses grupos porque o plano federal então existente era vago.

Em decisão liminar de 08/07/2020, posteriormente referendada pelo pleno, o ministro Barroso manifestou preocupação com o risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da covid-19 e com a resistência do presidente da República em concretizar seus direitos. Entretanto, optou por uma atuação dialógica, dada a complexidade da matéria. Ele ordenou a apresentação de um plano que previsse criação de barreira sanitária, contenção, isolamento e expulsão de invasores, bem como oferta de serviços de saúde a todos os indígenas. Tal plano deveria ser formulado junto com representantes de povos indígenas, órgãos públicos (Conselho Nacional de Justiça [CNJ], Ministério Público Federal [MPF] e Defensoria Pública da União [DPU]), a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco). Também foi deferido pedido para a criação da “Sala de Situação” com a participação dos povos indígenas.¹² Porém, não determinou a retirada de invasores, dada a complexidade de tal operação.

Entidades da sociedade civil e órgãos públicos avaliaram a primeira versão do plano e criticaram, entre outros pontos, o fato de que ele é excessivamente genérico e vago.¹³ Então, em 21/08/2020, o relator determinou a realização de ajustes ao plano e a apresentação de uma nova versão. Também ordenou a criação de um grupo de trabalho formado pela Abrasco e pela Fiocruz para produzir documento para subsidiar tecnicamente o STF. O ministro Barroso ainda negou a homologação de outras versões do plano em 21/10/2020 e 18/12/2020, porque continuavam genéricas e sem os dados e detalhes esperados.

Finalmente, em 16/03/2021, o ministro Barroso homologou parcialmente a quarta versão do plano, a despeito de entender que ele seguia genérico e de que as determinações anteriores foram “atendidas apenas parcialmente, quando o foram” (ADPF n. 709 MC, p. 5). Na visão do ministro, essas dificuldades se deviam “a um colapso gerencial, e não propriamente à resistência no cumprimento da cautelar” (ADPF n. 709 MC, p. 6). Com a homologação parcial, foi determinado o detalhamento quanto a: entrega de cestas básicas, acesso a água e saneamento, medidas de vacinação e testagem, e atendimento à saúde. Também foi ordenada a

...

¹² Em 22/07/2020, devido às dificuldades e aos conflitos no encontro da Sala de Situação, foi parcialmente deferido um pedido para garantir a plena e efetiva participação dos indígenas, mas sem excluir a participação das Forças Armadas.

¹³ Também houve uma avaliação específica sobre o plano de barreiras sanitárias para comunidades indígenas isoladas ou de contato recente, que levou a uma ordem do STF de 06/08/2020 para que fosse complementado com medidas sanitárias. O plano para barreiras sanitárias foi homologado em 31/08/2020, acrescido de algumas mudanças e mais detalhes e informações.

apresentação de um plano de execução e monitoramento do plano geral e de um plano específico para isolamento de invasores.¹⁴ No entanto, em 16/06/2021, quase um ano depois da primeira liminar, o ministro Barroso rejeitou a quinta versão do plano geral e o plano de monitoramento por se desconectarem da versão anteriormente homologada e da decisão da Corte. Assim, permaneceu válida a quarta versão, acrescida das ressalvas constantes da decisão que a homologou.

Em decisão de 24/05/2021, sobre um pedido incidental relativo ao agravamento das invasões em terras indígenas, o ministro Barroso expressou sua frustração com a “falta de transparência”, os “atos protelatórios” e a recalcitrância do governo que levam às enormes dificuldades para o cumprimento das decisões da Corte. Determinou, então, “a adoção imediata de todas as medidas necessárias à proteção da vida, da saúde e da segurança das populações indígenas” (ADPF n. 709 TPI, p. 14).

3.3. PROTEÇÃO DE POPULAÇÕES QUILOMBOLAS

O pleno do STF concedeu os pedidos feitos na ADPF n. 742 (inspirada na supramencionada ADPF n. 709) para (i) a formulação de plano nacional de enfrentamento da pandemia nas comunidades quilombolas, contemplando distribuição de água, materiais de higiene, alimentação, serviços médicos, vacinação, testes e controle de entrada na comunidade para evitar contágio; (ii) a criação de um grupo de trabalho para participar da formulação do plano e monitorar sua execução; (iii) a inclusão do quesito cor/raça/etnia nas notificações de covid-19; (iv) a suspensão da tramitação de ações judiciais que envolvem direitos territoriais das comunidades quilombolas; e (v) o restabelecimento dos sítios eletrônicos para divulgação das políticas direcionadas à população quilombola relativas à pandemia.

Nos embargos de declaração, o relator ministro Edson Fachin reconheceu a complexidade da adoção de medidas estruturais. Ele relatou divergências entre as partes quanto (i) ao efetivo aumento da ação governamental após a decisão do pleno, (ii) à capacidade das ações previstas para sanar os problemas apontados na ação, além de (iii) mencionar a assimetria de informação e poder entre União e demais participantes na formulação e implementação do plano. Posteriormente, o STF pediu mais esclarecimentos e detalhamentos à União diante do relato de entidades envolvidas de que o plano federal era excessivamente vago (Petição [Pet] 9697).

Em resumo, as decisões relativas a medidas diversas de combate indicam que, em questões restritas à interpretação de normas, o STF decidiu de forma a extrapolar o sentido

...

14 A decisão também estendeu a prioridade na vacinação para indígenas urbanos em áreas sem acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS). O ministro Barroso, porém, rejeitou o pedido de ampliação da decisão para os indígenas urbanos em decisão de 17/05/2021.

literal delas, como quando estendeu a vigência da Lei n. 13.979/2020 ou estabeleceu os parâmetros para determinar a responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Em ambos os casos, preocupações com o contexto político e sanitário foram fundamentos para a decisão. Entretanto, o STF foi cauteloso ante pedidos que demandavam obrigações muito amplas e que envolviam questões complexas de política pública, a imposição de custos ao Estado ou que pudessem ter impacto distributivo. No caso da crise no Amazonas e das medidas para proteger populações indígenas e quilombolas, o STF optou por uma ação predominantemente dialógica. Em vez de impor a realização imediata de medidas concretas, optou por exigir planejamento e transparência da Administração, e por monitorar a implementação da política pública. Nas decisões que envolviam populações vulneráveis, houve também a exigência de engajamento do governo com as partes afetadas. Essa é uma saída intermediária entre a total abstenção e as decisões que forçariam a Corte a assumir a gestão das crises, possivelmente ultrapassando o limite da sua capacidade institucional. Mesmo a ordem para a adoção imediata de medidas para proteção dos povos indígenas possui um caráter genérico (sem especificação de medida ou sanções) que a aproxima de intervenções judiciais “fracas” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011; DIXON, 2007).

4. USO DE MÁSCARA

A obrigatoriedade do uso de máscaras foi tema das ADPFs n. 714, 715 e 718, propostas contra o veto do presidente da República a dispositivos do projeto de lei que modificava a Lei n. 13.979/2020 para impor essa obrigatoriedade. Os dispositivos em discussão são:

Art. 3º-A. É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em [...]

III – estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas.

Art. 3º-B [...]

§ 5º Os órgãos, entidades e estabelecimentos a que se refere este artigo deverão afixar cartazes informativos sobre a forma de uso correto de máscaras e o número máximo de pessoas permitidas ao mesmo tempo dentro do estabelecimento, nos termos de regulamento.

Art. 3º-F. É obrigatório o uso de máscaras de proteção individual a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço, observada a primeira parte do *caput* do art. 3º-B desta Lei.

O ministro Gilmar Mendes concedeu liminar para derrubar o veto com relação ao art. 3º-B e ao art. 3º-F, mas manteve o veto ao art. 3º-A, III, por considerar que o *caput* do artigo já abarca as hipóteses desse inciso e, portanto, o veto não diminui o alcance da norma. A decisão foi referendada pelo pleno e, posteriormente, confirmada no mérito.¹⁵

Nessas decisões, o STF reiterou sua enorme preocupação com a gravidade da crise no Brasil e fez especial menção ao seu impacto no sistema prisional. Novamente, a Corte tomou uma decisão contra uma atitude do presidente que parecia diminuir a gravidade da crise e refutar medidas respaldadas pelo consenso científico.

5. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

A judicialização da disputa federativa entre União e estados, que marcou as políticas de distanciamento social, também apareceu no tema da requisição administrativa de bens privados. A SS n. 5382 e as ACOs n. 3385, 3393 e 3398 pediam que fosse invalidada a requisição da União de ventiladores pulmonares junto à empresa privada sob alegação de que eles já haviam sido adquiridos por governos estaduais, embora ainda não entregues.¹⁶ Nessas ações, os relatores concederam liminar para que os ventiladores fossem entregues aos estados e não à União.¹⁷ Nas ACOs n. 3393 e 3398 e na SS n. 5382, os ministros entenderam que a tentativa da União de concentrar a disponibilidade e a distribuição desses bens comprometeria a autonomia dos outros entes para realizarem suas políticas, violando a competência comum deles para adoção de medidas protetivas à saúde. Nas ACOs n. 3393 e 3385, as decisões argumentavam que os bens adquiridos eram públicos e, portanto, não sujeitos à requisição.¹⁸

A ACO n. 3463, por sua vez, tratava de requisição da União de seringas e agulhas adquiridas pelo estado de São Paulo, mas ainda não entregues, destinadas à campanha de vacinação. O relator ministro Lewandowski impediu liminarmente que a União requisitasse insumos já contratados pelo governo estadual por se tratar de bens públicos. Na decisão, também foi criticada a “incúria” do governo federal pela falta de preparação de longo prazo para enfrentar a pandemia.

Requisições administrativas foram também questionadas por entes privados. Na ADI n. 6362, a Confederação Nacional de Saúde, associação que representa hospitais privados,

...

¹⁵ O veto do presidente ao art. 3º-A, III, havia sido derrubado pelo próprio Congresso em 19/08/2020 e, portanto, houve perda do objeto em relação a esse artigo em particular no momento do julgamento do mérito.

¹⁶ Na ACO n. 3398, o Estado de Rondônia não chegou a efetivar a compra antes da ordem de requisição feita pela União, mas havia uma manifestação de interesse nos equipamentos.

¹⁷ A liminar na ACO n. 3393 foi confirmada pelo pleno.

¹⁸ Para uma análise dos requisitos e dos limites da requisição administrativa em um contexto de pandemia, ver Mendonça (2020) e Moreira (2020).

buscou limitar o poder de estados e municípios de requisitarem equipamentos privados de saúde. Alegava que o uso indiscriminado desse poder acabaria limitando a capacidade de o setor privado oferecer seus serviços. Solicitava, então, que a Lei n. 13.979/2020 fosse interpretada de forma que toda requisição feita por entes locais fosse condicionada ao assentimento do Ministério da Saúde e com prévia oitiva do privado atingido.

O pleno do STF julgou a ADI improcedente. Entendeu que centralizar na União decisões sobre requisição violaria a competência comum dos outros entes para realizarem políticas de saúde e sua competência concorrente para legislar sobre a matéria. De acordo com a Corte, a requisição exige apenas a caracterização do iminente perigo público pelas autoridades administrativas no exercício do seu poder discricionário, cabendo ao Judiciário o controle de razoabilidade e proporcionalidade da medida. Ademais, exigir o assentimento do Ministério da Saúde poderia atrasar requisições, o que reduziria a efetividade de medida voltada precisamente para situações urgentes. Pelas mesmas razões, o STF não acatou o pedido para que a requisição fosse antecedida da oitiva do privado atingido.

A STP n. 393, por sua vez, foi o único caso concreto em que uma requisição foi contestada por um ente privado atingido. Nela, um município insurgiu-se contra decisão judicial que suspendeu seu decreto de requisição de bens de um hospital privado desativado. O ministro Dias Toffoli concedeu o pedido do município em cautelar por entender que, apesar dos poucos casos de covid-19 no município e da carência de fundamentação científica, a requisição estava motivada pelo princípio da precaução. A cautelar foi confirmada pelo ministro Fux por entender que a requisição é medida cuja conveniência e oportunidade cabe aos gestores avaliar, e não ao Judiciário:

Neste momento não cabe ao Poder Judiciário decidir onde e como devem ser implantados leitos hospitalares, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado. (Min. Luiz Fux, STP n. 393)

Por fim, a ADPF n. 671, em vez de buscar restringir as requisições, pedia que todos os entes da federação requisitassem todos os bens e serviços de saúde, inclusive leitos de UTI. O objetivo era remediar a desigualdade entre usuários de serviços público e privado de saúde para garantir o acesso igualitário da população aos serviços de saúde. O pedido foi negado em decisão monocrática e pelo plenário. O STF entendeu que o exercício da requisição possui caráter discricionário, cuja avaliação cabe exclusivamente às autoridades administrativas com a observância dos elementos fáticos. Portanto, o Judiciário tornar a requisição compulsória, sobretudo em sede de controle abstrato, vulneraria a separação de poderes.

Em resumo, nos casos relacionados a requisição administrativa, também se observa a preocupação do STF de garantir poder decisório e recursos para os entes estaduais. As competências comuns e concorrentes foram alegadas para impedir a requisição federal sobre bens

adquiridos por governos estaduais e afastar a exigência de anuência federal para que tais medidas fossem tomadas por entes subnacionais. Também se percebe nesse tema que o STF buscou respeitar e proteger a discricionariedade da Administração, em todos os níveis da federação, para decidir se e quando requisitar bens privados.

6. UNIDADE DE TRATAMENTO INTENSIVO E INSUMOS

Diversos estados propuseram ações contra a União alegando que o ente federal interrompeu o custeio de leitos de UTI para pacientes de covid-19 e demorava em responder às demandas para a habilitação de novos leitos, transferindo o ônus da oferta desse serviço aos estados.¹⁹ Em sede de liminar, a ministra Weber concedeu os pedidos de restabelecimento do custeio federal dos leitos aos estados autores das ações “de forma proporcional às outras unidades federativas” e a análise imediata dos pedidos para habilitação de novos leitos. A ministra entendeu que a redução em um cenário de agravamento da pandemia seria uma omissão do governo federal que colocaria em risco a saúde da população.²⁰

Nesses julgados, houve também críticas severas dirigidas ao governo federal:

O discurso negacionista é um desserviço para a tutela da saúde pública nacional. (Min. Rosa Weber, ACO n. 3473)

Esse cenário de incompreensível recusa da União em assumir o protagonismo da coordenação da ação dos Estados e Municípios no enfrentamento conjunto da pandemia da COVID-19 sofre, agora, o agravamento decorrente da redução dos investimentos federais no financiamento dos leitos de UTI [...]. (Min. Rosa Weber, ACO n. 3483)

A ACO n. 3490, por sua vez, é um pedido do estado da Bahia para que a União fornecesse os medicamentos do “Kit Intubação”, alegando que a União teria suspenso os repasses de verbas destinadas à aquisição desses materiais. Porém, a ministra Weber apenas determinou que a União apresentasse um planejamento de ações para garantir o suprimento dos insumos. Essa decisão foi referendada pelo pleno.

Por fim, a STP n. 484 tratou da disputa entre a Universidade Federal da Bahia e o município de Salvador em virtude da abertura de leitos de UTI para covid-19 junto a uma maternidade, o que levaria ao compartilhamento do ambiente hospitalar por pacientes de covid-19,

...

¹⁹ ACOs n. 3473, 3474, 3475, 3478 e 3483, respectivamente.

²⁰ A ACO n. 3473 foi referendada pelo pleno, confirmando o posicionamento da relatora.

recém-nascidos, puérperas e gestantes. O ministro Toffoli deferiu a liminar para suspender a abertura desses leitos, o que poderia ocorrer apenas se comprovado o esgotamento das outras unidades de saúde.

As decisões que determinam a retomada, pela União, do custeio de leitos de UTI em estados podem ser vistas como uma exceção ao padrão decisório do STF que evita impor a realização de medidas custosas. Há algumas explicações possíveis para essa diferença. Primeiro, a situação emergencial de iminente colapso do sistema hospitalar e a preocupação, já demonstrada em decisões sobre outros temas, de garantir aos estados as condições materiais para executarem suas políticas. Segundo, vale notar as críticas incisivas da ministra Weber ao governo federal e que ela determinou o dever de restabelecer o financiamento para os estados que foram autores das ações “de forma proporcional às outras unidades federativas”. Isso demonstra preocupação com justiça distributiva (não favorecer os autores das ações em detrimento de outros estados) e, possivelmente, o receio de que a interrupção do custeio federal para alguns estados seria por razões arbitrárias.²¹ Por fim, tratava-se de restabelecer uma política, e não de criá-la. Vale mencionar, sobre essa última hipótese, que, para a questão da habilitação de novos leitos e da distribuição de “Kit Intubação”, o STF buscou uma solução consensual por meio de audiências de conciliação (ESTADOS E UNIÃO..., 2021). Aqui também é possível falar em um modo de atuação judicial de natureza “fraca”, de promoção do diálogo entre as partes em vez da imposição de uma medida concreta.

7. VACINAÇÃO

O desenvolvimento de vacinas eficazes e seguras contra a covid-19 abriu a possibilidade de solução da crise sanitária. Porém, também a política de vacinação no Brasil foi caracterizada pelo conflito federativo e por suspeitas em relação à atitude do presidente da República (FONSECA, SHADLEN e BASTOS, 2021), o que se refletiu nos casos que chegaram ao STF e em seus julgamentos.

7.1. PLANO FEDERAL DE VACINAÇÃO

Após manifestações públicas do presidente Bolsonaro contra a vacina CoronaVac, produzida pelo estado de São Paulo por meio do Instituto Butantan, foi proposta a ADPF n. 754 para obrigar o governo federal a: (a) assinar protocolo de intenções de adquirir os 46 milhões de doses previstas da vacina CoronaVac; (b) apresentar planos de aquisição de vacinas que

...

21 Os governadores dos estados que entraram com as ações – Maranhão, São Paulo, Bahia, Piauí e Rio Grande do Sul – tiveram frequentes confrontos com o presidente da República. Portanto, havia uma preocupação legítima de que o não envio de recursos federais pudesse ser uma retaliação política.

contemplassem todas as alternativas viáveis com base em critérios científicos; e (c) contratar as vacinas registradas, nos limites das disponibilidades orçamentárias, pautando-se por critérios exclusivamente técnicos. Após voto do relator ministro Lewandowski para determinar à União a entrega de um plano de vacinação, o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (PNO) foi voluntariamente apresentado pela União e a ADPF foi retirada da pauta.

Nessa ADPF, em decisão liminar do relator, referendada posteriormente pelo pleno, foi negado pedido para obrigar a compra da CoronaVac pela União, porque isso seria uma intromissão indevida do Judiciário na esfera de atuação do Executivo, e, à época da decisão, o governo federal já havia confirmado a compra do imunizante. Porém, foi concedido o pedido para que a União especificasse a ordem de preferência entre os grupos prioritários no PNO.²²

Outras questões importantes relativas à vacinação contra covid-19 foram discutidas no âmbito dessa ADPF. Já em 10/11/2020, houve um despacho do relator que pedia esclarecimentos sobre a interrupção da pesquisa com a CoronaVac pela Anvisa devido ao óbito de um voluntário. Havia a preocupação de que a interrupção poderia ter motivação política, uma vez que ela chegou a ser comemorada pelo presidente (BOLSONARO..., 2020). Em outros despachos e decisões, o relator ministro Lewandowski pediu esclarecimentos e detalhamentos relativos a prazos, à ordem de prioridade no PNO²³ e ao estoque de seringas e agulhas.²⁴

Por fim, a possibilidade de tornar a vacinação contra covid-19 compulsória foi objeto da ADI n. 6586, ajuizada no contexto da discussão entre o governador de São Paulo, João Dória, que aventou a possibilidade de determinar a compulsoriedade, e o presidente Bolsonaro, que se opôs a ela. Nessa decisão, o STF rejeitou a possibilidade de vacinação forçada (uso de força física para injetar a substância em um indivíduo), mas entendeu que não havia, em princípio, inconstitucionalidade na vacinação compulsória (uso de sanções legais contra quem recusa a vacinação). A compulsoriedade, porém, deve respeitar critérios como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estar baseada em informações estratégicas de saúde e em evidências científicas. Ademais, somente pode ser imposta se houver distribuição universal e gratuita de vacinas. Também ficou estabelecido que a compulsoriedade da vacinação contra covid-19 pode ser imposta por estados e municípios.

...

²² A ADPF n. 756 contemplava pedidos similares ao da ADPF n. 754, incluindo a apresentação de um plano de vacinação federal detalhado e a aquisição de vacinas que viessem a ser aprovadas pela Anvisa. Nessa decisão, o STF também demonstrou cautela em não assumir o papel de gestor público em questões de alta complexidade técnica e considerou que, à época do julgamento (19/04/2021), muitos dos objetos dos pedidos já estavam contemplados no PNO.

²³ Conforme o despacho efetuado em 13/12/2020.

²⁴ Conforme os despachos efetuados em 07/01/2021 e 14/01/2021.

7.2. POLÍTICAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS DE VACINAÇÃO

Houve ações em que o conflito entre a União e os governos estaduais sobre a política de vacinação e os questionamentos quanto à capacidade e ao comprometimento do governo federal ficaram ainda mais salientes. A ADPF n. 770 e a ACO n. 3451, com fundamento na alegada omissão do governo federal em relação à política nacional, pedem autorização para que entes subnacionais realizem sua própria política de vacinação, inclusive por meio da importação de imunizantes aprovados no exterior e do redirecionamento de recursos a esses entes para o custeio dessa compra.²⁵ Nas duas ações, o pleno do STF firmou entendimento de que a incumbência do Ministério da Saúde de coordenar e definir as vacinas integrantes do PNO não exclui a competência comum dos outros entes para realizarem suas próprias políticas. Isso inclui a possibilidade de importar e distribuir imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, desde que autorizados pela Anvisa, se o PNO for descumprido ou se não prover cobertura imunológica tempestiva e suficiente.

Na ACO n. 3451, houve, ainda, um requerimento para que a União adquirisse imunizantes suficientes para a população maranhense ou que o estado fosse autorizado a comprar imunizantes e, posteriormente, abater o valor gasto de suas dívidas com a União. O pedido não foi concedido pelo relator porque o Ministério da Saúde apresentou cronograma que atendia a algumas das demandas do estado.

Ainda nessa ACO, houve disputas em torno do prazo para a avaliação pela Anvisa de pedido de importação especial da vacina Sputnik, de origem russa, contratada pelo estado do Maranhão. O prazo para avaliação do pedido na Anvisa fora suspenso porque o relatório técnico da vacina não foi apresentado à agência. O ministro Lewandowski, em decisão liminar posteriormente referendada pelo pleno, expressando preocupação com a gravidade da pandemia e a insuficiência de vacinas, não permitiu a suspensão do prazo pela Anvisa e autorizou a importação caso a agência não se manifestasse no prazo de 30 dias previsto na legislação (WANG, 2021). Posteriormente, a Anvisa fez um pedido para manter a suspensão do prazo enquanto não fosse apresentado relatório técnico, o que foi rejeitado pelo relator. A posição do STF foi reiterada em pedidos semelhantes feitos por outros estados (ACOs n. 3477, 3500 e 3497).

Por fim, na RCL n. 45469, o município de Barra do Piraí contesta acordo entre União e Instituto Butantan que dá exclusividade ao governo federal para a compra da vacina CoronaVac, frustrando entendimento prévio entre o município e o laboratório para aquisição desse imunizante. De acordo com o município, a exclusividade da venda à União esvaziaria

...

²⁵ A ADPF n. 796 pedia que, dada a demora do governo federal, fosse ordenado à União o repasse financeiro aos demais entes federados para aquisição de vacinas contra covid-19. O STF decidiu pelo não cabimento da ação.

a competência municipal para formular e executar sua política. Vale lembrar que, devido à demora da União em confirmar a compra da CoronaVac, entes estaduais e municipais negociavam diretamente com o Butantan a compra do imunizante (FERRARI, 2020). O ministro Barroso negou o pedido por entender que estados e municípios estão autorizados a dispensarem vacinas próprias apenas se o PNO for descumprido ou não prover cobertura imunológica tempestiva e suficiente. No caso, o ministro entendeu não haver provas de descumprimento do PNO, e a inclusão da CoronaVac mostra ação da União em prol da imunização.

7.3. ORDEM DE PRIORIDADE

No Brasil, a campanha de vacinação começou com um número pequeno de imunizantes e quando a pandemia chegava ao seu momento de maior gravidade. Isso gerou disputas em torno da ordem de vacinação. Além dos pedidos por mais transparência no PNO quanto à ordem da fila, houve também grupos que buscaram no Judiciário prioridade na vacinação.

No âmbito da ADPF n. 754, pedia-se a inserção de quilombolas e indígenas (inclusive os não aldeados, que não vivem em terras indígenas) na primeira fase de prioridade da vacinação no PNO ou, subsidiariamente, a apresentação de justificativa para não incluir essas populações. O relator ministro Lewandowski negou seguimento ao pedido porque populações indígenas e quilombolas já haviam sido inseridas no plano de vacinação. Em relação aos indígenas não aldeados, o relator considerou que incluir esse grupo demandaria avaliação técnica prévia e poderia prejudicar outros grupos já considerados prioritários.²⁶

Na mesma ADPF, houve pedido para dar a profissionais da segurança a mesma prioridade dada aos trabalhadores de saúde ou, subsidiariamente, aos detentos e aos funcionários do sistema prisional. Também nessa decisão, o relator entendeu não caber ao Judiciário definir ou alterar a ordem da vacinação porque isso exigiria estudos técnicos e de logística, além do risco de prejudicar outros grupos. Por fim, determinou que o pleito fosse direcionado para análise do Ministério da Saúde. Com o mesmo argumento, foi indeferido pelo ministro Lewandowski o pedido feito nas ADPFs n. 756 e 840 para a inclusão de todas as pessoas com deficiência, sem nenhuma diferenciação entre os tipos de deficiência ou outras circunstâncias, e de seus cuidadores/acompanhantes/responsáveis nos grupos prioritários para vacinação. Em diversas decisões monocráticas, o STF impediu ou não autorizou estados e municípios a mudarem a ordem de prioridade prevista no PNO para dar maior prioridade a profissionais de educação, segurança e salvamento (RCLs n. 46965, 47311 e 46843, ADPF n. 829).

...

²⁶ Posteriormente a essa decisão, o ministro Barroso, relator da ADPF n. 709 (sobre medidas de proteção para populações indígenas), rejeitou o pedido de ampliação da prioridade na vacinação para os indígenas urbanos, exceto para aqueles em áreas sem acesso ao SUS.

Houve também ações que questionavam a ordem de vacinação estabelecida por entes subnacionais quando divergiam do PNO. A RCL n. 47398 e a STP n. 786 questionaram o fato de o município de João Pessoa vacinar profissionais da educação antes das pessoas em situação de rua, da população privada de liberdade e de funcionários do sistema de privação de liberdade, contrariando a ordem do PNO. Os pedidos foram indeferidos pelos relatores, que aceitaram a informação de que as doses para a população de rua não foram aplicadas em razão de fortes chuvas, e que havia dúvidas sobre se caberia ao município ou ao estado vacinar a população carcerária. Portanto, não se tratava de mudança na ordem do PNO.

Em suma, com relação à política nacional de vacinação, o STF optou por uma atuação dialógica, obrigando a criação de um plano e controlando a transparência e as justificativas das escolhas feitas. Apesar de inúmeros pedidos, o STF não impôs medidas concretas, como obrigar a União a comprar vacinas ou mudar a ordem de prioridade. Também coerente com a jurisprudência em outros temas, buscou garantir a autonomia dos estados para decretarem a compulsoriedade da vacinação e de terem as próprias políticas (inclusive com os próprios imunizantes). Porém, as políticas locais de vacinação foram autorizadas apenas caso o PNO fosse descumprido ou insuficiente, e o STF restringiu a autonomia local para mudar a ordem de prioridade para receber a vacina. Portanto, prestigiou-se a política nacional, mas com o reconhecimento da possibilidade de se realizarem políticas locais como uma garantia caso o PNO fosse inadequado ou insuficiente. Novamente, houve alguma sobreposição entre questões de competência federativa e a avaliação dos méritos de uma política pública.

8. PUBLICIDADE E SIGILO DE DADOS

As ADIs n. 6347, 6351 e 6353 alegavam que a MP n. 928/2020 (BRASIL, 2020e), que incluiu uma exceção na Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) (BRASIL, 2011), limitaria desproporcionalmente o direito à informação do cidadão ao prever: (a) a suspensão dos prazos de resposta a pedidos de acesso à informação durante o estado de calamidade pública; (b) o impedimento de conhecimento de recursos interpostos contra a negativa de acesso; e (c) a necessidade de reiteração do pedido de acesso à informação quando terminado o estado de calamidade pública. Nas três ADIs, em cautelar do ministro Alexandre de Moraes referendada pelo pleno, foi suspensa a eficácia dos referidos dispositivos sob argumento de que a MP “transforma[va] a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda sociedade” (ADI n. 6347, p. 11).²⁷

...

²⁷ A posterior perda de eficácia da MP pelo decurso do prazo sem deliberação pelo Congresso Nacional levou à extinção dos processos pela perda do objeto.

As ADPFs n. 690, 691 e 692, por sua vez, questionavam alterações na metodologia de divulgação pelo governo federal de dados sobre a evolução da pandemia, o que fez com que a plataforma para acesso a esses dados ficasse indisponível.²⁸ Essas ações discutiam também a alteração da metodologia utilizada pelo Distrito Federal (DF) para contabilizar casos e óbitos, tornando-a distinta daquela das demais unidades da federação.

Em sede de cautelar e em decisão final, o STF julgou parcialmente procedente as arguições e determinou que o Ministério da Saúde e o DF mantivessem a divulgação diária de dados epidemiológicos sobre a pandemia e que o DF se abstinhasse de alterar a metodologia de contabilização e publicação desses dados. O STF entendeu que publicidade e transparência quanto às informações sobre a pandemia são necessárias para controlar a atuação dos órgãos governamentais.

A defesa da transparência e da publicidade de dados relacionados à pandemia na Corte apresentou outras *nuances* nos casos em que o direito à privacidade estava em debate. Durante a pandemia, a jurisprudência do STF teve uma mudança fundamental pelo reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais e da autodeterminação informativa no julgamento das ADIs n. 6387, 6388, 6389 (WIMMER, 2021). Até então, predominava no STF a tese de que apenas estariam protegidos os dados em trânsito (em comunicação), mas não os dados em repouso, armazenados em bancos de dados, em dispositivos ou em outras tecnologias (DONEDA, 2019).

Essas ADIs discutiam a constitucionalidade da MP n. 954/2020 (BRASIL, 2020f), que dispunha sobre o compartilhamento de dados de telemetria por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção estatística sobre as taxas de isolamento e distanciamento social, entre outras informações voltadas a avaliar a efetividade das medidas de prevenção ao contágio da covid-19. Porém, a decisão cautelar da ministra Weber suspendeu a eficácia da MP por entender que a norma não definia apropriadamente como os dados coletados seriam utilizados no combate à covid-19, o que impedia a avaliação sobre sua proporcionalidade ante a interferência na privacidade de milhões de pessoas. A ementa do acórdão do plenário que referendou a cautelar deixa claro o receio de que a pandemia fosse utilizada como pretexto para violar direitos.²⁹

...

²⁸ O mesmo fato foi objeto dos MS n. 37.181 e 37.170 e da Pet 8.923 diante do então Ministro da Saúde, Eduardo Pazuello. Esses pedidos não foram conhecidos pelo STF com fundamento em razões processuais. Ainda assim, é interessante notar que em todas as decisões os relatores mencionam o precedente da decisão proferida na ADPF n. 690.

²⁹ Posteriormente, as ações foram extintas por perda de objeto porque a MP n. 954/2020 perdeu eficácia sem ser convertida em lei.

O cenário de urgência decorrente da crise sanitária [...] e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. (Min. Rosa Weber, ADI n. 6387 MC-REF)

Em resumo, o STF atuou para que se mantivesse a divulgação de dados epidemiológicos sobre a pandemia e para suspender as medidas que visavam dificultar o acesso à informação pública durante o período. Transparência e acesso a dados foram entendidos como instrumentais para o controle da atuação do governo no combate à covid-19. A decisão sobre o compartilhamento de dados de telemetria é interessante por ser um dos raros exemplos em que o controle de uma política federal pelo STF ocorreu pelo excesso e não pela carência de ação do governo no combate à pandemia. O fato de que tal medida intrusiva veio de um governo frequentemente levado à Corte por minimizar a gravidade da pandemia e a importância do distanciamento social possivelmente aumentou as suspeitas em relação aos seus reais propósitos.

CONCLUSÃO

A análise desse grande conjunto de decisões permite tirar algumas conclusões gerais sobre a atuação do STF em matéria de medidas para contenção dos danos à vida e à saúde causados pela covid-19. O presente estudo confirma a tese, já sustentada na literatura, de que o STF foi bastante acionado para controlar o Executivo federal durante a pandemia e frequentemente impôs derrotas ao governo (OLIVEIRA e MADEIRA, 2021; OLIVEIRA, 2020; BIEHL, PRATES e AMON, 2021). Contudo, este artigo permite entender com mais precisão como esse controle ocorreu ao abarcar um número maior de casos em temas diversos, cobrir um período mais longo e dar atenção ao conteúdo dos pedidos e das decisões.

Da perspectiva processual, é importante notar que parte importante das decisões analisadas foi monocrática e liminar. Isso reflete as regras internas da instituição, que concede bastante poder ao presidente do STF e aos relatores das ações (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018a), mas também a dinâmica da pandemia, em que muitas intervenções são urgentes e o contexto muda rápida e frequentemente. Contudo, vale destacar que o pleno quase sempre confirmou a decisão monocrática. Ademais, em momentos-chave, o colegiado atuou para firmar posições, como o reconhecimento, logo no início da pandemia, da competência de entes subnacionais para decretarem medidas de distanciamento social e o acórdão que em poucos dias superou a decisão do ministro Nunes Marques sobre cultos religiosos presenciais. O individualismo dos ministros do STF, que é frequentemente criticado pela literatura (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018b; FALCÃO, ARGUELHES e RECONDO, 2017), deu ao STF a agilidade para interferir de forma mais efetiva nas políticas de combate e

prevenção à covid-19, para firmar posições que, em regra, foram posteriormente confirmadas pelo pleno.

Do ponto de vista substantivo, vale destacar que, diferentemente da maioria dos outros países (GINSBURG e VERSTEEG, 2021), a atuação do STF se deu mais sobre a ausência e insuficiência de ação governamental que sobre o seu excesso para o controle da pandemia. Em muitos casos, a resposta do STF a essa insuficiência veio na forma de decisões que buscaram viabilizar as políticas de combate à covid-19 por parte de entes estaduais. Isso se reflete de forma acentuada nas decisões referentes ao distanciamento social (em que se reconheceu a competência comum e concorrente dos entes subnacionais para as decretar), à requisição de bens (quando se impediu a requisição federal de bens já negociados com governos estaduais), ao financiamento de leitos de UTI e à possibilidade de políticas locais de vacinação. Os conflitos federativos tenderam a ser resolvidos no sentido de impedir que normas e políticas federais inviabilizassem ou esvaziassem medidas de entes subnacionais. Essa postura do STF é significativa, considerando que a política pública de saúde foi historicamente caracterizada pela concentração de decisões no governo federal devido à sua competência legislativa abrangente, do uso da sua competência comum para realizar a coordenação federativa das políticas e da concentração de recursos no governo federal (ARRETCHE, 2014). A atuação do STF nesse período também parece ir de encontro com as análises que argumentam que a jurisprudência do tribunal tende a ser centralista, atribuindo mais poder à União em disputas federativas (OLIVEIRA, 2009; GOMES, CARVALHO e BARBOSA, 2020), embora essa seja uma leitura que começa a ser contestada mesmo antes da pandemia (DANTAS, 2020; BARBOSA e GLEZER, 2021; LEONI, 2021; DANTAS, PEDROSA e PEREIRA, 2021).

Ademais, houve diversas decisões com críticas explícitas a ações e omissões do governo federal, e em particular de seu chefe, cuja atuação foi muitas vezes vista como omissa e negacionista. É nesse contexto que são mais bem entendidas decisões contrárias a diversas medidas adotadas pelo Executivo federal que parecem minimizar a crise sanitária: o veto à obrigatoriedade do uso de máscaras, ações contrárias ao distanciamento social e as restrições ao acesso de dados públicos referentes à pandemia. As suspeitas em relação aos propósitos do governo federal também ajudam a explicar a decisão que fixou o entendimento de que ignorar a ciência pode gerar responsabilização de agentes públicos, assim como o julgamento que impediu o governo federal de acessar dados de usuários de telefonia celular.

A avaliação negativa da atuação do governo federal também se manifesta na sobreposição entre, de um lado, questões formais sobre competência federativa e, de outro lado, avaliações substantivas sobre a melhor política para o enfrentamento da pandemia em diversos julgamentos. É possível que, devido a essa sobreposição, as críticas e as suspeitas em relação à atuação do governo federal sejam variáveis relevantes para explicar a jurisprudência descentralizadora do STF em temas relativos ao tratamento e à prevenção da covid-19 (ESTEVES, 2020).

Entretanto, apesar das críticas ao governo federal e às suas omissões, houve hesitação do STF em interferir na discricionariedade administrativa para determinar a realização de medi-

das muito complexas, aqui entendidas como aquelas cuja resolução envolve grande conhecimento fático e técnico (como autorizar a importação de vacinas sem avaliação da Anvisa ou a requisição de leitos hospitalares), que possuem impactos distributivos sobre bens escassos (como mudar a ordem de prioridade na vacinação) e que são de difícil execução (como expulsar invasores de terras indígenas ou decretar o *lockdown* em uma cidade).

Em algumas situações em que se pedia a realização de ordens complexas, e sobretudo quando havia preocupação de que poderia haver descaso do governo federal (como no plano nacional de vacinação ou na proteção às populações indígenas e quilombolas), o STF optou por uma atuação de tipo dialógica. Assim, evitou impor a execução de medidas complexas ao mesmo tempo em que exigia planejamento, transparência e, no caso de populações vulneráveis, diálogo com esses grupos e com órgãos voltados para a proteção de seus direitos. Essa abordagem é vista por parte da literatura como uma alternativa eficaz de garantir direitos sem extrapolar os limites de capacidade institucional e da legitimidade democrática das cortes (SABEL e SIMON, 2004; RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011), embora observações mais próximas da execução da decisão na ADPF n. 709 (sobre a proteção de populações indígenas) mostrem pouco entusiasmo com os resultados efetivamente alcançados (GODOY, SANTANA e OLIVEIRA, 2021).

Além de permitir a identificação de tendências na jurisprudência do STF, a pesquisa ampla, exaustiva e com enfoque no conteúdo das decisões também identifica *nuances* importantes. Por exemplo, em sede de controle concreto de constitucionalidade, as decisões do STF sobre distanciamento social variaram conforme tema, julgador(a) e entes federativos envolvidos. Da mesma forma, embora reconhecesse a competência de estados de terem suas próprias políticas de vacinação, o STF não permitiu que eles contrariassem a ordem de prioridade para imunização estabelecida no PNO. Também houve situações específicas em que o STF impôs a realização de medidas com significativo impacto orçamentário, como a manutenção do custeio da União de leitos de UTI.

Vale ressaltar que o presente artigo não teve a ambição de analisar normativamente a jurisprudência do STF. Muito pode ser dito sobre, por exemplo, se ou quanto o contexto político deveria influenciar julgamentos, se o STF deveria ser mais ou menos incisivo no controle das ações e omissões do governo federal, se as decisões sobre competência federativa são coerentes com a jurisprudência da Corte pré-pandemia, sobre as vantagens e desvantagens de intervenções judiciais de natureza dialógica, e sobre a separação entre questões técnicas/científicas e juízos políticos. Porém, por razão de escopo e espaço, essas são questões para futuras pesquisas.

Este texto também possui outros limites. Primeiro, ele descartou as decisões julgadas por razões processuais em que não houve enfrentamento de questões materiais do caso. Porém, não se pode excluir a possibilidade de que razões processuais sejam utilizadas para evitar enfrentar questões materiais. Segundo, a pesquisa não incluiu ações em que não houve decisão do STF, seja porque nunca entrou na pauta, seja porque o julgamento foi interrompido.

Não decidir é uma estratégia judicial com consequências sobre a política pública (ARGUELHES e HARTMANN, 2017), sobretudo em um contexto dinâmico como o da pandemia.

Portanto, longe de pretender encerrar a discussão sobre a atuação do STF no contexto da covid-19, este artigo propõe-se a organizar e mapear em detalhes o campo para encontrar padrões gerais e identificar *nuances* na jurisprudência. Que futuros estudos avancem ainda mais o conhecimento sobre esse triste e conturbado período.

AGRADECIMENTOS

O presente artigo beneficiou-se muito de comentários a versões anteriores feitos por Alethele Santos, Beatriz Kira, Fernanda Terrazas, Gabriela Armani, Luisa Ferreira e Matheus Barros.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz *et al.* Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, [s.l.], v. 54, n. 4, p. 663-677, jul./ago. 2020. doi: <https://doi.org/10.1590/0034-761220200354>.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda. *Journal of Law and Courts*, Chicago, v. 5, n. 1, p. 105-140, mar./maio 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'The Court, it is I'? Individual Judicial Powers in the Brazilian Supreme Court and their Implications for Constitutional Theory. *Global Constitutionalism*, [s.l.], v. 7, n.2, p. 236-262, 2018a.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos – CEBRAP*, [s.l.], v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018b.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, maio/ago. 2016.

ARRETCHE, Marta. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? *Novos Estudos – CEBRAP*, [s.l.], v. 95, p. 39-57, mar. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GJnGZZNXJ8cTyRHTkcgtCqc/?lang=pt>. Acesso em: 21 dez. 2021.

BIEHL, João; PRATES, Lucas E. A.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil. *Health and Human Rights Journal*, [s.l.], v. 23, n. 1, p. 151-162, jun. 2021. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8233022/pdf/hhr-23-01-151.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2021.

BOLSONARO comemora suspensão de testes da Coronavac. *DW*, 10 nov. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/bolsonaro-comemora-suspens%C3%A3o-de-testes-da-coronavac/a-55558007>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020*. Altera a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv926.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. 2020b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 10.282, de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. 2020c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10282.htm. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. 2020d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. *Medida Provisória n. 928, de 23 de março de 2020*. Altera a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020. 2020e. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv928.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

ESTADOS E UNIÃO terão mais prazo para propor acordo sobre leitos de UTI. *Consultor Jurídico*, 12 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-12/estados-uniao-terao-prazo-propor-acordo-leitos>. Acesso em: 21 dez. 2021.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. A ciência pode determinar a competência para editar leis no combate ao coronavírus? *JOTA*, 13 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/a-ciencia-pode-determinar-a-competencia-para-editar-leis-no-combate-ao-coronavirus-13042020>. Acesso em: 21 dez. 2021.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs.). *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

FERRARI, Murillo. 11 estados e 276 municípios já formalizaram interesse na Coronavac, diz Doria. *CNN Brasil*, São Paulo, 10 dez. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/11-estados-e-912-municipios-ja-formalizaram-interesse-na-coronavac-diz-doria/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

FONSECA, Elize Massard da; SHADLEN, Kenneth C.; BASTOS, Francisco I. The Politics of COVID-19 Vaccination in Middle-income Countries: Lessons from Brazil. *Social Science & Medicine*, [s.l.], v. 281, n. 114093, jul. 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277953621004251?via%3Dihub>. Acesso em: 21 dez. 2021.

GINSBURG; Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. *International Journal of Constitutional Law*, [s.l.], v. 19, n. 5, p. 1498-1535, dez. 2021. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/19/5/1498/6308959>. Acesso em: 21 dez. 2021.

GLEZER, Rubens. As razões e condições dos conflitos federativos na pandemia de Covid-19: coalizão partidária e desenho institucional. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 395-434, jul./dez. 2021.

GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Paula Pereira; CADEDO, Matheus Silva. O mito da jurisprudência federalista concentradora do STF: uma nova proposta de análise dos conflitos federativos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 115, n. 47, p. 83-111, jan./jun. 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/54616606/O_mito_da_jurisprud%C3%Aancia_federalista_concentradora_do_STF_uma_nova_proposta_de_an%C3%A1lise_dos_conflitos_federativos. Acesso em: 21 dez. 2021.

GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 2174-2205, jul./set. 2021. doi: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2021/61730>.

GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. Políticas públicas de saúde e lealdade federativa: STF afirma protagonismo dos governadores no enfrentamento à Covid-19. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 193-217, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395/Gomes%3B%20Carvalho%3B%20Barbosa%2C%202020>. Acesso em: 21 dez. 2021.

HALL, Mark A.; WRIGHT, Ronald F. Systematic Content Analysis of Judicial Opinions. *California Law Review*, [s.l.], v. 96, n. 63, p. 63-122, 2008. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1121706/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

LEONI, Fernanda. O papel do Supremo Tribunal Federal na intermediação dos conflitos federativos no contexto da Covid-19. *Cadernos de Gestão Pública e Cidadania*, [s.l.], v. 27, n. 87, p. 1-17, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/83851/80618>. Acesso em: 4 set. 2023.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dez perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de covid-19. *Academia.edu*, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43026755/Dez_perguntas_e_respostas_sobre_requisi%C3%A7%C3%A3o_administrativa_em_tempos_de_COVID_19. Acesso em: 21 dez. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. Requisição administrativa em tempos de pandemia: seis desafios e um novo conceito. *Direito do Estado*, n. 461, 4 jun. 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/requisicao-administrativa-em-tempos-de-pandemia-seis-desafios-e-um-novo-conceito>. Acesso em: 21 dez. 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judicialização da política em tempos de pandemia. *Contemporânea*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 389-398, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/933/pdf>. Acesso em: 21 dez. 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e União. *Lua Nova*, São Paulo, v. 78, p. 223-250, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/CjPhvXgGpjNSGcRvLRshYMM/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21 dez. 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, [s.l.], n. 35, e247055, p. 1-44, 2021.

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck. STF: a liberação de cultos por Nunes Marques, uma das piores decisões da história do STF. *JOTA*, Rio de Janeiro, São Paulo, 5 abr. 2021. Disponível

em: <https://www.jota.info/stf/supra/a-liberacao-de-cultos-por-nunes-marques-uma-das-piores-decisoes-da-historia-do-stf-05042021>. Acesso em: 21 dez. 2021.

PRATES, Lucas E. A.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil. *Health and Human Rights Journal*, [s.l.], v. 23, n. 1, p. 151-162, jun. 2021.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, [s.l.], v. 89, n. 1669, p. 1669-1698, 2011.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 117, n. 1015, p. 1015-1101, 2004.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 21 dez. 2021.

WANG, Daniel Wei Liang. STF, Anvisa e Sputnik: a pandemia é grave, a falta de cautela regulatória também. *JOTA*, 16 abr. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-anvisa-e-sputnik-a-pandemia-e-grave-a-falta-de-cautela-regulatoria-tambem-16042021>. Acesso em: 12 dez. 2021.

WANG, Daniel Wei Liang. Atuação do sistema de justiça durante a pandemia de covid-19: uma análise da jurisprudência do STF. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (orgs.). *Principais elementos*. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2020. (Coleção COVID-19, v. 1). p. 96-108.

WANG, Daniel Wei Liang *et al.* Why Has a Progressive Court Failed to Protect the Prison Population against Covid-19? Mass Incarceration and Brazil's Supreme Court in Times of Pandemic. *Health and Human Rights Journal*, Boston, no prelo.

WIMMER, Miriam. Limites e possibilidade para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s.l.], v. 11, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7136>. Acesso em: 21 dez. 2021.

YOUNG, Katherine G. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

WANG, Daniel Wei Liang *et al.* O STF e as medidas para prevenção e tratamento da covid-19. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2336, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202336>

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE DADOS:

O conjunto de dados deste artigo está disponível no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.1FPGX2>.

Daniel Wei Liang Wang

PROFESSOR NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP).

daniel.wang@fgv.br

Ana Luiza Gajardoni de Mattos Arruda

DOUTORANDA E MESTRA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO NA
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO
VARGAS (FGV DIREITO SP).

analuzag.arruda@gmail.com

Bruno da Cunha de Oliveira

MESTRANDO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO NA ESCOLA DE DIREITO
DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP).

bruno.dcd@gmail.com

Ezequiel Fajreldines dos Santos

DOUTORANDO E MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO NA
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO
VARGAS (FGV DIREITO SP).

ezequiel.santos@fgv.edu.br

Gabriela Tiemi Moribe

MESTRA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO
DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP).

gabrielamoribe@gmail.com

Leonardo Nochang Heck

MESTRANDO EM CIÊNCIA POLÍTICA E BACHAREL EM DIREITO PELA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).

leonardo.heck@usp.br

Luiz Fernando Gomes Esteves

DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
(USP). PROFESSOR DO INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPE).

luizfge@insper.edu.br

Marcela Pereira Pedro

BACHARELA EM CIÊNCIAS SOCIAIS PELA UNIVERSIDADE DE SÃO
PAULO (USP).

marcelappedro@gmail.com

Recebido: 17.02.2021

Aprovado: 27.03.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202337>

1 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-7845-5676>



Avaliação da regulação das custas forenses e sua correlação com o nível de judicialização: evidência das Justiças estaduais brasileiras no período de 2009 a 2018

ASSESSMENT OF COURT FEES' REGULATION AND ITS CORRELATION WITH THE LEVEL OF JUDICIALIZATION: EVIDENCE OF BRAZILIAN STATE COURTS FROM 2009 TO 2018

Daniela Thomes Coelho¹

Resumo

Baseada na análise econômica do Direito, a teoria da litigância propõe um modelo teórico em que são identificados os fatores que influenciam a tomada de decisão acerca do acionamento ou não do Poder Judiciário quando os agentes se encontram diante de um cenário de conflito. De acordo com esse modelo normativo, o baixo custo para o acionamento dos tribunais pode constituir em um incentivo à judicialização. O objetivo desta pesquisa é verificar se a variação do valor das custas forenses pode influenciar a quantidade de litígios. Especificamente, é testada empiricamente a existência de correlação entre a alteração da regulação estadual das custas forenses e o nível de judicialização, medido sobre a variação percentual da quantidade de processos no ano subsequente. A pesquisa adotou abordagem quantitativa e descritiva, tendo sido considerados dados sobre as custas forenses e o número de processos dos tribunais estaduais brasileiros entre os anos de 2009 e 2018. Por meio de um teste estatístico de diferença de médias, foi possível identificar que reduções das custas estão relacionadas a um aumento médio de 6% na quantidade de processos no ano seguinte. Já para os aumentos das custas, não foi possível identificar relação com reduções dos números de processos.

Palavras-chave

Direito e Economia; regulação; custas forenses; eficiência judicial; nível de judicialização.

Abstract

The economic analysis of the litigation proposes a theoretical model that identify the factors that influence agents' decision-making about whether to turn to the Judiciary when faced with a conflict. According to this normative model, the low cost of court fees may constitute an incentive to judicialization. The purpose of this paper is to verify whether court fees' price variation can influence lawsuits quantity. Specifically, it is an empirical test about the existence of a correlation between the change in the state regulation of court fees and the level of judicialization, measured on the percentage change in the number of cases in the subsequent year. It was adopted a quantitative and descriptive approach, considering the data on court fees and the number of cases from Brazilian's state courts, between the years 2009 to 2018. Through a statistical test of difference of means, it was possible to identify that reductions in court fees are related to an average increase of 6% in the number of cases in the following year. As for the court fees increases, it was not possible to identify a relationship with reductions in the number of cases.

Keywords

Law and Economics; regulation; court fees; judicial efficacy; litigation rates.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é verificar se a variação das custas forenses pode influenciar a quantidade de litígios. Em específico, é testado empiricamente um dos aspectos da teoria econômica da litigância. Pretende-se, assim, examinar se a alteração da regulação estadual das custas forenses tem efeito na judicialização, medida sobre a variação percentual da quantidade de processos no ano subsequente.

O problema prático ora examinado refere-se ao enfrentamento da morosidade do Poder Judiciário. A discussão de fundo perpassa a definição do papel a ser desempenhado pelo sistema jurídico. Divergentes embasamentos teóricos apresentam a questão sob perspectivas diferentes. Por exemplo, defensores da universalização do acesso à Justiça apontam que a facilitação do ajuizamento de processos seria uma ferramenta para assegurar a distribuição de direitos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988). Marc Galanter (1974) descreve as limitações do sistema de justiça a partir das características dos litigantes – habituais (*repeat players*) ou ocasionais (*one shooters*) – e, em ensaio especulativo, propõe mecanismos focados no papel redistributivo do sistema legal. Ao discutir os efeitos sistêmicos da atuação desses litigantes habituais no cenário brasileiro, Susana Henriques da Costa (FERRAZ *et al.*, 2017, p. 188, grifo nosso) afirma:

O Judiciário é muitas vezes utilizado de uma forma estratégica por esses grandes litigantes, que se recusam a adotar entendimentos já consolidados pelo próprio Judiciário. Então, *o grande litigante já sabe que está errado*, que tem que entregar, que tem que dar determinado benefício assistencial (no caso do INSS), já há uma jurisprudência pacificada, *e ele continua atuando de forma contrária ao direito, de forma ilícita. Por quê?* Porque lhe é estrategicamente interessante. O Judiciário brasileiro não consegue de fato resolver macrolitígio, ele vai trabalhando o problema individual, mas não consegue mudar comportamentos. Por quê? Porque esses grandes litigantes têm o oligopólio do Judiciário e atuam de forma muito estratégica dentro desta arena e a manipulam. Porque continuamos achando que tem que abrir porta para todo mundo, porque o acesso deveria ser universal. Eu acho que chegou a hora de começarmos a pensar uma política redistributiva de acesso, que signifique tirar grandes litigantes do Poder Judiciário, pensar em técnicas que consigam tornar desinteressante o uso estratégico do Judiciário por esses grandes litigantes, para, assim, pensar em abrir as portas do Judiciário para quem não tem. Precisamos começar a pensar em fazer escolhas políticas em prejuízo, em detrimento dos grandes litigantes, o que é algo que não é pauta no Brasil.

Há, ainda, corrente que enfatiza a instrumentalização dos processos, defendendo a implementação de ferramentas procedimentais específicas para demandas repetitivas como solução ao enfrentamento da sobrecarga do Poder Judiciário (GUIMARÃES, 2018; VITORELLI,

2018). Entretanto, tais técnicas podem acarretar prejuízos ao julgamento das demandas individuais (TARTUCE e ASPERTI, 2019).

Por fim, com base na análise econômica do Direito, a teoria da litigância (SHAVELL, 1997) modela os parâmetros que influenciam a decisão de levar uma causa à Justiça, entre os quais é identificado o valor das custas forenses. Este artigo restringe-se ao teste empírico da citada teoria da litigância. Trata-se, portanto, de estudo com escopo limitado, que parte de premissas teóricas particulares dessa ótica econômica, primordialmente focada na eficiência.¹

A análise econômica do Direito originou-se de movimento norte-americano da década de 1960.² Divergindo do tradicional aspecto meramente argumentativo das análises jurídicas, esse ramo da ciência vale-se de conceitos da teoria econômica capazes de prever as consequências dos comportamentos humanos, e testa, empiricamente, a realidade. Trata-se do emprego de ferramentas da microeconomia para examinar aspectos legais. Em quais circunstâncias a lei produzirá determinada consequência? Quais elementos da lei devem ser modificados para que seja alcançado o resultado almejado pelo legislador e pela sociedade? Busca-se a otimização da configuração legal capaz de maximizar os benefícios sociais. Como resultado, pretende-se oferecer evidência sobre os efeitos de obrigações legais no comportamento dos agentes (COOTER e ULEN, 2011).

Esse ramo da literatura aponta no sentido de que as custas forenses representam fator que influencia a tomada de decisão acerca do acionamento ou não do Poder Judiciário, quando os agentes se encontram diante de um cenário de conflito. Em trabalho precursor, Shavell (1997) propõe um modelo teórico de análise econômica da litigância, identificando as circunstâncias que levam a um aumento dos acordos e, em oposição, à diminuição da submissão de julgamentos aos tribunais. Uma das variáveis a ser considerada é justamente a distribuição dos custos do litígio.

No campo empírico, há evidências de estudo realizado na Espanha, onde inexistia um sistema de custas forenses até 2002. Mora-Sanguinetti e Martínez-Matute (2019) coletaram dados entre 2001 e 2015 para analisar se a introdução de cobrança de custas afetava a demanda por justiça, medida em litígios cíveis *per capita*. Em conclusão, foi apurada a redução do nível de litígios e do congestionamento dos tribunais. Porém, os resultados não foram homogêneos, observando-se variações dependendo do tipo de procedimento, da carga processual do tribunal e de condições locais macroeconômicas. O cerne da pesquisa, portanto, foi a avaliação de dois momentos específicos: com ou sem custas. Diferentemente, o cenário brasileiro permite um estudo mais amplo. Isso porque os diversos estados-membros possuem

...

1 O conceito de eficiência é definido adiante, na seção 3, que especifica sua aplicação ao Poder Judiciário.

2 São comumente citados como trabalhos inaugurais desse campo: Coase (1960) e Calabresi (1961).

autonomia para a regulação das custas no âmbito da Justiça estadual. Assim, são geradas mais situações a serem estudadas, como casos de aumento e de diminuição das custas (e não apenas introdução de custas e sua retirada), dentro de um mesmo contexto socioeconômico, em um mesmo país.

Também deve ser registrada a existência de evidências empíricas no Brasil, conforme dissertação de Pimentel (2017). Sua abordagem restringiu-se a testar apenas um dos elementos das custas forenses, qual seja, o recursal, circunscrito ao ambiente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Revelou, assim, que a regulação em grau maior dos valores estipulados como requisito para a interposição de recurso resulta em menor recorribilidade das decisões. Trata-se de trabalho limitado ao estado do Rio de Janeiro e, ainda, ao exame dos custos recursais. Nesse ponto está a distinção entre citado estudo e o realizado neste artigo, qual seja, sua abrangência. A proposta ora executada avaliou a correlação entre custas forenses (não apenas recursais) e a quantidade de processos em todos os estados da federação.

Vislumbra-se um paradoxo: de um lado, a literatura aponta que a regulação das custas forenses pode servir como ferramenta para diminuir a judicialização; de outro lado, a realidade prática brasileira em que a atual regulação das custas tem potencial de agravar o problema da judicialização. O congestionamento do sistema de justiça brasileiro é evidente: são 78,7 milhões de processos aguardando solução, tendo sido ajuizados, em um período de um ano, 28,1 milhões de novos processos, e julgados 31,9 milhões (BRASIL, 2019a, p. 79-80).

Contudo, por que motivo a grande quantidade de processos é um fator de preocupação? Por que a regulação de matéria que possa afetar essa realidade tem relevância? A existência de um Poder Judiciário eficiente é considerada um fator de desenvolvimento econômico (DAM, 2006). Logo, permitir que os tribunais sejam sobrecarregados com processos pode significar a condenação à ineficiência da prestação jurisdicional e, em igual medida, ao atraso no desenvolvimento econômico. Logo, a avaliação dessas medidas regulatórias no cenário brasileiro permitirá o aprimoramento das políticas públicas do setor.

A questão de pesquisa proposta assume especial relevância diante da atual distribuição dos custos anuais do Poder Judiciário brasileiro: despesa de R\$ 86,4 bilhões, enquanto a arrecadação com o recolhimento de custas, emolumentos e taxas totaliza R\$ 11,9 bilhões (BRASIL, 2019b). Assim, apenas 13,85% dos custos do Judiciário foram suportados pelos litigantes, enquanto o restante foi subsidiado pelo Estado e pago pela sociedade. Há, pois, incentivos para a judicialização.

Considera-se, ainda, que o custo do Poder Judiciário é importante na medida em que se trata de prestação de serviço público. Diante da evolução do conceito de Estado no tempo, vê-se que várias funções estatais estão sendo repensadas e redimensionadas (MAJONE, 2017). Nesse sentido, a realização de justiça não seria um sinônimo de Poder Judiciário. O modelo econômico aponta para a eficiência na resolução de conflitos fora do Poder Judiciário. A justiça, assim, pode ser alcançada por autocomposição (acordos extrajudiciais entre as partes) ou mesmo arbitragem. Ou seja, existem outras formas alternativas de resolução

de conflitos que proporcionam justiça sem exigir que tal tarefa seja desenvolvida e custeada pelo Estado. Diante dessa redefinição do papel do Estado, a regulação se coloca como ferramenta essencial. Por exemplo, foram editadas leis que passaram a admitir esses métodos alternativos em nosso sistema; porém, não se criou um desincentivo ao acionamento do Poder Judiciário.

O ponto central, portanto, é a regulação das custas forenses. Trata-se de taxa por prestação de serviço público, e sua fixação depende de lei promulgada pelo respectivo estado-membro. Logo, é possível examinar empiricamente quais foram os efeitos em cada localidade, relacionando o valor das custas à quantidade de processos. Pretende-se examinar, de maneira ampla, se há correlação entre essas variáveis.

Assim, a contribuição desta pesquisa é no sentido de identificar a existência de correlação entre a alteração dos valores das custas forenses e a quantidade de processos. Dessa forma, revela-se que o controle do valor das custas forenses pode ser empregado, pelo Poder Público, como um instrumento regulatório na formulação de políticas públicas que busquem garantir a eficiência do Poder Judiciário. Ressalva-se que não se inclui no escopo da pesquisa a demonstração de causalidade.

O artigo está estruturado da seguinte forma: a primeira seção descreve o arcabouço normativo das custas forenses no Brasil. A segunda seção apresenta a teoria da análise econômica da litigância e os estudos empíricos já realizados. A terceira seção destaca o papel do Poder Judiciário no desenvolvimento econômico. A quarta seção tem como foco o aspecto regulatório do tema. A quinta seção fornece detalhes sobre a metodologia empregada para o tratamento dos dados. A sexta seção expõe os resultados. Ao final, tem-se a conclusão.

1. ARCABOUÇO NORMATIVO DAS CUSTAS FORENSES NO BRASIL

As custas têm natureza jurídica de taxa.³ Trata-se, pois, de tributo cujo fato gerador é a utilização de serviço público divisível e específico (BRASIL, 1966). Sua instituição é de competência do ente federativo vinculado à prestação do serviço jurisdicional (BRASIL, 1988). Em virtude do respectivo regime jurídico, impõe-se a aplicação do princípio constitucional da anterioridade de exercício. Isso significa que a alteração legislativa do valor das custas só pode produzir efeitos no ano seguinte àquele em que foi publicada. Por essa razão, a metodologia de pesquisa adotada considerou a quantidade de processos no ano seguinte ao da alteração do valor das custas.

O sistema permite, portanto, que cada Estado estabeleça os critérios para o cálculo das custas vigentes em seu território. Como resultado, vê-se uma variação: alguns tribunais

...

3 Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 1998 e 2002).

definem quantias iniciais fixas para as custas, determinadas pelas faixas de valores das causas; outros cobram as custas tendo por base um percentual do valor da causa, em regra definindo valores mínimos e máximos de cobrança; há ainda tribunais que usam modelos híbridos, mesclando os dois sistemas de fixação de valores anteriormente mencionados (BRASIL, 2019b). Observa-se que não é considerado no cálculo o custo do serviço jurisdicional então prestado. Essa desconexão é contrária ao entendimento doutrinário, que aponta ser um dos objetivos da instituição de taxas justamente viabilizar o cumprimento das funções públicas por meio da cobertura dos respectivos custos (HARET, 2010). A Tabela 1, a seguir, ilustra a discrepância existente nos patamares estaduais de fixação de custas em uma perspectiva temporal.

TABELA 1 – CUSTAS

ANO	2019	2017	2016	2015	2013	2012	2011	2010	2009	2003	2002
VALOR DA AÇÃO (R\$)	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	10 MIL	10 MIL	10 MIL
AC	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 300,00	R\$ 150,00	R\$ 150,00
AL	R\$ 1.809,03	R\$ 1.330,92	R\$ 1.700,44	R\$ 1.700,44	R\$ 1.700,44	R\$ 1.691,84	R\$ 1.691,84	R\$ 1.676,03	R\$ 504,00	N/I*	N/I
AM	R\$ 3.609,14	R\$ 3.608,64	R\$ 3.608,64	R\$ 3.282,33	R\$ 2.821,00	R\$ 2.821,00	R\$ 2.821,00	R\$ 2.823,00	R\$ 886,00	R\$ 852,00	N/I
AP	R\$ 1.660,63	R\$ 1.623,10	R\$ 1.623,51	R\$ 1.593,69	R\$ 1.592,55	R\$ 1.572,90	R\$ 1.611,49	R\$ 1.614,70	R\$ 253,00	R\$ 145,43	R\$ 160,00
BA	R\$ 4.659,84	R\$ 3.245,26	R\$ 2.977,30	R\$ 2.697,32	R\$ 2.395,20	R\$ 2.299,20	R\$ 2.174,60	R\$ 2.057,00	R\$ 667,00	R\$ 518,10	R\$ 538,10
CE	R\$ 3.089,58	R\$ 3.407,27	R\$ 2.300,00	R\$ 1.235,90	R\$ 1.125,48	R\$ 1.049,71	R\$ 994,37	R\$ 897,84	R\$ 786,00	N/I	N/I
DF	R\$ 550,58	R\$ 514,74	R\$ 466,45	R\$ 435,47	R\$ 386,36	R\$ 366,10	R\$ 372,00	R\$ 1.000,00	R\$ 343,00	R\$ 266,00	R\$ 239,81
ES	R\$ 1.523,80	R\$ 1.522,17	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 2.777,09	R\$ 2.641,44	R\$ 2.520,59	R\$ 2.347,00	R\$ 363,00	R\$ 310,00	R\$ 280,00
GO	R\$ 4.037,68	R\$ 3.773,10	R\$ 3.612,11	R\$ 3.360,25	R\$ 3.088,05	R\$ 2.985,02	R\$ 2.819,19	R\$ 2.797,87	R\$ 518,00	R\$ 376,00	R\$ 342,00
MA	R\$ 4.941,10	R\$ 4.700,40	R\$ 4.424,40	R\$ 4.055,20	R\$ 3.687,30	R\$ 3.530,30	R\$ 3.348,05	R\$ 3.227,50	R\$ 489,00	R\$ 472,50	R\$ 489,50
MG	R\$ 1.252,67	R\$ 1.111,97	R\$ 1.029,72	R\$ 931,23	R\$ 855,55	R\$ 1.267,03	R\$ 1.200,59	R\$ 1.100,30	R\$ 221,00	R\$ 180,00	R\$ 245,00
MS	R\$ 2.994,21	R\$ 2.423,00	R\$ 2.335,00	R\$ 2.156,00	R\$ 1.386,24	R\$ 1.267,68	R\$ 1.207,64	R\$ 1.106,56	N/I	N/I	R\$ 200,81
MT	R\$ 2.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 2.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 2.013,20	R\$ 2.000,00	R\$ 2.000,00	R\$ 2.054,40	R\$ 408,00	N/I	R\$ 391,80

(Continua)

ANO	2019	2017	2016	2015	2013	2012	2011	2010	2009	2003	2002
VALOR DA AÇÃO (R\$)	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	100 MIL	10 MIL	10 MIL	10 MIL
PA	R\$ 2.993,93	R\$ 3.142,86	R\$ 2.126,67	R\$ 2.126,67	R\$ 1.428,40	R\$ 1.423,00	R\$ 1.437,80	R\$ 1.379,40	R\$ 420,00	R\$ 384,96	R\$ 121,58
PB	R\$ 6.567,35	R\$ 7.362,60	R\$ 7.007,60	R\$ 6.676,35	R\$ 6.931,00	R\$ 6.559,00	R\$ 7.157,74	R\$ 6.800,37	R\$ 897,00	R\$ 832,37	R\$ 912,19
PE	R\$ 1.954,13	R\$ 1.812,00	R\$ 1.934,69	R\$ 1.921,92	R\$ 1.908,18	R\$ 1.903,03	R\$ 2.128,79	R\$ 2.121,91	R\$ 420,00	R\$ 244,81	R\$ 250,00
PI	R\$ 7.750,00	R\$ 7.319,90	R\$ 7.421,66	R\$ 5.563,64	R\$ 5.866,93	R\$ 5.846,10	R\$ 5.637,40	R\$ 4.389,86	R\$ 100,00	N/I	N/I
PR	R\$ 1.456,17	R\$ 1.312,56	R\$ 1.275,66	R\$ 1.165,00	R\$ 1.152,48	R\$ 1.038,24	R\$ 1.066,70	R\$ 805,02	R\$ 548,00	R\$ 489,99	R\$ 516,00
RJ	R\$ 2.768,80	R\$ 2.480,40	R\$ 2.445,65	R\$ 2.529,46	R\$ 2.531,99	R\$ 2.269,79	R\$ 2.271,11	R\$ 2.447,95	R\$ 662,00	R\$ 368,45	R\$ 351,04
RN	R\$ 708,55	R\$ 936,49	R\$ 936,49	R\$ 800,00	R\$ 800,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 96,00	R\$ 96,00	R\$ 96,00
RO	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 1.500,00	R\$ 150,00	R\$ 174,00	R\$ 150,00
RR	R\$ 1.528,66	R\$ 1.500,67	R\$ 1.448,29	R\$ 1.446,34	R\$ 747,20	R\$ 746,99	R\$ 745,98	R\$ 725,00	R\$ 105,00	N/I	N/I
RS	R\$ 2.500,00	R\$ 2.500,00	R\$ 2.568,00	R\$ 2.500,00	R\$ 1.690,00	R\$ 1.620,00	R\$ 1.600,00	R\$ 1.600,00	R\$ 420,00	R\$ 300,00	R\$ 280,00
SC	R\$ 2.800,00	R\$ 1.812,00	R\$ 1.799,56	R\$ 1.775,00	R\$ 1.800,00	R\$ 1.700,00	R\$ 1.644,00	R\$ 1.600,00	R\$ 186,00	R\$ 130,00	R\$ 130,00
SE	R\$ 3.226,29	R\$ 3.143,46	R\$ 2.424,45	R\$ 2.280,06	R\$ 2.159,76	R\$ 2.075,00	R\$ 2.029,48	R\$ 1.768,00	R\$ 273,00	R\$ 124,00	R\$ 124,00
SP	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 100,00	R\$ 100,00	R\$ 114,26
TO	R\$ 2.601,00	R\$ 2.601,00	R\$ 1.647,00	R\$ 1.099,00	R\$ 2.609,00	R\$ 2.609,00	R\$ 1.121,00	R\$ 2.609,00	R\$ 263,00	N/I	N/I

* N/I = valor não informado.

Fonte: Piauí (2010).

Em relação à forma de arrecadação das custas, nosso Código de Processo Civil (CPC) estipula que cabe a cada parte arcar com a despesa dos atos que realizarem ou requererem no processo.⁴ Assim, incumbe ao autor, quando do ajuizamento da ação, adiantar o pagamento das custas. No entanto, ao final do processo, incumbe ao vencido ressarcir ao vencedor as despesas que antecipou.⁵ Logo, é o réu condenado que arca com o custo do processo,

...

⁴ Conforme art. 82, *caput*, do CPC (BRASIL, 2015).

⁵ Conforme art. 82, § 2º, do CPC (BRASIL, 2015).

incluindo o valor das custas adiantadas pelo autor, mas paga tudo ao final como verba sucumbencial. Portanto, uma política pública que diminua o valor das custas torna mais barata a atitude do réu de usar o processo para protelar o cumprimento de uma obrigação. Por que resolver um problema fora da Justiça se eu (réu culpado) posso, por um custo muito baixo, adiar o pagamento dessa obrigação por meio do processo? Toda a sociedade subsidia essa atitude do réu, já que o valor das custas é inferior ao verdadeiro custo da prestação jurisdicional, sendo suportado por impostos de todos os cidadãos – dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indicam um déficit entre o custo do Poder Judiciário e o valor arrecadado com as custas.⁶

Por fim, é pertinente abordar a relação entre custas e acesso à Justiça. Trata-se de senso comum a perspectiva de que a diminuição das custas permitiria maior acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário, situação apontada como distribuição de justiça. No entanto, essa visão desconsidera o sistema processual em vigor. Isso porque já existe ferramenta que garante o acesso da parte hipossuficiente ao Judiciário, qual seja, a gratuidade de Justiça (BRASIL, 2015). Logo, a diminuição do valor das custas não serve para aumentar o acesso à Justiça já que esse papel é desempenhado pela gratuidade. Na verdade, a situação é justamente o inverso, na medida em que a fixação de custas em valor baixo tem potencial de aumentar demasiadamente a quantidade de processos e, por conseguinte, repercutir na morosidade do Judiciário, situação que evidentemente não representa distribuição de justiça (CARNEIRO e CADEMARTORI, 2018).

2. ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA

Shavell (1997) desenvolve, de forma normativa, o seguinte raciocínio: existe um desalinhamento entre os níveis privado e socialmente desejáveis de acordos formalizados para a resolução de conflitos. Assim, os julgamentos ocorrem com mais frequência do que seria vantajoso para a sociedade. Isso porque há um custo social decorrente do acionamento do Poder Judiciário que não é totalmente suportado pelas partes em litígio. Trata-se, pois, de uma externalidade negativa, visto que tais custos são transferidos para toda a sociedade. Logo, a solução seria a internalização dessa externalidade por meio de regulação, aumentando-se o custo do litígio para o infrator e, com isso, incentivando-o a evitar o julgamento

...

⁶ Conforme mencionado na introdução deste texto: “[...] atual distribuição dos custos anuais do Poder Judiciário brasileiro: despesa de R\$ 86,4 bilhões, enquanto a arrecadação com o recolhimento de custas, emolumentos e taxas totaliza R\$ 11,9 bilhões (BRASIL, 2019a). Assim, apenas 13,85% dos custos do Judiciário foram suportados pelos litigantes, enquanto o restante foi subsidiado pelo Estado e pago pela sociedade”.

e a resolver o conflito por outros meios — autocomposição ou métodos alternativos de resolução de conflitos.

Trata-se de um modelo econômico simplificado que, partindo de algumas premissas, demonstra que o custo do litígio é um dos fatores que influencia a decisão das partes de submeter ou não um conflito ao Poder Judiciário.^{7,8}

Ilustrativamente, a teoria elaborada por Shavell (1997, p. 581-582) pode ser compreendida por meio de um exemplo. Considere que uma vítima sofreu um dano de R\$ 1.000. Partindo da racionalidade, a vítima escolherá ajuizar um processo para receber esse dano sempre que seus custos para isso forem inferiores à quantia que ela pretende receber. Logo, se seus gastos forem de R\$ 300, a vítima escolherá processar. Essa é a visão privada da vítima, que desconsidera outros fatores. Ao provocar o Judiciário, a vítima desencadeia outros custos, que não são suportados por ela: considera-se que o réu gastará R\$ 200 para se defender e os custos do Estado serão de R\$ 100; logo, o custo social associado ao litígio não será apenas de R\$ 300, mas a soma (R\$ 300 de gastos da vítima + R\$ 200 de gastos do réu + R\$ 100 de gastos do Estado = R\$ 600). Nesse caso, pretendendo-se receber um benefício de R\$ 1.000, incorre-se em custos sociais de R\$ 600, deixando um líquido de R\$ 400 (a quantia final é inferior à quantia gasta para recebê-la).

Além disso, também há benefício social que não entra na decisão da vítima quando pensa em processar: o efeito dissuasor do processo em relação a outros potenciais infratores/danos que, em última análise, representa um incentivo para o investimento em precaução. Se um infrator sabe que, se for processado, deverá pagar R\$ 1.000 e ainda sua própria defesa (R\$ 200), isso pode servir de incentivo para que ele aja com cautela e gaste em formas preventivas de evitar o dano (SHAVELL, 1997, p. 582).

As situações hipotéticas narradas servem para demonstrar o desalinhamento entre a esfera privada e a social. Existem custos e benefícios que extrapolam a esfera individual, mas que não são considerados pelo agente no momento de sua decisão sobre a forma de solução para um litígio. Por conseguinte, o volume de processos e o nível de precaução são, de maneira geral, inapropriados sob a perspectiva social.

...

- 7 Aponta-se, portanto, que há outros fatores que compõem o modelo proposto, de maneira que o custo do processo não é indicado como único determinante. Logo, verifica-se uma limitação no exame empírico ora realizado, no sentido de que não seria possível traçar uma relação de causalidade entre essas duas variáveis (volume de judicialização e custo dos processos), mas apenas uma correlação.
- 8 Neste artigo é descrito o modelo de Shavell, pois é o que apresenta mais claramente os efeitos sociais da escolha das partes entre negociar ou litigar. Como a presente pesquisa destaca os efeitos sociais decorrentes da diminuição das custas, entendeu-se que o modelo de Shavell é o que mostra um cenário mais adequado para a compreensão do problema de pesquisa. No entanto, há outros modelos econômicos que pretendem esquematizar as variáveis que influenciam a decisão das partes em negociar ou litigar. Para uma visão mais aprofundada, ver: Posner (1973), Priest e Klein (1984) e Bebchuk (1984).

Diante dessas externalidades – negativas, em relação aos custos, e positivas, quanto aos benefícios –, justifica-se a intervenção do Estado para regular a situação. No caso, busca-se um desenho institucional que, ao manipular as variáveis integrantes da equação, represente tentativa de compatibilização dos interesses – privado e social – e promoção da alocação eficiente de recursos. Porém, Shavell (1997) admite que não existe uma medida mágica ou política simples para alcançar esse propósito, já que entre os fatores a serem considerados está o efeito dissuasor do processo, cujo cálculo é intrinsecamente complicado.

Consciente dessas limitações, a presente pesquisa é um recorte desse modelo proposto, para analisar apenas uma relação, qual seja, a taxa de custas forenses e a quantidade de processos. Portanto, não integra o objeto deste artigo a discussão da teoria em si, bem como de outras conexões entre os elementos relacionados. Pretende-se, assim, a verificação empírica da suposta influência das custas forenses na quantidade de demandas. Portanto, é testada a seguinte hipótese central do artigo:

H1: a variação no valor das custas tem relação com a variação do número de processos no ano subsequente.

De modo específico, testa-se empiricamente se a redução no valor das custas está relacionada ao aumento no número de processos e, de maneira análoga, se o aumento no valor das custas está associado à redução no número de processos.

É relevante destacar o trabalho empírico de Pimentel (2017), que avaliou os efeitos dos custos recursais na decisão das partes de recorrer ou não de uma decisão judicial. Sua pesquisa foi estruturada para comparar o índice de recorribilidade de sentenças da fase de conhecimento proferidas em três grupos de casos distintos, selecionados em amostra do TJRJ: sentenças proferidas em 2015 pela Justiça Comum (JC 15), sentenças proferidas em 2017 pela Justiça Comum (JC 17) e sentenças proferidas em 2015 pelos Juizados Especiais Cíveis (JEC 15).

A separação dos grupos levou em consideração duas circunstâncias: permitir a comparação entre JC e JEC, sistemas com diferentes incentivos, já que, no primeiro, os custos recursais não são considerados elevados, enquanto no segundo esses custos são apontados como elevados;⁹ confrontar os dados da JC em dois momentos temporais, em 2015 e em 2017, diante da alteração introduzida pelo novo CPC, que representou o agravamento dos custos recursais ante a introdução do instituto da sucumbência recursal.¹⁰

Em conclusão, Pimentel (2017) apresentou a Tabela 2, a seguir:

...

⁹ O autor classificou o custo recursal como elevado ou não os comparando: quando da elaboração da pesquisa, o custo recursal no JEC seria de aproximadamente R\$ 1.200,00, enquanto na JC seria em torno de R\$ 300,00.

¹⁰ Cf. art. 85, § 11, do CPC, em vigor a partir de março de 2016 (BRASIL, 2015).

TABELA 2 — SENTENÇAS RECORRÍVEIS E ÍNDICE DE RECORRIBILIDADE

	SENTENÇAS RECORRÍVEIS	RECURSOS INTERPOSTOS	%
JC 15	532	350	65,79
JEC 15	545	125	22,94
JC 17	362	171	47,24

Fonte: Pimentel (2017, p. 86).

As situações apresentadas podem ser classificadas quanto ao custo para recorrer, sendo o mais elevado JEC 15, o intermediário JC 17 e o mais brando JC 15. Essa classificação considera o sistema existente que prescreve diferentes custos para esses casos. O resultado anterior demonstra que, quanto mais elevado é o custo para recorrer, menor é o índice de recorribilidade. Portanto, os dados coletados indicaram a confirmação da hipótese levantada, no sentido de que os custos dos litígios influenciam a decisão das partes de litigar, ou, no caso, de continuar litigando.

Identificam-se, assim, referencial teórico e evidência empírica no sentido de que os custos processuais repercutem na decisão das partes de submeter um conflito à apreciação do Judiciário.

Nesse contexto, assume relevância a regulação das custas processuais, já que consiste em fator que pode influenciar a quantidade de processos submetidos ao Poder Judiciário. Sob o ponto de vista da sociedade, normalmente é mais eficiente que as partes resolvam suas controvérsias por meio não judicial.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O adequado desempenho das instituições é fundamental para o desenvolvimento econômico de um país (ACEMOGLU e ROBINSON, 2019; RODRIK, SUBRAMANIAN e TREBBI, 2004; NORTH, 1994). Dentro do arranjo estatal, cabe ao Poder Judiciário garantir o *enforcement*. O bom funcionamento dos tribunais reduz os riscos enfrentados pelas empresas e, por conseguinte, aumenta sua disposição de investir (WORLD BANK, 2005, p. 86). Inclusive, a alteração material da legislação, quando desacompanhada do fortalecimento do Judiciário, é insuficiente para promover uma mudança na realidade do país (DAM, 2006).

Para realizar adequadamente essa função, exige-se que a atuação do Poder Judiciário seja efetiva. Vários fatores influenciam essa configuração, entre os quais se incluem o grau

de formalismo do sistema, a existência de precedentes (diminuição de incerteza), a independência estrutural e funcional dos julgadores e a eficiência da prestação jurisdicional (relacionada ao tempo de duração do processo) (DAM, 2006).

Ao examinar um processo produtivo, afirma-se que ele é eficiente quando, empregando-se os mesmos insumos e materiais, não é possível produzir em maior quantidade (COOTER e ULEN, 2011). Ou seja, com aquele nível de matéria-prima, atinge-se o maior patamar de produção possível. Aplicando-se esse conceito para o caso estudado, a avaliação da eficiência depende do nível de produtividade institucional.

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, o nível de eficiência é afetado tanto pela produtividade dos magistrados e servidores quanto pela quantidade de processos. Portanto, a avaliação da eficiência do Poder Judiciário é uma tarefa complexa, na medida em que sua quantificação depende de vários parâmetros.

O CNJ desenvolveu o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus) para medir a eficiência relativa dos tribunais. Em última análise, a métrica compara a produtividade dos tribunais considerando os recursos (financeiros e humanos) de cada unidade e busca avaliar se o tribunal foi capaz de baixar mais processos, quando comparado aos demais, com recursos semelhantes.

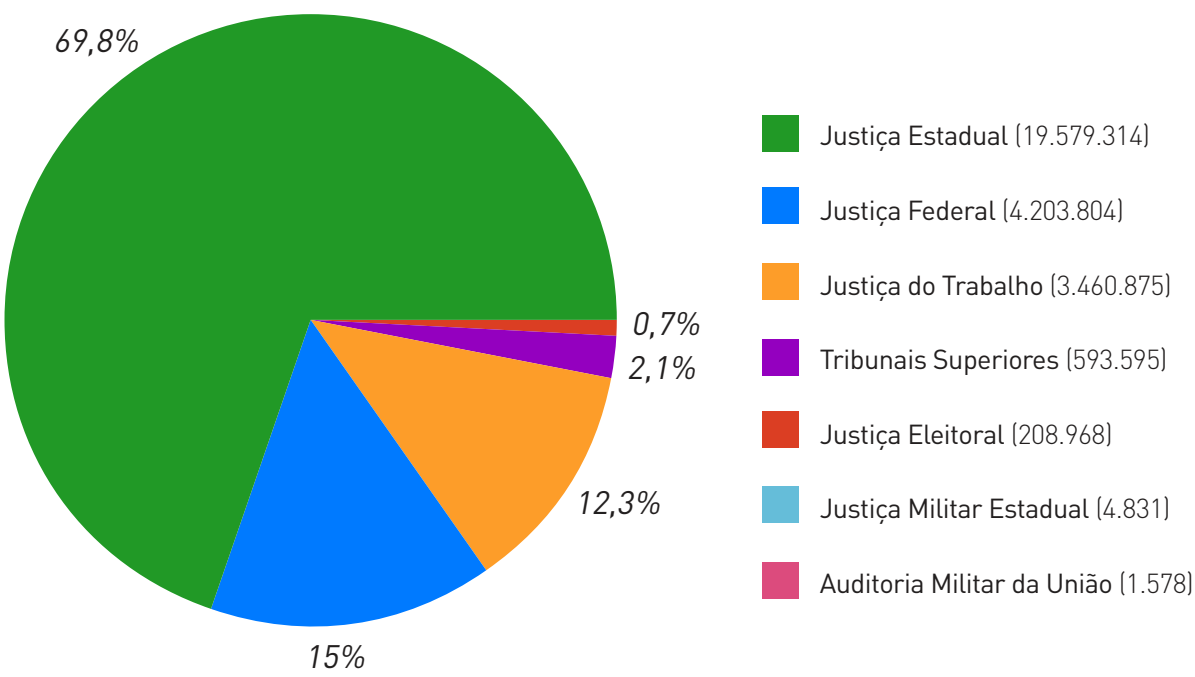
Quando a quantidade de novos processos é maior do que a produtividade judicial, o estoque de processos aguardando julgamento aumenta e, conseqüentemente, aumenta o tempo de espera por uma decisão judicial. Historicamente, a taxa de congestionamento da Justiça estadual é de aproximadamente 70% (BRASIL, 2019b, p. 95). Ou seja, de todos os novos processos ajuizados em um ano, julgam-se 30%. Ademais, dados do CNJ indicam que, entre 2015 e 2021, houve um aumento de 30% na quantidade de casos novos por ano – passando de 535.644 para 696.868 –, e, entre 2011 e 2021, a quantidade de casos pendentes aumentou aproximadamente 53% – passando de 1.062.666 para 1.624.546 (BRASIL, 2019a).

Portanto, o nível de eficiência depende, de um lado, da produtividade dos juízes e servidores, e, de outro lado, do volume de processos. Ainda que estivéssemos em um ambiente institucional extremamente produtivo, em que juízes e servidores trabalhassem no máximo de suas capacidades, se o ambiente externo representar uma enxurrada de novos processos a cada ano, o resultado será, inevitavelmente, o acúmulo desses processos.

Há, pois, uma limitação estrutural da quantidade de processos que o Poder Judiciário consegue absorver. Por essa razão, o aprimoramento institucional também perpassa pela criação de incentivos com o objetivo de diminuir o volume total de novos processos. Ou seja, a implementação de políticas estatais que diminuam a judicialização.

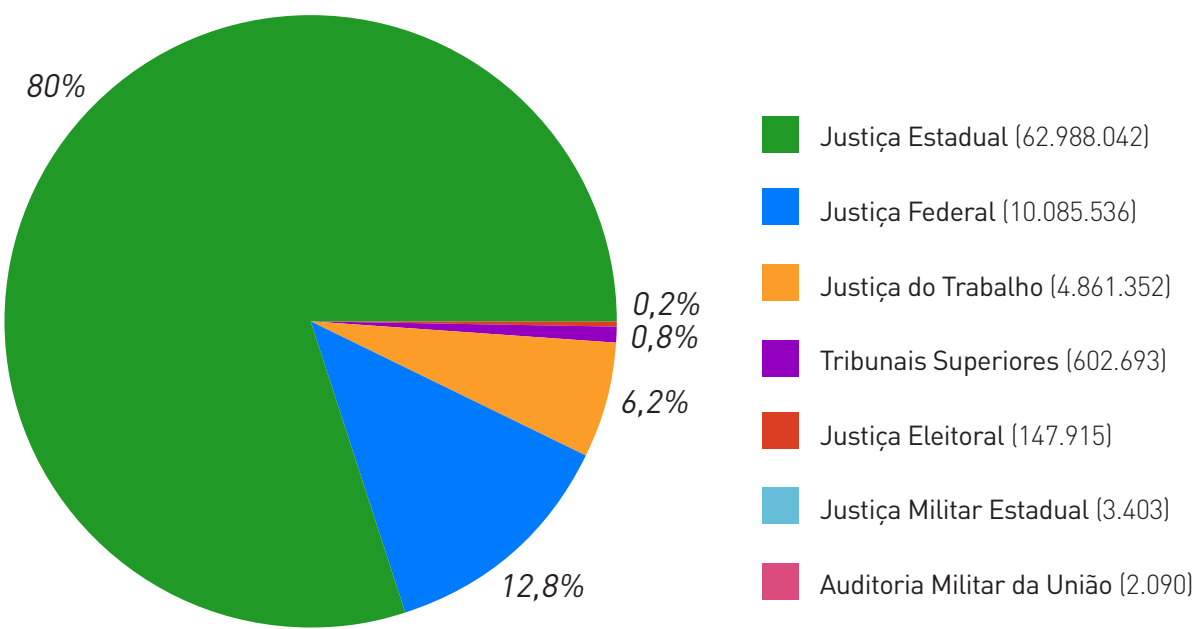
Esse é justamente o ponto de interesse deste artigo: avaliar se a variação do valor das custas é uma medida que pode incentivar os litigantes a não acionarem o Poder Judiciário. Nesse contexto, algumas informações do CNJ servem para traçar um diagnóstico sobre a eficiência do Judiciário (Gráficos 1 a 3).

GRÁFICO 1 – **CASOS NOVOS POR RAMO DE JUSTIÇA**



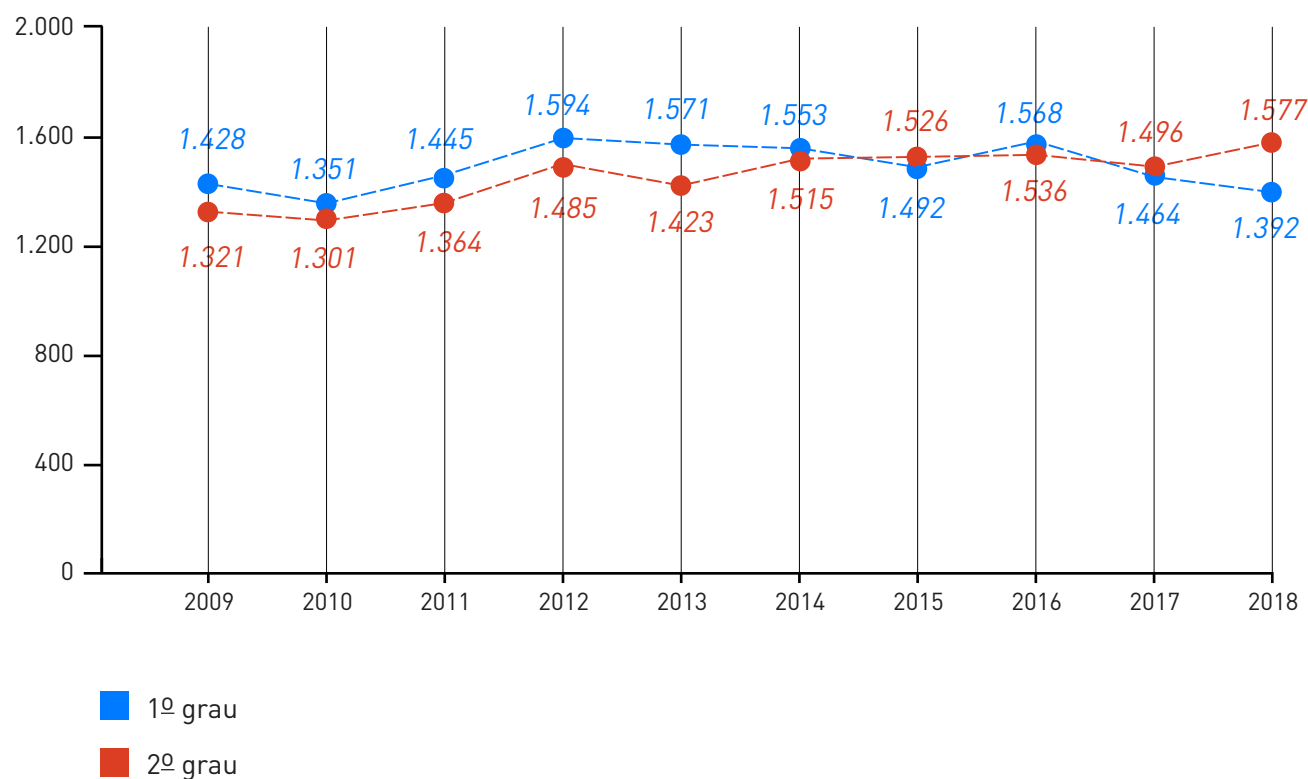
Fonte: Brasil (2019a, p. 84).

GRÁFICO 2 – **CASOS PENDENTES POR RAMO DE JUSTIÇA**



Fonte: Brasil (2019a, p. 84).

GRÁFICO 3 — SÉRIE HISTÓRICA DE CASOS NOVOS POR MAGISTRADO



Fonte: Brasil (2019a, p. 109).

Os dados indicam a elevada quantidade de processos e a sobrecarga do Poder Judiciário, com evidente prejuízo para a celeridade. A existência desses estoques de processos em atraso é um sintoma de disfuncionalidade do Judiciário. Como consequência, essa circunstância leva a um descrédito da confiança pública na instituição e a uma hesitação em confiar nela (DAM, 2006, p. 13).

Diante desse cenário, uma das alternativas possíveis seria a tentativa de diminuição do quantitativo de processos e de melhoria da eficiência da prestação jurisdicional, promovendo-se, em última análise, o desenvolvimento econômico. A hipótese ora examinada pretende testar se o aumento do valor das custas pode servir como instrumento para o aprimoramento do sistema de justiça.

Por outro lado, uma solução aparentemente óbvia seria aumentar a estrutura do Poder Judiciário. No entanto, essa alternativa não possui fundamento científico. Ao contrário, uma revisão de literatura na América Latina e no Caribe demonstrou que não existe correlação entre os níveis gerais de recursos destinados ao Judiciário e o tempo de julgamento dos processos (BOTERO *et al.*, 2003, p. 63).

Ademais, a escassez de recursos públicos não recomenda tal alargamento de forma ilimitada. Isso porque o vetor que orienta o atual Estado pós-moderno se estabelece no sentido de que lhe cabe buscar a solução menos onerosa e que proporcione os melhores resultados,

dentro das alternativas possíveis.¹¹ E a regulação das custas coloca-se como medida de fácil implementação e grande potencial de resultado, sem onerar desnecessariamente os cofres públicos.

4. REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: OBJETIVO, AVALIAÇÃO E REGULADOR

Os argumentos até então apresentados apoiam-se na ótica da análise econômica do Direito. Somando-se a toda essa fundamentação, é relevante destacar lições da Teoria da Regulação. Isso porque aludido ramo científico pode contribuir para o exame que se pretende, na medida em que já consolidou ensinamentos que se mostram pertinentes no presente caso.

Primeiro, parte-se do conceito amplo de regulação, entendida como um conjunto de técnicas e procedimentos para coordenar os interesses públicos e privados (PROSSER, 2006). Nessa concepção, os objetivos regulatórios ultrapassam a gestão econômica (correção de falhas de mercado) e alcançam também responsabilidades sociais.

Sob esse enfoque, é possível concluir que as custas forenses representam um tipo de regulação, especificamente tributária. As legislações estaduais fixam parâmetros para a cobrança dessa taxa, que tem como fato gerador a prestação do serviço público jurisdicional. Porém, diante dessa concepção ampla, a pergunta essencial que se coloca é: qual o objetivo regulatório dessas leis?

A visão ora apresentada apoia-se na análise econômica do Direito para afirmar que dentro dos objetivos dessa regulação deve estar o aperfeiçoamento do sistema de justiça. O modelo econômico da litigância permite traçar uma correlação entre os custos processuais e o nível de judicialização. Assim, é possível relacionar esses dois elementos, chegando-se ao seguinte desdobramento: de que forma deve ser realizada a regulação das taxas de custas forenses de maneira que permita conformar a realidade do Poder Judiciário e transformá-lo em uma instituição que cumpra efetivamente a sua função social?

Delimitado o objetivo regulatório, o próximo passo é realizar a avaliação do seu cumprimento. Trata-se de etapa fundamental da regulação, na medida em que permite o aperfeiçoamento do próprio sistema (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 254). É justamente

...

11 Conferir Chevalier (2009, p. 35): “[...] impôs-se a ideia de que a administração pública deve ser, à semelhança do particular, ‘eficaz’ e que para tanto ela deve emprestar daqueles as receitas de boa gestão. [...] a mera invocação do interesse geral não é mais suficiente; ainda é necessário que a gestão pública comprove a sua eficácia. O interesse geral se encontra, assim, superado, mesmo substituído, pelo tema da eficácia. Assim ocorrendo, a administração tende a passar de uma legitimidade extrínseca, decorrente de sua pertinência ao Estado, a uma legitimação intrínseca, fundada sobre a análise concreta de sua ação. [...] Ela não é mais investida de pleno direito da legitimidade; essa não é adquirida antecipadamente, mas deve ser conquistada; ela depende da demonstração permanentemente reiterada da conveniência das operações engajadas e da qualidade dos métodos de gestão utilizados”.

nesse contexto que se insere a presente pesquisa. Pretende-se testar empiricamente os efeitos regulatórios das diferentes taxas de custas estabelecidas pelos estados em relação aos níveis de judicialização.

Com base na Teoria da Regulação, outro aspecto relevante relaciona-se ao agente regulador. Entende-se pela necessidade de afastamento do regulador daquela atividade regulada (MITNICK, 1978). Trata-se de distanciamento que permite uma atuação regulatória equilibrada e orientada à realização de um objetivo da sociedade. Evita-se, assim, que a regulação sirva aos interesses de grupos específicos (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 40-68).

Sob essa ótica, carece de legitimidade a atuação do próprio Judiciário no sentido de pretender regular as taxas de custas, sob pena de caracterização de captura. Explica-se: como grupo de poder, é interesse do Judiciário aumentar sua atuação, na medida em que o efeito político daí decorrente beneficia a instituição ao representar um alargamento do seu âmbito de influência. Esse interesse pode ser atingido por meio da diminuição das taxas de custas forenses. Como já explicitado anteriormente, o baixo custo processual incentiva a judicialização. Assim, cria-se uma situação de volume processual aumentado que é apresentada como justificativa para requisição de maior investimento público na própria estrutura judicial. Porém, o aumento exagerado da quantidade de processos prejudica a realização do objetivo regulatório, qual seja, a eficiência do Poder Judiciário. Por essa razão, é preocupante a intenção do CNJ de atuar como protagonista nessa matéria.¹²

...

12 Cumprir esclarecer que o CNJ instituiu um grupo de trabalho específico para tratar desse tema. Foi realizada, em 28/11/2019, uma audiência pública e pretende-se encaminhar ao Congresso Nacional um projeto de lei complementar (BRASIL, 2019c) que estabelece normas gerais para a cobrança de custas dos serviços forenses no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, e o controle de sua arrecadação. A visão do Poder Judiciário como um grupo de interesse pode parecer inusitada, em um primeiro momento. Porém, há evidências nesse sentido. A situação fica clara quando está em jogo a remuneração de seus membros. A jurisprudência do STF (Súmula Vinculante 37: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia” [BRASIL, 2014]), em relação à remuneração de servidores públicos, é no sentido de que não é permitida a implementação de remuneração por meio de decisão judicial, ainda que por interpretação de cláusula legal, já que a fixação de gasto público é matéria que depende de aprovação legal. Porém, quando a situação é afeta aos membros do Judiciário, a construção jurisprudencial serve claramente para defender os interesses corporativos. Ilustra bem a questão atinente ao auxílio-moradia: a possibilidade de recebimento de auxílio-moradia era até então regulamentada como situação excepcional (ensejada por circunstância que gerasse a atuação deslocada em outra localidade, como em órgão da corregedoria ou em tribunal superior). Porém, os juízes pretenderam a concessão de forma generalizada desse benefício, apontando-se que seria devido a todos os magistrados, fundando-se na isonomia, e não mais em casos excepcionais. Em decisão liminar nos autos da Ação Ordinária (ON) n. 1773, o ministro Luiz Fux proferiu decisão monocrática autorizando o pagamento desse benefício a todos os magistrados. Na prática, teve-se a criação de benefício remuneratório por decisão judicial de um único ministro do STF, efetivando-se gasto da União de aproximadamente 350 milhões

5. METODOLOGIA

Com base na revisão da literatura, a hipótese central do trabalho é a de que a variação do valor das custas estaria relacionada à variação da quantidade de processos no ano subsequente. As informações sobre o número de processos foram extraídas da base de dados fornecida pelo CNJ, que contempla os anos de 2009 a 2018. Já as informações sobre as custas, extraídas da coleta de informações realizada pelo *site* Migalhas,¹³ que considera os anos de 2002 a 2019. Portanto, o cruzamento das informações das duas fontes restringe o período estudado aos anos de 2009 a 2018.

A base de dados do CNJ permitiu a criação da variável *Processos*, referente ao quociente anual de processos novos por 100.000 habitantes por ano, para cada Tribunal de Justiça. Já em relação às custas, o *site* Migalhas informa tais valores para causas de R\$ 10.000 (ano de 2009) e de R\$ 100.000 (anos de 2010 a 2018) (*vide* Tabela 1). Com objetivo de tornar comparáveis os valores, foi utilizado o percentual das custas em relação ao valor da causa, resultando na criação da variável *Custas*:

- Ano de 2009: $Custas = \text{custas processuais} / R\$ 10.000$
- Período de 2010 a 2019: $Custas = \text{custas processuais} / R\$ 100.000$

Com o objetivo de testar a hipótese central da pesquisa, a primeira etapa foi identificar se houve variação anual nas custas ($\Delta Custas$), levando à identificação de três grupos: estados que reduziram as custas, estados que aumentaram as custas e estados que mantiveram estável o valor das custas. O grupo considerado estável é utilizado como um grupo de controle para avaliar os efeitos das variações das custas sobre o número de processos no ano subsequente.

Com o objetivo de evitar que oscilações economicamente insignificantes fossem classificadas como aumento ou reduções, considerou-se como aumento quando este foi superior a 1% em relação ao patamar anterior e, de maneira análoga, considerou-se como redução quando o decréscimo foi superior a 1% em relação ao patamar anterior.¹⁴

...

de reais por ano (previsão calculada pela Advocacia-Geral da União [AGU], conforme AGU... [2014]), sem aprovação do Congresso Nacional, exigível para qualquer despesa pública. Não se discute o mérito da decisão, mas aponta-se apenas a existência de dois entendimentos diferentes: um para tratar casos em que os interesses da própria categoria não são atingidos, e outro para solucionar as causas em que seus membros são diretamente interessados. A situação torna transparente a atuação da instituição como grupo de poder, agindo para proteger seus próprios interesses.

¹³ *Vide* Piauí (2019).

¹⁴ Também foram testadas, como critério alternativo, situações de aumentos e reduções de qualquer magnitude, e os resultados foram qualitativamente semelhantes aos apresentados na seção 6.

A segunda etapa consistiu na identificação da variação anual de processos novos ($\Delta Processos$). Para cada grupo foi calculada a média e o desvio-padrão da variação percentual do número de processos novos, considerando-se o ano seguinte em relação ao ano de alteração do valor das custas. Posteriormente, foi realizada a comparação entre esses grupos e as respectivas médias da variação percentual do número de processos. Tal comparação foi realizada por meio de um teste estatístico de diferença de médias para duas amostras diferentes.

6. ANÁLISE DE RESULTADOS

Na Tabela 3, a seguir, são apresentadas as principais estatísticas descritivas das quatro variáveis consideradas neste estudo: (i) o valor percentual das custas em relação ao valor da causa (*Custas*); (ii) o número de processos por 100.000 habitantes (*Processos*); (iii) a variação do percentual das custas ($\Delta Custas$); (iv) a variação percentual do número de processos novos, por 100.000 habitantes, para o ano seguinte ($\Delta Processos$).

Na primeira coluna estão descritas as variáveis do estudo. As três colunas seguintes apresentam os dados para cada grupo (redução, aumento ou estável), enquanto as três últimas colunas apresentam os testes de diferença de médias.

TABELA 3 – ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS E TESTES DE DIFERENÇA DE MÉDIAS

VARIÁVEIS	TESTES DE DIFERENÇA DE MÉDIAS								
	REDUÇÃO (47 OBS.)		AUMENTO (87 OBS.)		ESTÁVEL (60 OBS.)		REDUÇÃO × AUMENTO	REDUÇÃO × ESTÁVEL	AUMENTO × ESTÁVEL
	MÉDIA	D.P.	MÉDIA	D.P.	MÉDIA	D.P.			
$CUSTAS_{i,t}$	0.02	0.02	0.03	0.02	0.02	0.01	(0.004)*	0.003	0.007***
$PROCESSOS_{i,t}$	8566	3497	8040	3235	8582	3188	526	(16)	(542)
$\Delta CUSTAS_{i,t}$	-0.36	0.27	0.20	0.42	0.00	0.00	(0.562)***	(0.363)***	0.199***
$\Delta PROCESSOS_{i,t+1}$	0.06	0.15	0.00	0.11	0.00	0.16	0.056***	0.056**	0.001

Notas: *, **, *** indicam significância estatística aos níveis de 10%, 5% e 1%, respectivamente.
 $Custas_{i,t}$ = valor percentual das custas do estado *i* no ano *t*.
 $Processos_{i,t}$ = número de processos novos, por 100 mil habitantes, do estado *i* no ano *t*.
 $\Delta Custas_{i,t}$ = variação do percentual das custas, para o estado *i*, entre os anos *t* e *t-1*.
 $\Delta Processos_{i,t+1}$ = variação percentual no número de processos novos, por 100 mil habitantes, para o estado *i*, entre os anos *t* e *t+1*.

Fonte: Elaboração própria.

Os resultados da Tabela 3 indicam que a variação média de redução das custas foi de 36%, enquanto a variação média do aumento foi de 20%. As oscilações são estatisticamente diferentes (todas as médias são estatisticamente significativas, com 99% de confiança).

Há evidência de aumento médio de 6% no número de processos no ano subsequente à redução das custas (a diferença é estatisticamente significativa para as comparações em relação ao grupo estável e de aumento, com 99% e 95% de confiança, respectivamente). Entretanto, não há evidência de efeito sobre o número de processos quando há aumento nas custas (não é possível observar diferença estatisticamente significativa quando comparados os grupos de aumento e estável).

De maneira geral, os resultados em relação à redução de custas são compatíveis com a literatura. Isso porque os dados demonstraram que uma diminuição das custas está relacionada a um aumento na quantidade de processos. Logo, a judicialização mais barata pode impactar negativamente a estrutura do Poder Judiciário, em virtude do aumento do volume de julgamentos.

Contudo, o aumento das custas não gerou impacto na diminuição da quantidade de processos; na verdade, a quantidade de processos se manteve no mesmo nível daqueles estados em que as custas ficaram estáveis. Nesse contexto, é importante destacar que o percentual de aumento das custas observado foi de 20%, enquanto o percentual de diminuição foi de 36%. Ou seja, uma possível explicação é a de que o percentual de aumento tenha sido em patamar insuficiente para afetar a quantidade de processos. Outra interpretação cabível seria de que a média histórica já tenderia ao aumento da quantidade de processos e, portanto, a diminuição do valor das custas teria tido o efeito de manter a quantidade de processos estável, portanto, evitando o aumento histórico. Porém, a limitação do desenho de pesquisa impede a elaboração de argumentos conclusivos.

Em suma, foi demonstrado que, quando houve a diminuição em percentual de 36% das custas, a quantidade de processos aumentou 6%; e, quando houve a diminuição de 20% das custas, a quantidade de processos não foi alterada. Frisa-se, ainda, que a análise com base em teste de diferença de média serve apenas como indicativo do comportamento dos dados; a ausência de controles é uma limitação do desenho de pesquisa.

CONCLUSÃO

O arcabouço teórico indica que (i) garantir o funcionamento eficiente do Poder Judiciário deve ser um objetivo da sociedade, já que se trata de fator que influencia o desenvolvimento econômico; porém, (ii) deixar a regulação das custas a cargo do próprio Poder Judiciário é ignorar que se trata de um grupo de poder e que a regulação por ele editada tende a servir aos seus próprios interesses, e não aos da sociedade; (iii) do ponto de vista econômico, diminuir o valor das custas é uma medida que desincentiva a resolução negociada e, ao mesmo tempo, importa no aumento de litígios levados ao Judiciário.

A pesquisa considerou dados sobre custas forenses e número de processos, entre os anos de 2009 e 2018. Por meio de um teste estatístico de diferença de médias, foi possível identificar que reduções das custas estão relacionadas ao aumento médio de 6% na quantidade de processos no ano seguinte. Já para os aumentos das custas, não foi possível identificar relação com reduções dos números de processos. Assim, os resultados, ao menos em relação às reduções das custas, indicam para um aumento, mesmo que não intencional, do número de processos, o que pode contribuir para a ineficiência da Justiça no Brasil.

Os achados documentam o possível efeito prejudicial à prestação jurisdicional, substanciado na elevação da quantidade de processos, decorrente da diminuição das custas forenses. Portanto, as evidências indicam que se trata de fator fundamental a ser considerado no desenho de políticas públicas que visem ao descongestionamento do sistema de justiça. A relevância deste artigo é demonstrar empiricamente que o discurso de garantia do acesso à Justiça por meio de diminuição do valor das custas não é uma política pública eficaz, mas prejudicial ao sistema de justiça.

O recente debate, no âmbito do CNJ, está focado na análise das custas forenses sob a ótica de acessibilidade à Justiça. A preocupação institucional está no fato de que estados com custas mais elevadas são aqueles com menores índices de desenvolvimento (ou seja, menor Índice de Desenvolvimento Humano [IDH]). Aparentemente, o argumento institucional parece indicar a defesa de projeto que tenha por objetivo diminuir as custas nessas localidades, já que são locais menos desenvolvidos economicamente, como forma de pretender aumentar o acesso à Justiça. No entanto, os resultados desta pesquisa indicam que a estratégia regulatória de diminuir as custas pode prejudicar o funcionamento do sistema de justiça ao aumentar a quantidade de processos. Logo, se a preocupação institucional é o acesso à Justiça, a ferramenta de interesse deveria ser a gratuidade, já garantida por lei, e não o valor das custas. Assim, ao ser considerada a possibilidade de diminuição do valor das custas, também é recomendável avaliar o potencial de aumento do número de processos e, conseqüentemente, seus efeitos adversos na celeridade da prestação jurisdicional.

Entende-se que as observações ora apresentadas podem servir de parâmetro para orientar a intenção do CNJ para a formulação de uma norma geral de taxas de custas. Por exemplo, a regulação poderia contemplar uma regra segundo a qual, diante de determinada quantidade de estoque processual, o estado estaria impedido de diminuir o valor das custas. Assim, restaria protegida, em alguma medida, a eficiência do Poder Judiciário.

O resultado também pode servir de fundamento para incentivar o experimentalismo regulatório entre os estados: naqueles em que existe um grande estoque de processos, a regulação das taxas de custas pode ser manipulada (sugere-se o aumento em percentual superior a 20%, já que o estudo mostrou que percentual inferior a esse não altera significativamente a quantidade de processos); entretanto, naquelas localidades em que a quantidade de processos não seja um problema, seria possível a diminuição das taxas de custas.

Nesta pesquisa, considerou-se apenas o sentido da variação das custas. Futuras pesquisas poderiam estratificar os diferentes níveis de aumento, principalmente. Por exemplo, ao comparar os efeitos sobre o número de processos em faixas de aumento (10%, 20%, 30%, etc.). Assim, seria possível identificar o quão sensível ao valor das custas é a decisão de se iniciar um processo no Brasil. Além disso, uma análise de regressão, em que seria possível inserir variáveis de controle, permitindo uma análise mais aprofundada sobre a efetiva correlação entre custas e número de processos. Ademais, em vista do problema de pesquisa proposto, utilizou-se metodologia exclusivamente quantitativa; porém, pesquisas futuras podem explorar a matéria sob o ângulo qualitativo, como forma de aprofundar o entendimento do fenômeno.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. Rents and Economic Development: The Perspective of Why Nations Fail. *Public Choice*, [s.l.], v. 181, n. 1, p. 13-28, 2019.

AGU questiona decisão de Fux sobre auxílio-moradia de juízes. *Migalhas*, 6 out. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/208925/agu-questiona-decisao-de-fux-sobre-auxilio-moradia-de-juizes>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

BEBCHUK, Lucian Arye. Litigation and Settlement Under Imperfect Information. *The RAND Journal of Economics*, [s.l.], v. 15, n. 3, p. 404-415, 1984.

BOTERO, Juan Carlos *et al.* Judicial Reform. *The World Bank Research Observer*, [s.l.], v. 18, n. 1, p. 61-88, mar. 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, DF, 2019a. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnósticos das custas processuais praticadas nos tribunais*. Brasília, DF, 2019b.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei Complementar. Estabelece normas gerais para a cobrança de custas dos serviços forenses no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, e o controle de sua arrecadação. Brasília, DF, 2019c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Proposta-de-projeto-de-lei-complementar-1.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 37*. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Brasília: STF, 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula787/false>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.145 Paraíba*. O Tribunal julgou procedente o pedido formulado na inicial ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 8º da Lei n. 5.672, de 17 de novembro de 1992, do Estado da Paraíba. Votou o Presidente. Decisão unânime. Requerente: Associação dos Titulares das Serventias Extrajudiciais do Brasil. Intimados: Governador do Estado da Paraíba e Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator: Min. Carlos Velloso, 3 de outubro de 2002. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1600178>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.772 Minas Gerais*. Tribunal, por votação unânime, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, com eficácia ex nunc, a execução e aplicabilidade do art. 104, §§ 1º e 2º da Lei mineira n. 6.763, de 30/12/75, e redação dada pelo art. 1º da Lei mineira n. 12.729, de 30/12/97, e sua tabela “J”, referida no citado art. 104 da Lei n. 6.763/75, com a alteração da Lei n. 12.729/97, bem assim, da tabela “A” do item 1 – Custas de Primeira Instância –, e das tabelas “C” e “D” do item 2 – Custas de Segunda Instância –, com a alteração da Lei n. 12.732, de 30/12/97. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimados: Governador do Estado de Minas Gerais e Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de abril de 1998. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1694525>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Presidência da

República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Tatiana Bettiol; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Acesso à Justiça aparente – a judicialização de conflitos sob uma perspectiva mais pragmática. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 41-56, jan./jun. 2018.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6th ed. Filadélfia: Prentice Hall, 2011.

DAM, Kenneth W. The Judiciary and Economic Development. John M. Olin Program in Law and Economics. *Working Paper*, n. 287, 2006.

FERRAZ, Leslie Shérída; GABBAY, Daniela Monteiro; ECONOMIDES, Kim; ALMEIDA, Frederico; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; CHASIN, Ana Carolina; COSTA, Susana Henriques da; CUNHA, Luciana Gross; LAURIS, Élide; TAKAHASHI, Bruno. Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [s.l.], v. 4, n. 3, p. 174-212, out. 2017.

GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, [s.l.], v. 9, p. 95-160, 1974.

GUIMARÃES, Amanda de Araújo. Ação coletiva como meio de molecularização de demandas repetitivas: o Projeto Caderneta de Poupança. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 418-449, 2018.

HARET, Florence. Taxa e preço público: por uma reavaliação do conceito de tributo e definição das espécies tributárias. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 109/110, p. 126-144, maio 2010.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITNICK, Barry. The Concept of Regulation. *Bulletin of Business Research*, [s.l.], v. 53, n. 5, p. 1-8, maio 1978.

MORA-SANGUINETTI, Juan S.; MARTÍNEZ-MATUTE, Marta. An Economic Analysis of Court Fees: Evidence from the Spanish Civil Jurisdiction. *European Journal of Law and Economics*, [s.l.], v. 47, n. 3, p. 321-359, 2019.

NORTH, Douglas C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

PIAUI, Paraíba e Maranhão têm as custas judiciais mais caras do país. *Migalhas*, 5 dez. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/316382/piaui-paraiba-e-maranhao-tem-as-custas-judiciais-mais-caras-do-pais>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PIMENTEL, Wilson. *Acesso responsável à Justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar*. 2017. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973.

PRIEST, George L.; KLEIN, Benjamin. The Selection of Disputes for Litigation. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 13, n. 1, p. 1-55, jan. 1984.

PROSSER, Tony. Regulation and Social Solidarity. *Journal of Law and Society*, [s.l.], v. 33, n. 3, p. 364-387, 2006.

RODRIK, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind; TREBBI, Francesco. Institutions Rule: The Primacy of Institutions Over Geography and Integration in Economic Development. *Journal of Economic Growth*, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 131-165, jun. 2004.

SHAVELL, Steven. The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 26, n. 2, p. 575-612, 1997.

TARTUCE, Fernanda; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. As técnicas de julgamento de casos repetitivos e a triagem de processos e recursos sob a perspectiva do acesso à Justiça individual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, n. 288, p. 275-299, fev. 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, n. 28, p. 333-369, jan. 2018.

WORLD BANK. *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone*. Washington, DC: World Bank Group, 2005.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

COELHO, Daniela Thomes. Avaliação da regulação das custas forenses e sua correlação com o nível de judicialização: evidência das Justiças estaduais brasileiras no período de 2009 a 2018. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2337, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202337>

Daniela Thomes Coelho

MESTRA EM DIREITO DA REGULAÇÃO PELA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO).

danithomes@gmail.com

Recebido: 25.03.2022

Aprovado: 03.05.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202338>

1 Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Instituto Central, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-6088-8908>

2 Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-6394-8307>



Judicialização da saúde: um estudo de caso envolvendo medicamento de alto custo

HEALTH JUDICIALIZATION: A CASE STUDY INVOLVING HIGH-COST MEDICATION

Marcelo Cristiano de Azevedo Ramos¹ e José Levi Mello do Amaral Júnior²

Resumo

Atualmente, tem-se observado expressivo número de demandas judiciais na área da saúde sob o prisma de conflitos de interesses individuais. Nesse sentido, o objetivo deste artigo foi conduzir estudo de caso relativo ao conteúdo das decisões judiciais envolvendo o fornecimento da medicação de alto custo denominada eculizumab. Para tanto, foram avaliadas sentenças judiciais disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Os resultados evidenciaram concentração das demandas na comarca da capital, tendo como polo passivo preferencial o estado de São Paulo. Observou-se que proporção significativa das decisões desconsiderou o imperativo de comprovação da adequação e da necessidade do medicamento, bem como a demonstração de ineficácia dos fármacos disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS). Os resultados apontaram maior preocupação dos juízes em checar a existência do registro sanitário na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e em reconhecer a incapacidade financeira do paciente para arcar com os custos do tratamento. Em contrapartida, a checagem quanto à incorporação do medicamento para a fonte pagadora e para o diagnóstico revelou menor valorização entre os magistrados. Tal fenômeno pode apresentar contornos perversos e potencial de deslocamento dos processos de planejamento e priorização em saúde, direcionando recursos econômicos de modo indevidamente restrito.

Palavras-chave

Sistema Único de Saúde; direito sanitário; judicialização das políticas de saúde; estado de São Paulo; eculizumab.

Abstract

Currently, there has been a significant number of lawsuits in health area from the perspective of individual conflicts of interest. In this sense, the objective of this paper was to conduct a case study on the content of court decisions involving provision of a high-cost medication called eculizumab. To this end, sentences available on State of Sao Paulo Justice Court website were evaluated. The results showed concentration of demands in district of capital, with the state of Sao Paulo as preferred passive pole. It was observed that a significant proportion of decisions ignored the need to prove adequacy and necessity of the drug, as well as demonstration of ineffectiveness of drugs available at Sistema Único de Saúde (SUS – Brazilian Unified Health System). The results pointed to a greater concern of judges in verifying the existence of sanitary registration of the drug at National Health Surveillance Agency and in recognizing the patient's financial inability to handle the costs of treatment. Conversely, verification of incorporation of the drug for paying source and diagnosis showed less value among the magistrates. This phenomenon can present perverse contours and potential to modify planning and prioritization processes in health, improperly restricting economic resources.

Keywords

Unified Health System; Health Law; judicialization of health policies; state of Sao Paulo; eculizumab.

INTRODUÇÃO

O tema da judicialização da saúde traz à tona a importância da justiça distributiva, que deve orientar a alocação e a apropriação individual dos recursos comuns da sociedade. Nesse contexto, Lopes (2006) observa que, com o advento do Estado de bem-estar social, houve importante modificação no paradigma do Direito, sobrevivendo maior enfoque prestacional por parte do Estado, e não mais uma postura estritamente abstencionista. Assim, os direitos sociais passaram a ser definidos como direitos-meio, cuja principal finalidade era a de assegurar as condições necessárias para o adequado exercício dos direitos individuais.

A despeito desse cenário, atualmente tem sido observado claro predomínio de demandas judiciais na área da saúde sob o prisma de conflitos de interesses individuais, o que gera sobrecarga dos órgãos jurisdicionais designados para conduzir os processos. Ademais, como, pelo princípio da inércia institucional, a jurisdição somente se movimenta mediante provocação, muitas decisões que pretendem promover a justiça distributiva, na verdade, determinam tratamento desigual em favor daqueles que a conseguem acessar. Com isso, a iniciativa de um particular para questões coletivas pode significar a lesão e a exclusão de determinados grupos sociais, promovendo desequilíbrios no sistema de saúde. Desse modo, considerando o conceito de custo de oportunidade, o deferimento de determinado pedido judicial em desfavor do Estado força a redução de escopo de outras políticas públicas, a fim de custear o cumprimento da decisão (PAIXÃO, 2019). No mesmo sentido, quando o polo passivo é representado por operadoras de planos de saúde, a concessão da tutela individual pode impactar negativamente os indicadores de sinistralidade da empresa, os reajustes das mensalidades e a qualidade da oferta de serviços para os demais beneficiários (LAVECCHIA, 2019).

Nesse contexto, o objetivo principal deste artigo foi conduzir um estudo de caso a respeito do conteúdo de decisões judiciais envolvendo o fornecimento de uma medicação de alto custo pelos setores público e privado do Sistema Único de Saúde (SUS). O composto selecionado para análise, o medicamento imunobiológico eculizumab (de nome comercial Soliris®), tem sido objeto de indicação médica para casos graves de doenças raras, como a síndrome hemolítico-urêmica atípica (SHUa) e a hemoglobinúria paroxística noturna (HPN). Os objetivos específicos consistiram em:

- a) identificar os argumentos recorrentes para concessão ou negativa de fornecimento do medicamento e as principais características gerais dos requerentes e requeridos;
- b) reconhecer as principais orientações jurisprudenciais, súmulas editadas pelos tribunais superiores e enunciados elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a respeito do fornecimento de medicações pelos setores público e privado do SUS;

- c) avaliar, por meio de lista de verificação, o ajustamento das decisões judiciais em primeira instância aos principais elementos sugeridos para a formação do livre convencimento do magistrado.

I. DESENVOLVIMENTO

I.1. REFERENCIAL TEÓRICO

I.1.1. A ORGANIZAÇÃO DOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO NO SUS

De acordo com a doutrina de Bucci (2006), as políticas públicas devem ser compreendidas em sua dimensão institucional, uma vez que correspondem a programas de ação governamental orientados para a concretização de interesses sociais relevantes, por meio de processos de seleção, planejamento, execução e controle. A exteriorização das políticas ocorre mediante conjunto ordenado de atos normativos primários e secundários que promovem a sistematização dos programas.

Assim, Mapelli Júnior (2017) observa que o arranjo institucional das políticas de saúde no Brasil é constituído por um corpo normativo fundamental representado por:

- a) Constituição de 1988 (CF/1988), que estabelece princípios, diretrizes e normas específicos (BRASIL, 1988);
- b) Lei n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde), que regulamenta as ações e os serviços de saúde em todo o território nacional (BRASIL, 1990a);
- c) Lei n. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde), que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde (BRASIL, 1998);
- d) Lei n. 8.142/1990, que dispõe sobre a participação popular no sistema de saúde (BRASIL, 1990b);
- e) Lei n. 12.401/2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde (BRASIL, 2011a);
- f) Lei n. 14.454/2022, que altera a Lei n. 9.656/1998 para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar (BRASIL, 2022a);

- g) Decreto n. 7.508/2011, que regulamenta a Lei n. 8.080/1990 para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa (BRASIL, 2011b);
- h) Lei Complementar n. 141/2012, que normatiza os recursos sanitários e os critérios de rateio interfederativo (BRASIL, 2012);
- i) atos normativos secundários, como portarias e resoluções normativas.

Nesse contexto, a CF/1988 destaca a responsabilidade estatal e a relevância pública para as ações e os serviços de saúde, conforme expresso pelos arts. 196 e 197 (BRASIL, 1988). Também se deve enfatizar que a organização das ações e dos serviços de saúde no Brasil deve constituir um sistema único e isento de fragmentações, conforme art. 198 da CF/1988 (BRASIL, 1988). O art. 199 destaca, ainda, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, de modo que instituições particulares podem participar do sistema em caráter complementar (BRASIL, 1988).

Assim, de acordo com Sarlet e Figueiredo (2008), trata-se de um único sistema de saúde, sujeito a uma direção única e compreendendo um único planejamento, ainda que as ações e os serviços de saúde sejam compartilhados pelas diferentes esferas de governo. A organização e a estruturação dos programas governamentais nos níveis federal, estadual e municipal ocorrem de forma articulada e pactuada, com a conjugação de esforços para a prestação de serviços públicos essenciais. De fato, esse federalismo cooperativo e consensual no setor de saúde é reflexo do estabelecimento de competências materiais comuns e de competências legislativas concorrentes, de acordo com a previsão do art. 23, II, e do art. 24, XII, do texto constitucional (BRASIL, 1988).

A coesão e a unidade na intimidade do SUS decorrem da construção de redes de atenção à saúde, da pactuação de fluxos de atendimento e da padronização de procedimentos por gestores das três esferas de governo. A oferta assistencial deve buscar fundamento nas melhores evidências científicas disponíveis, na epidemiologia das doenças e dos agravos e em critérios de custo-efetividade. Diante dessa perspectiva, Mapelli Júnior (2017) identifica como principais contornos e limitações à integralidade da atenção à saúde a necessidade de adequação a requisitos como:

- a) observância das regras de acesso estabelecidas para o atendimento público;
- b) adoção de planejamento embasado em dados epidemiológicos e de distribuição de doenças;
- c) cumprimento do padrão de incorporação de tecnologias determinado por regulamentos técnico-científicos e por diretrizes terapêuticas;

- d) conformidade com o montante de recursos constitucionalmente destinados ao financiamento do sistema de saúde.

No âmbito da saúde suplementar, a Lei n. 9.656/1998 (BRASIL, 1998) destaca a submissão das pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde às disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a atividade. A lei reconhece, ainda, que a amplitude das coberturas deve ser estabelecida em norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Nesse contexto, a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, composta de representantes indicados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), de sociedades de especialidades médicas, de entidade representativa de consumidores de planos de saúde, de entidade representativa de prestadores de serviço na saúde suplementar e de entidade representativa das operadoras de planos, deverá adotar como critérios para a incorporação de novas tecnologias no setor privado:

- a) melhores evidências científicas disponíveis a respeito da eficácia, da acurácia, da efetividade, da eficiência, da usabilidade e da segurança do produto, reconhecidas pelo órgão competente para registro;
- b) avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar;
- c) análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar.

1.1.2. A POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO FARMACÊUTICA E A INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS EM SAÚDE

A Política Nacional de Assistência Farmacêutica, como parte da Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS), representa um programa de ação governamental com o objetivo de garantir a segurança, a eficácia e a qualidade dos medicamentos, além de promover o uso racional e o acesso às drogas classificadas como essenciais.

Nesse cenário, é indispensável destacar o relevante papel da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) no processo. Essa comissão, criada pela Lei n. 12.401/2011, tem a finalidade de assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições de incorporação, alteração ou exclusão de tecnologias no SUS, bem como na elaboração ou na modificação de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT). O § 2º do art. 19-Q da Lei n. 8.080/1990 determina que a análise realizada pela Conitec seja baseada em evidências científicas e em avaliação econômica comparativa de benefícios e custos em

relação às tecnologias já incorporadas (BRASIL, 1990a). A lei também estabelece a necessidade de registro do produto na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) como pré-requisito geral de avaliação para a inclusão no SUS, ainda que, excepcionalmente, seja admitida a incorporação de medicamento em indicação de uso distinta daquela aprovada no registro sanitário. De todo modo, cabe destacar que o simples registro sanitário de um medicamento no país não implica a sua imediata incorporação ao SUS.

Assim, o paradigma da integralidade na Assistência Farmacêutica determina a adoção de certos limites e contornos jurídicos ao direito à saúde, decorrentes da organização sistemática dos programas e das estruturas do SUS. A doutrina de Santos (2009) destaca que o conceito de integralidade não pode ser confundido com o direito a qualquer procedimento terapêutico existente. A autora descreve condições e limitações relativas:

- a) à obrigatoriedade de ingresso do paciente em serviços e programas do SUS, submetendo-se a regras de acesso e de atendimento público;
- b) à disponibilidade de recursos orçamentários para o financiamento de ações e serviços de saúde, conforme determinado pela Emenda Constitucional n. 29/2000 (BRASIL, 2000);
- c) à observância de padrões definidos em protocolos assistenciais e incorporação de tecnologias;
- d) ao respeito ao planejamento elaborado a partir de dados epidemiológicos.

Mapelli Júnior (2017) também enfatiza que eventual decisão judicial que determinar o fornecimento de medicamentos deverá observar requisitos mínimos, tais como:

- a) previsão do medicamento e de alternativa terapêutica nos programas de assistência farmacêutica do SUS;
- b) pertinência da prescrição no tratamento de paciente, com base em evidências científicas;
- c) reconhecimento da segurança e da eficácia do produto, mediante registro da Anvisa;
- d) observância do princípio ativo prescrito.

Do mesmo modo, para o setor privado, a Lei n. 14.454/2022 determina que, em caso de ausência de previsão expressa no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, o

tratamento prescrito deverá ter sua cobertura autorizada pela operadora de planos privados caso exista:

- a) comprovação de eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico;
- b) recomendação pela Conitec ou por outro órgão de avaliação de tecnologias em saúde de renome internacional.

1.1.3. ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E ENUNCIADOS DAS JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ

As ações judiciais que têm como objeto o fornecimento de medicações de alto custo ainda não incorporadas à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do SUS ou ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar têm crescido vertiginosamente no país, e representam enorme desafio para os operadores do direito. Por esse motivo, o tema vem sendo exaustivamente discutido pelos tribunais e pelo CNJ. Desse modo, inúmeras orientações jurisprudenciais e enunciados têm sido produzidos, como forma de nortear e uniformizar as decisões judiciais, além de garantir maior racionalidade ao sistema.

De fato, a ausência de padronização de determinado medicamento não constitui absoluto óbice ao seu fornecimento, considerando a atual compreensão da matéria pelos magistrados e pelos tribunais, a partir da inteligência do art. 196 da Constituição (BRASIL, 1988). De todo modo, reconhece-se a necessidade de verificação de certos requisitos e parâmetros, no caso concreto, para a formação do livre convencimento do juiz.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou, durante julgamento de Embargos de Declaração (EDcl) no Recurso Especial (REsp) n. 1.657.156 (BRASIL, 2018a), o Tema n. 106, com o objetivo de orientar o encaminhamento dessas demandas. Assim, a tese definida aponta para a exigência concomitante de três requisitos para a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS:

- a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- c) existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência.

O primeiro requisito trata da necessidade de determinado medicamento, demonstrada por meio de relatório emitido pelo médico assistente. De acordo com o Enunciado n. 32 da III Jornada de Direito da Saúde do CNJ, a petição inicial das demandas de saúde também deverá ser instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico do paciente e com o tratamento a ele prescrito (BRASIL, 2019a). Além disso, os Enunciados n. 12 e 59 reforçam a necessidade de demonstração, no caso concreto, da inefetividade ou da insegurança dos tratamentos disponíveis no SUS e introduzem a exigência de uma fundamentação mais robusta, por meio de Medicina Baseada em Evidências (MBE), para o tratamento alternativo proposto (BRASIL, 2019a).

Nesse contexto, o ministro Gilmar Mendes destacou, durante julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA-AgR) n. 175, a primazia do tratamento oferecido, originariamente, pelo SUS, na ausência de comprovação de sua inutilidade para o caso concreto (BRASIL, 2010a). Ademais, o ministro enfatizou a importância de ampla instrução probatória para confirmar eventual omissão administrativa e proceder à concessão da demanda ajuizada para o fornecimento de medicamentos.

Nesse mesmo sentido, o Enunciado n. 96 da III Jornada de Direito da Saúde do CNJ destaca a inviabilidade de impetração de mandado de segurança em matéria de saúde pública quando o medicamento não constar em lista ou protocolo do SUS (BRASIL, 2019a). De fato, havendo a necessidade de produção de provas em contraditório, não restará configurada a existência de direito líquido e certo ao fornecimento. Nesse cenário, Carvalho (2010) defende a realização de uma perícia técnica inicial para comprovar a existência de risco iminente à saúde e para determinar se o medicamento prescrito é realmente imprescindível para a subsistência de uma vida digna do paciente-autor.

O segundo elemento apresentado no Tema n. 106 do STJ refere-se à incapacidade financeira do paciente em arcar com os custos decorrentes do tratamento prescrito (BRASIL, 2018a). Trata-se, pois, de obrigação estatal de assegurar às pessoas carentes o acesso aos meios terapêuticos necessários para a cura, para o controle ou para a mitigação de suas enfermidades, particularmente aquelas mais graves. Nesse sentido, o ministro Celso de Mello destacou, por ocasião do julgamento de AgR no Recurso Extraordinário (RE) n. 393.175 (BRASIL, 2007a, p. 140), que a distribuição gratuita de medicamentos essenciais à preservação da vida e da saúde para as pessoas desprovidas de recursos consiste em um dever do Estado para garantir a efetividade dos preceitos fundamentais da Constituição.

O terceiro requisito descrito no Tema n. 106 do STJ corresponde à exigência de registro do medicamento pleiteado na Anvisa. Já o Tema n. 500 do Supremo Tribunal Federal (STF), fixado no julgamento do RE n. 657.718, prevê que a ausência de registro impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. Esse último critério admite exceção: em caso de desproporcional mora da agência reguladora em apreciar o pedido, sobretudo quando já autorizada a comercialização do produto por renomadas agências estrangeiras e na ausência de substituto terapêutico registrado no Brasil, a concessão judicial poderá ser admitida (BRASIL,

2020a). De todo modo, é imprescindível destacar que, para doenças raras, principais destinatárias das demandas judiciais envolvendo o medicamento eculizumab, a lei pode dispensar a exigência de mora da autoridade sanitária ou de pedido de registro no país para a concessão judicial.

Nesse contexto, o recente julgamento paradigmático do RE n. 566.471, pelo STF, deverá nortear a tendência jurisprudencial em admitir que, em regra, o Estado também não está obrigado a dispensar medicamento não constante de lista do SUS. Nesse cenário, a fixação do Tema n. 6 (BRASIL, 2020b) da repercussão geral, ainda em discussão no colegiado, deverá oferecer critérios para a concessão judicial de medicamentos não padronizados. No entanto, as propostas já formuladas pelos ministros Marco Aurélio Mello, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso ainda apresentam significativas dessemelhanças entre si.

De fato, na redação proposta pelo ministro Marco Aurélio Mello, o reconhecimento do direito individual ao fornecimento de medicamento de alto custo não incluído na Política Nacional de Atenção Farmacêutica exige a demonstração concomitante de três elementos primordiais: a imprescindibilidade (adequação e necessidade) da droga prescrita, a impossibilidade de substituição e a incapacidade financeira do paciente e de seus familiares para suportar os custos decorrentes da aquisição. No relatório, o ministro destaca a convergência desses requisitos em torno do núcleo semântico de mínimo existencial, de modo que a presença cumulativa de tais elementos autoriza a concessão judicial de medicamento não incorporado.

Os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso também apontaram critérios adicionais, como a adoção de fundamentação em MBE e a ausência de indeferimento expresso por parte dos órgãos competentes para a avaliação e a incorporação de tecnologias em saúde. Nesse mesmo sentido, apontam os Enunciados n. 57 e 103 da III Jornada de Direito da Saúde do CNJ. Esses enunciados recomendam a análise dos pareceres técnicos da Conitec a fim de auxiliarem na prolação de decisão.

Ademais, para os casos em que a sentença judicial é considerada procedente, é recomendável a renovação periódica do relatório circunstanciado e da prescrição médica, além da matrícula do paciente em um serviço público de saúde, para a continuidade do fornecimento do medicamento. De fato, a concessão do fármaco não possui prazo certo, devendo ocorrer durante o tempo necessário ao tratamento, tal como apontam o REsp n. 878.055/RJ (BRASIL, 2006, p. 292) e o Enunciado n. 2 da III Jornada de Direito da Saúde do CNJ (BRASIL, 2019a). O objetivo dessa medida é promover a ininterrupta avaliação de eficácia, durante todo o período de tratamento, mitigando as perdas decorrentes de eventual descontinuidade terapêutica ou de redução na resposta ao fármaco. Já a exigência de matrícula e de acompanhamento do paciente por um médico vinculado ao SUS decorre da necessidade de submissão aos procedimentos e protocolos definidos para o atendimento público, de acordo com os princípios doutrinários e organizativos do sistema.

Finalmente, no que tange à atenção à saúde prestada por entes privados, o STJ emitiu a Súmula 608 (BRASIL, 2018b), determinando a aplicação do CDC às controvérsias originadas da relação entre beneficiários e operadoras de saúde, com exceção de planos administrados

por entidades de autogestão. O colegiado também fixou o Tema n. 990, durante o julgamento do REsp n. 1.726.563/SP, desobrigando as operadoras de planos do fornecimento de medicamentos não registrados pela Anvisa (BRASIL, 2018c).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) entende que, havendo expressa indicação médica, a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento de não estar previsto no rol de procedimentos da ANS deverá ser considerada abusiva (Súmula 102 [SÃO PAULO, 2013]). Contudo, ainda que a redação do Enunciado n. 21 do CNJ (BRASIL, 2019a) estabeleça que o rol de procedimentos deva ser considerado um referencial mínimo de cobertura, e não uma lista exaustiva, a entidade preconiza a consulta à ANS sempre que a demanda tratar de cobertura contratual.

Nesse contexto, o STJ reconheceu, no ano de 2022, em questionamento suscitado por ocasião do julgamento dos embargos de divergência em REsp n. 1.866.929/SP (BRASIL, 2022b) e 1.889.704/SP (BRASIL, 2022c), que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo, de modo que a operadora não pode ser obrigada a arcar com tratamento não constante da lista caso já exista outro procedimento eficaz, efetivo e seguro incorporado. A decisão destacou também a possibilidade de contratação de cobertura ampliada ou de celebração de aditivo para a cobertura de procedimento extrarrol. De todo modo, o colegiado fixou parâmetros para mitigação e cobertura excepcional, uma vez esgotados os procedimentos previstos no rol e/ou na ausência de substitutos terapêuticos, tais como: (i) ausência de indeferimento prévio e expresso pela ANS para a incorporação; (ii) comprovação de eficácia do tratamento à luz da MBE; (iii) recomendações de órgãos técnicos nacionais e internacionais de renome; e (iv) realização de diálogo interinstitucional com entes de *expertise* técnica na área da saúde.

1.2. METODOLOGIA

Trata-se de um estudo de caso que tem por objetivo explorar o fenômeno da “judicialização da saúde” no Brasil a partir da perspectiva de decisões judiciais envolvendo o fornecimento do medicamento eculizumab (Soliris®). A seleção desse medicamento para o estudo ocorreu em razão de seu elevadíssimo impacto financeiro individual, de sua relativa frequência em demandas judiciais e da ausência de incorporação no rol de procedimentos da ANS e na Relação de Medicamentos Essenciais do SUS para diversos diagnósticos.

Nesse cenário, Caetano *et al.* (2020) destacam que o medicamento eculizumab corresponde a um anticorpo monoclonal de alto custo utilizado no tratamento de doenças raras, como a HPN e a SHUa. Essas doenças, que acometem pacientes adultos e pediátricos, caracterizam-se por curso clínico altamente variável e podem determinar a ocorrência de anemia hemolítica, de fenômenos tromboembólicos e de danos renais progressivos. Ambas as doenças são consideradas raras, uma vez que acometem até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos (CAETANO *et al.*, 2020).

O estudo conduzido por Caetano *et al.* (2020) examinou as aquisições da medicação, efetuadas por órgãos federais, entre os anos de 2007 e 2018. Na ocasião, todas as compras registradas de eculizumab ocorreram para o atendimento de demandas judiciais, fora do ambiente

competitivo. No ano de 2016, as compras judiciais de eculizumab totalizaram mais de 600 milhões de reais, com o objetivo de fornecer tratamento a cerca de 350 pacientes, e representaram 41,2% dos recursos financeiros envolvidos com a judicialização de medicamentos em âmbito da União (CAETANO *et al.*, 2020).

Caetano *et al.* (2020) ressaltaram, ainda, que o registro do medicamento para HPN pela Food and Drug Administration (FDA) e pela European Medicines Agency (EMA) ocorreu em 2007. No entanto, ainda que o fornecimento de eculizumab tenha sido objeto de diversas ações judiciais no Brasil, a empresa apenas solicitou o seu registro sanitário no país em 2015, ano em que o prazo de proteção patentária expirava. De fato, a ausência de registro pela Anvisa, na ocasião, inviabilizava o estabelecimento de um preço máximo de venda para o governo e a submissão do fármaco para avaliação de custo-efetividade pela Conitec.

Diante desse cenário, os autores também destacaram a existência de inúmeros exemplos de utilização do litígio como estratégia de acesso a medicamentos sem registro sanitário:

[...] Evidências sugerem que empresas farmacêuticas podem usar de relações com grupos de defesa dos pacientes e profissionais de saúde para expandir a participação de mercado pela judicialização, terminando por forçar a incorporação do medicamento no sistema de saúde. (CAETANO *et al.*, 2020)

De fato, Simabuku *et al.* (2018) avaliaram as ações judiciais que demandaram o fornecimento do medicamento eculizumab ao Ministério da Saúde no período de 2010 a 2016 e identificaram que um único escritório de advocacia se apresentou como responsável pelo patrocínio de cerca de 70% das causas. Ademais, a proporção de prescrições originárias de médicos particulares mostrou-se similar à de indicações efetuadas por profissionais vinculados a serviços públicos de saúde.

Nesse contexto, a primeira etapa do presente estudo consistiu na identificação e na análise do referencial normativo pertinente ao tema. Nesse sentido, destacaram-se dispositivos constitucionais, atos normativos primários e secundários, decisões de tribunais superiores e enunciados elaborados pelo CNJ a respeito de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde. A partir desse exame, identificaram-se elementos a serem considerados para a aferição de adequação das decisões judiciais.

Nesse sentido, o estudo avaliou as ações judiciais, decididas em primeira instância, envolvendo o fornecimento do medicamento eculizumab, independentemente da data de publicação da sentença. Não foram incluídas, nesse universo, as decisões de caráter provisório, uma vez que as informações sobre concessão de tutela de urgência já constavam de todas as sentenças analisadas. As informações e os dados estatísticos foram produzidos a partir de revisão das decisões disponíveis no sítio eletrônico do TJSP.

O presente artigo concentrou-se, fundamentalmente, na análise de ações decididas em primeiro grau de jurisdição. Tal juízo corresponde ao ponto inicial de contato com o Poder

Judiciário, sendo, frequentemente, submetido a um elevado volume de processos judiciais, sob os mais diversos aspectos da sociedade e diferentes níveis de urgência. A esse fato, adiciona-se o impacto das convicções individuais dos magistrados que, monocraticamente, emitem sentenças sobre temas tão sensíveis como saúde e acesso a medicamentos. Ademais, considerando a relativa atualidade do uso da medicação eculizumab e o decurso de tempo entre sentença, eventual ingresso de recurso e emissão do consequente acórdão, não foram avaliadas, nesse momento, as decisões em segundo grau. De todo modo, recomenda-se, em investigações futuras, proceder a essa análise, uma vez que alguns trabalhos demonstram efeitos dissonantes dos fatores analisados, de acordo com a instância julgadora (WANG *et al.*, 2020).

A pesquisa foi realizada mediante consulta ao banco de sentenças do tribunal.¹ A estratégia de busca empregou as palavras-chave “eculizumab” ou “eculizumabe” ou “soliris”, em pesquisa livre e ordenada por data crescente de publicação da sentença. A data inicial de publicação da sentença foi definida como 1º de janeiro de 2010 e a data final selecionada foi 31 de agosto de 2021.

Na sequência, procedeu-se à leitura integral de todas as sentenças localizadas na busca, de modo a identificar as ações judiciais que, efetivamente, correspondiam ao fornecimento do medicamento objeto deste artigo. As sentenças que atenderam aos critérios de inclusão foram consolidadas para a elaboração de um banco de dados contendo informações gerais.

Também foi produzida uma lista de verificação a respeito do ajustamento da decisão judicial em relação a orientações jurisprudenciais, súmulas editadas pelos tribunais superiores e enunciados elaborados pelo CNJ. É necessário mencionar, conforme demonstrado anteriormente, que ainda existem entendimentos diversos sobre o tema, de modo que os critérios selecionados não podem ser considerados integralmente aceitos sem ressalvas.

De todo modo, procurou-se localizar nas sentenças a evidência dos elementos sugeridos para a formação do livre convencimento do juiz de direito:

- a) registro do medicamento pela Anvisa;
- b) incorporação do medicamento para a fonte pagadora e para o diagnóstico do paciente;
- c) relatório médico atestando a ineficácia, a inefetividade e/ou a insegurança dos tratamentos atualmente padronizados para a fonte pagadora;
- d) consulta a órgãos de análise técnica (como a Conitec e o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário) e/ou uso das melhores evidências científicas disponíveis a respeito da indicação do medicamento no caso concreto;

...

1 Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>.

- e) comprovação da incapacidade financeira do paciente para a aquisição do medicamento prescrito, em demandas de fornecimento dirigidas a entes públicos;
- f) checagem, pelo magistrado, do seguimento do paciente em um serviço público de saúde, em demandas de fornecimento direcionadas a entes públicos;
- g) exigência de renovação periódica de relatório circunstanciado e de prescrição médica para continuidade do fornecimento do medicamento.

Essas informações foram consolidadas e resumidas mediante cálculos de frequência absoluta e relativa utilizando o *software* Microsoft Excel®. A apresentação dos resultados ocorreu por meio de tabelas explicativas.

Também se verificou o impacto de decisões regulatórias no perfil das demandas judiciais e nas sentenças proferidas. Desse modo, a data de ocorrência de três importantes marcos temporais foi selecionada para a aferição de possíveis mudanças de tendência nas decisões judiciais:

- a) registro sanitário do medicamento pela Anvisa em 13 de março de 2017;
- b) parecer favorável para a incorporação do medicamento no SUS, para o diagnóstico de HPN, em 14 de dezembro de 2018;
- c) parecer desfavorável para a incorporação do medicamento no SUS, para o diagnóstico de SHUa, em 18 de novembro de 2019.

A Conitec recomendou a incorporação de eculizumab para o tratamento de pacientes com HPN hemolítica com alta atividade da doença, mediante condicionantes como uso *ad experimentum* (reavaliação em três anos), restrito a hospitais da Rede Nacional de Pesquisa Clínica, após negociação para redução significativa de preço. O relatório destacou que a qualidade das evidências disponíveis na literatura acerca da eficácia e da efetividade do medicamento podia ser considerada entre fraca a moderada. Entretanto, a Conitec recomendou a não incorporação de eculizumab para o tratamento de pacientes com SHUa. O relatório de rejeição destacou a incerteza sobre a eficácia e a efetividade da medicação para o diagnóstico, além da elevada frequência de reações adversas graves.

Por fim, outra estratégia de pesquisa utilizada neste artigo correspondeu à seleção e à transcrição de trechos elucidativos e exemplares das sentenças analisadas, com o objetivo de apoiar a composição de um panorama sobre o perfil das decisões judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos, delinear o contexto real de tomada de decisão e promover o embasamento da discussão a partir de situações concretas vivenciadas pelos magistrados.

Entre as limitações deste artigo, destaca-se a concentração da análise em ações judiciais relativas a um único medicamento de alto custo (eculizumab) em uma mesma unidade da federação (estado de São Paulo). Ademais, a avaliação conduzida restringiu-se à sentença judicial publicada, sem maior aprofundamento mediante demais peças processuais ou documentos probatórios não mencionados na decisão. Além disso, como o objetivo era compreender o processo decisório envolvendo magistrados de primeira instância, não se examinaram eventuais reformas ou anulações de decisão por instâncias superiores.

1.3. RESULTADOS

A busca eletrônica identificou 83 sentenças judiciais que contêm as palavras-chave “eculizumab”, “eculizumabe” ou “soliris”; 54 delas corresponderam a pedidos para o fornecimento do medicamento objeto deste artigo.

A Tabela 1, a seguir, apresenta um panorama dessas ações judiciais e a correspondente distribuição por ano de sentença, competência, classe da ação, polo passivo no processo, diagnóstico do paciente e decisão envolvendo a concessão de tutela de urgência e a procedência do pedido de fornecimento de medicação.

TABELA 1 — PANORAMA DAS AÇÕES JUDICIAIS RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE ECULIZUMAB

CATEGORIA	N.	%
ANO DA SENTENÇA		
2010	6	11%
2011	16	30%
2012	7	13%
2013	2	4%
2014	2	4%
2015	2	4%
2016	0	0%
2017	0	0%
2018	5	9%
2019	5	9%
2020	7	13%
2021	2	4%

(Continua)

CATEGORIA	N.	%
COMARCA		
CAPITAL	45	83%
INTERIOR	9	17%
CLASSE DA AÇÃO		
MANDADO DE SEGURANÇA	33	61%
PROCEDIMENTO COMUM	20	37%
PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL	1	2%
POLO PASSIVO		
PESSOA JURÍDICA DE DIREITO INTERNO	46	85%
OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE	8	15%
DIAGNÓSTICO DO PACIENTE		
HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA	35	65%
SÍNDROME HEMOLÍTICO-URÊMICA ATÍPICA	7	13%
NÃO IDENTIFICADO NA SENTENÇA	10	19%
OUTROS DIAGNÓSTICOS	2	4%
CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA		
SIM	42	78%
NÃO	12	22%
PROCEDÊNCIA DO PEDIDO		
SIM	40	74%
NÃO	14	26%

Fonte: Elaboração própria.

Verificou-se maior concentração das ações judiciais nos anos iniciais de comercialização do medicamento no mercado externo. Averiguou-se nova tendência de aumento no número de demandas após o registro sanitário do medicamento pela Anvisa, em 2017. A maior parte das ações foi ajuizada na comarca de São Paulo (83%), tendo como principal polo passivo do processo uma pessoa jurídica de direito interno (85%).

Cerca de dois terços das ações utilizaram o remédio constitucional do mandado de segurança. Os diagnósticos mais frequentemente envolvidos no pedido de fornecimento foram a HPN (65%) e a SHUa (13%). Deve-se destacar que em cerca de um quinto das sentenças judiciais não houve nenhuma menção ao diagnóstico do paciente. Por fim, a maior parte dos

casos resultou em concessão da tutela de urgência (78%) e em procedência do pedido em primeira instância (74%). É interessante mencionar também que a maior parte das decisões de caráter provisório foi confirmada no momento de prolação da sentença (89%).

Nesse contexto, as Tabelas 2 e 3 demonstram características consolidadas das decisões judiciais relacionadas, respectivamente, a operadoras de planos de saúde e a pessoas jurídicas de direito interno. É interessante destacar, em ambas as situações, a expressiva participação proporcional de concessão de tutelas de urgência e de procedência do pedido de fornecimento de medicamento nas sentenças prolatadas.

TABELA 2 – PANORAMA CONSOLIDADO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO A SAÚDE SUPLEMENTAR

CATEGORIA	N.	%
MODALIDADE DA OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE REQUERIDA		
SEGURADORA	3	38%
MEDICINA DE GRUPO	2	25%
COOPERATIVA MÉDICA	2	25%
AUTOGESTÃO	1	12%
CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA		
SIM	8	100%
NÃO	0	0%
PROCEDÊNCIA DO PEDIDO		
SIM	8	100%
NÃO	0	0%
FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DEFINITIVA		
ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA EM CASO DE EXPRESSA		
INDICAÇÃO MÉDICA	8	100%
APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	4	50%
AUSÊNCIA DE EXAUSTIVIDADE DA COBERTURA PREVISTA NO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS (ANS)	3	38%

Fonte: Elaboração própria.

TABELA 3 – PANORAMA CONSOLIDADO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO O SETOR PÚBLICO

CATEGORIA	N.	%
PESSOA JURÍDICA DE DIREITO INTERNO REQUERIDA		
ESTADO APENAS	39	85%
MUNICÍPIO APENAS	3	6%
ESTADO E MUNICÍPIO	4	9%
CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA		
SIM	34	74%
NÃO	12	26%
PROCEDÊNCIA DO PEDIDO		
SIM	32	70%
NÃO	14	30%
FUNDAMENTOS PARA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (N=32)		
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DEVER PRESTACIONAL DO ESTADO	28	88%
PRIMAZIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	13	41%
EXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS	13	41%
AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	7	22%
PREVALÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO A QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS	5	16%
PRESCRIÇÃO MÉDICA COMO PRESSUPOSTO DE ADEQUAÇÃO TÉCNICA	5	16%
FUNDAMENTOS PARA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO (N=14)		
RISCOS ENVOLVENDO A SEGURANÇA E A EFETIVIDADE DE MEDICAMENTOS SEM O REGISTRO SANITÁRIO	12	86%
AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INUTILIDADE DOS DEMAIS TRATAMENTOS DISPONÍVEIS NA REDE PÚBLICA	3	21%
IMPACTOS NEGATIVOS ENVOLVENDO A EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	1	7%

Fonte: Elaboração própria.

Em relação às ações envolvendo a saúde suplementar, a principal modalidade de operadora de planos demandada correspondeu à seguradora (38%). Os principais embasamentos técnicos para a sentença corresponderam à abusividade da negativa de cobertura em caso de expressa indicação médica (100%), à aplicação do CDC aos contratos de planos de saúde (50%) e à ausência de exaustividade na cobertura prevista no rol de procedimentos aprovado pela ANS (38%).

No que tange às ações envolvendo o setor público de saúde, o estado de São Paulo figurou como único requerido em 85% dos casos. O pedido foi considerado procedente em 70% das ações, de modo que os principais fundamentos mobilizados em tais sentenças foram o direito fundamental à saúde e o dever prestacional do estado (88%), a primazia do direito à vida (41%), a existência de solidariedade entre os entes federativos (41%) e a ausência de violação ao princípio da separação dos poderes na concretização desses direitos (22%). Entretanto, o pedido foi considerado improcedente em 30% das ações, sobretudo diante do argumento de riscos relativos à segurança e à efetividade do medicamento, em período prévio ao registro sanitário pela Anvisa (86%).

As Tabelas 4 e 5 demonstram a adequação das decisões judiciais quanto à verificação de requisitos selecionados em orientações jurisprudenciais e enunciados redigidos pelo CNJ. A Tabela 4 apresenta componentes de aferição em qualquer tipo de demanda, ao passo que a Tabela 5 elenca elementos específicos relacionados ao fornecimento de medicamentos pelo setor público.

TABELA 4 – ITENS DE VERIFICAÇÃO SUGERIDOS PARA A FORMAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

ITEM DE VERIFICAÇÃO SUGERIDO PARA A FORMAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ	N.	%
CHECAGEM QUANTO À EXISTÊNCIA DO REGISTRO DO MEDICAMENTO ECULIZUMAB PELA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA		
SIM	46	85%
NÃO	8	15%
CHECAGEM QUANTO À INCORPORAÇÃO DO MEDICAMENTO ECULIZUMAB PARA A FONTE PAGADORA E PARA O DIAGNÓSTICO DO PACIENTE		
SIM	23	43%
NÃO	31	57%
CHECAGEM QUANTO À EXISTÊNCIA DE RELATÓRIO MÉDICO ATESTANDO A INEFETIVIDADE DOS TRATAMENTOS ATUALMENTE PADRONIZADOS PARA A FONTE PAGADORA		
SIM	13	24%
NÃO	41	76%
AVERIGUAÇÃO JUNTO A ÓRGÃOS DE ANÁLISE TÉCNICA E/OU USO DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS A RESPEITO DA INDICAÇÃO DO MEDICAMENTO ECULIZUMAB NO CASO CONCRETO		
SIM	5	9%
NÃO	49	91%

(Continua)

ITEM DE VERIFICAÇÃO SUGERIDO PARA A FORMAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ	N.	%
EXIGÊNCIA DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO RELATÓRIO MÉDICO E DA PRESCRIÇÃO PARA CONTINUIDADE DO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO ECULIZUMAB, EM CASO DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (N=40)		
SIM	7	17%
NÃO	31	78%
NÃO SE APLICA (ÓBITO POR OCASIÃO DA SENTENÇA)	2	5%

Fonte: Elaboração própria.

TABELA 5 – ITENS DE VERIFICAÇÃO SUGERIDOS PARA A FORMAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ EM DEMANDAS RELATIVAS AO SETOR PÚBLICO DE SAÚDE

ITEM DE VERIFICAÇÃO SUGERIDO PARA A FORMAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ	N.	%
AVERIGUAÇÃO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA DO PACIENTE PARA A AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO ECULIZUMAB		
SIM	37	80%
NÃO	9	20%
CHECAGEM QUANTO AO SEGUIMENTO DO PACIENTE EM UM SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE		
SIM	4	9%
NÃO	42	91%

Fonte: Elaboração própria.

Em linhas gerais, a maior parte das decisões judiciais menciona a checagem do registro da droga pela Anvisa (85%) e reconhece a incapacidade financeira do paciente em arcar com os elevados custos do tratamento (80%). Apesar da expressiva menção à observação de hipossuficiência econômica nas decisões, não se verificou nenhuma sentença em que a capacidade financeira do autor tenha desobrigado o Poder Público do fornecimento.

A checagem da incorporação do medicamento para a fonte pagadora e para o diagnóstico (43%) mostrou-se um desafio entre os magistrados. Além disso, a comprovação de inutilidade dos medicamentos atualmente padronizados, para o caso concreto, não pareceu ser relevante exigência para a maior parte das sentenças judiciais analisadas. Ademais, a consulta a órgãos técnicos especiais e o embasamento das decisões nas melhores evidências científicas disponíveis mostraram-se bastante fragilizados. Além disso, a maior parte das decisões

judiciais também dispensou a reavaliação recorrente do fornecimento, mediante renovação periódica do relatório circunstanciado e da prescrição médica, e o acompanhamento frequente do paciente em um serviço público de saúde.

A Tabela 6 mostra as principais mudanças ocorridas após o registro da medicação na Anvisa, em 13 de março de 2017. A tabela demonstra a ocorrência de maior dispersão das demandas judiciais entre os municípios do estado de São Paulo, em comparação à concentração anterior na comarca da capital, após o registro do medicamento eculizumab na Anvisa. Também se verificou, no período mais recente, alteração no perfil de classe das ações judiciais, de modo que a primazia do mandado de segurança foi substituída por maior predileção para a ação de rito comum. Ademais, com o registro sanitário, a procedência dos pedidos de fornecimento do medicamento eculizumab apresentou substancial incremento, saltando de 63% para 95%.

TABELA 6 – **PERFIL DAS DEMANDAS JUDICIAIS PRÉVIA E POSTERIORMENTE AO REGISTRO NA ANVISA**

CATEGORIA	PERÍODO PRÉVIO AO REGISTRO		PERÍODO POSTERIOR AO REGISTRO	
	N.	%	N.	%
COMARCA				
CAPITAL	34	97%	11	58%
INTERIOR	1	3%	8	42%
CLASSE DA AÇÃO				
MANDADO DE SEGURANÇA	29	83%	4	21%
PROCEDIMENTO COMUM	5	14%	15	79%
PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL	1	3%	0	0%
POLO PASSIVO				
PESSOA JURÍDICA DE DIREITO INTERNO	33	94%	13	68%
OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE	2	6%	6	32%
DIAGNÓSTICO DO PACIENTE				
HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA	27	77%	8	42%
SÍNDROME HEMOLÍTICO-URÊMICA ATÍPICA	2	6%	5	26%
NÃO IDENTIFICADO NA SENTENÇA	6	17%	4	21%
OUTROS DIAGNÓSTICOS	0	0%	2	11%

(Continua)

CATEGORIA	PERÍODO PRÉVIO AO REGISTRO		PERÍODO POSTERIOR AO REGISTRO	
	N.	%	N.	%
CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA				
SIM	24	69%	18	95%
NÃO	11	31%	1	5%
PROCEDÊNCIA DO PEDIDO				
SIM	22	63%	18	95%
NÃO	13	37%	1	5%

Fonte: Elaboração própria.

Também foi analisada a evolução das demandas judiciais envolvendo a medicação eculizumab especificamente para os 35 pacientes com o diagnóstico de HPN que ingressaram com ações judiciais contra o estado ou contra operadoras de planos de saúde (Tabela 7). Das sentenças analisadas, 30 delas ocorreram previamente ao parecer favorável à incorporação do medicamento pela Conitec e as outras cinco sobrevieram em cenário posterior à inclusão. Nesse contexto, foi possível observar que a proporção de procedência dos pedidos passou de 63% para 100% após a introdução do fármaco nas listas do SUS para o diagnóstico. De todo modo, das 11 sentenças que declararam a improcedência do pedido, apenas uma ocorreu após o registro sanitário (9%), sugerindo possível papel preponderante desse registro, em comparação à incorporação do medicamento, para a decisão judicial.

TABELA 7 – PERFIL DAS DEMANDAS JUDICIAIS PRÉVIA E POSTERIORMENTE AOS PARECERES DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA DA CONITEC, POR DIAGNÓSTICO

DIAGNÓSTICO/CATEGORIA	PERÍODO PRÉVIO AO PARECER DA CONITEC		PERÍODO POSTERIOR AO PARECER DA CONITEC	
	N.	%	N.	%
HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA (N=35)*				
PROCEDÊNCIA DO PEDIDO				
SIM	19	63%	5	100%
NÃO	11	37%	0	0%

(Continua)

DIAGNÓSTICO/CATEGORIA	PERÍODO PRÉVIO AO PARECER DA CONITEC		PERÍODO POSTERIOR AO PARECER DA CONITEC	
	N.	%	N.	%
SÍNDROME HEMOLÍTICO-URÊMICA ATÍPICA (N=7)**				
PROCEDÊNCIA DO PEDIDO				
SIM	3	100%	4	100%
NÃO	0	0%	0	0%

* Parecer favorável à incorporação emitido em 14/12/2018.

** Parecer desfavorável à incorporação emitido em 18/11/2019.

Fonte: Elaboração própria.

Por fim, avaliou-se a evolução das demandas judiciais envolvendo a medicação eculizumab (Tabela 7) especificamente para os sete pacientes com o diagnóstico de SHUa que ingressaram com ações judiciais contra o estado ou contra operadoras de planos de saúde. É interessante observar que, mesmo após a apreciação colegiada e a decisão de não incorporação pela Conitec para o diagnóstico, o percentual de procedência dos pedidos de fornecimento do medicamento eculizumab permaneceu sendo da ordem de 100% (quatro sentenças).

1.4. DISCUSSÃO

Os resultados deste estudo de caso evidenciaram interessante padrão nas sentenças judiciais proferidas em primeira instância a respeito de pedidos de fornecimento do medicamento de alto custo eculizumab. Observaram-se dois períodos de mais intenso processo de judicialização: entre os anos de 2010 e 2012, período inicial de comercialização do produto no mercado externo, e, após o ano de 2017, momento em que ocorreu o registro sanitário do medicamento pela Anvisa. Verificou-se concentração das demandas na comarca da capital, tendo como polo passivo preferencial o estado de São Paulo. Constatou-se, ainda, o uso predominante do mandado de segurança como remédio constitucional em tais ações.

De fato, os resultados do presente estudo mostraram-se compatíveis com conclusões de outras pesquisas conduzidas, anteriormente, no país. Nesse cenário, Naffah Filho, Chieffi e Correa (2010) também identificaram como principais características no crescente processo de judicialização da saúde no estado de São Paulo, entre outras:

- predomínio de rito ordinário e de mandado de segurança nas ações judiciais;
- expressiva participação das unidades de atendimento privado na origem das prescrições;

c) concentração em determinados municípios paulistas.

Machado (2010), em revisão envolvendo ações individuais para o fornecimento de medicações no estado de Minas Gerais, identificou que grande parte das prescrições juntadas aos processos judiciais tinha origem em estabelecimentos privados de saúde. Além disso, proporção significativa das demandas foi ajuizada na capital do estado, visando à concessão de medicamentos imunossupressores de elevado custo de aquisição. Nesse mesmo sentido, Borges e Ugá (2010) verificaram que, normalmente, os pedidos para fornecimento de medicamentos no estado do Rio de Janeiro continham uma providência em caráter de urgência (liminar ou antecipação de tutela), fundamentada no dever estatal e no direito à saúde.

Diante de tais observações, é interessante rememorar a orientação a respeito da inviabilidade de impetração de mandado de segurança em matéria de saúde pública quando o medicamento não consta em lista do SUS. Com efeito, a configuração de direito ao fornecimento de eculizumab exige a produção de prova pericial, em contraditório, a fim de demonstrar a existência da doença, a necessidade do medicamento prescrito e a impossibilidade de substituição por outro remédio já fornecido pela rede pública. Evidentemente, tais exigências afiguram-se incompatíveis com o remédio constitucional mais utilizado nas demandas judiciais para o fornecimento de eculizumab.

Apesar disso, verificou-se que proporção significativa das decisões prolatadas ignorou a necessidade de comprovação da adequação e da necessidade do medicamento, bem como da relevância da demonstração de ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS. Tal cuidado seria fundamental para desestimular a produção padronizada de petições iniciais, contestações e sentenças que, frequentemente, não apreciam as especificidades do caso concreto analisado. Ademais, tratando-se de medicação com elevado custo de aquisição para os cofres públicos, a aplicação racional dos escassos recursos exige muita responsabilidade e diligência de todos os atores envolvidos no processo.

Os resultados do estudo também evidenciaram maior preocupação dos juízes de direito em checar a existência do registro sanitário do medicamento pleiteado na Anvisa e em reconhecer a incapacidade financeira do paciente para arcar com os custos do tratamento. Esses dois requisitos, descritos no Tema n. 106 do STJ, aparentaram ser os elementos mais associados à procedência ou à improcedência dos pedidos de fornecimento de eculizumab. De fato, grande parte das sentenças analisadas mencionou esses dois aspectos em suas conclusões. De todo modo, apesar da maciça referência à observação de hipossuficiência econômica nas decisões, não se verificou nenhuma sentença em que a capacidade financeira do autor tenha desobrigado o Poder Público do fornecimento. Entretanto, nas decisões que declararam a improcedência do pedido, o fundamento de decisão mais frequente (86%) correspondeu à constatação de riscos relativos à segurança e à efetividade do medicamento em período prévio ao registro sanitário no país.

Nesse contexto, o presente artigo foi capaz de capturar interessante modificação na compreensão do direito e dos fatos, pelos magistrados, com o advento do registro sanitário do medicamento eculizumab. Assim, no período posterior à concessão do registro pela agência reguladora, observou-se relevante incremento no índice de procedência dos pedidos, que alcançou patamares da ordem de 95%. De fato, a anterior ponderação entre o princípio da legalidade e a garantia do direito à vida tornou-se superada com o ato administrativo da Anvisa, que estabeleceu condições suficientes de segurança e de eficácia no uso da droga e proporcionou o necessário permissivo legal para a importação e para a distribuição do medicamento.

Em contrapartida, a checagem quanto à incorporação do medicamento para a fonte pagadora e para o diagnóstico do paciente exibiu menor valorização entre os magistrados para a formação do livre convencimento necessário à sentença. De fato, a consulta a órgãos técnicos e o embasamento das decisões nas melhores evidências científicas pareceram encontrar certo desprestígio entre os operadores do direito.

De fato, a orientação majoritária ainda reconhece a obrigação estatal de fornecer o medicamento, em razão de indicação médica representada por simples receituário ou relatório sucinto, desprezando-se, frequentemente, os estudos técnicos conduzidos pelo Ministério da Saúde e pelas secretarias estaduais de saúde. No entanto, a garantia do direito à saúde não pode sobrevir de atos isolados, devendo-se privilegiar as políticas públicas planejadas que beneficiem a coletividade. Caso contrário, Ferraz (2007) assevera que o resultado do processo consistirá em perversa substituição das prioridades de investimento estabelecidas por especialistas da Administração Pública e em prejuízos incalculáveis às categorias sociais de menor acesso ao Poder Judiciário. Nesse cenário, Carvalho (2010) destaca que o juízo deve aferir se a concessão do medicamento não implica violação ao princípio da igualdade no acesso à saúde. De fato, para o autor, tal conjuntura representa importante desafio, uma vez que apenas determinada parcela da população detém o conhecimento pleno de seus direitos e da possibilidade de exigência deles por meio de contato com o Poder Judiciário.

O estudo também teve a oportunidade de observar o desfecho de processos judiciais envolvendo a indicação de eculizumab para pacientes com o diagnóstico de SHUa. Foi interessante constatar que, mesmo após a apreciação e a emissão de parecer contrário à incorporação do fármaco para a doença pela Conitec, as sentenças judiciais continuaram totalmente favoráveis ao fornecimento. Ademais, a contrariedade à recomendação do órgão especial ministerial não ensejou mais esclarecimentos do juízo a fim de fundamentar o afastamento da orientação técnica no caso concreto, inexistindo menção ao relatório da comissão. Tal posicionamento judicial demonstra desacordo com enunciado do CNJ que aconselha o uso de evidências científicas e a identificação de especificidades da condição clínica do paciente para suportar eventual decisão conflitante com os relatórios elaborados pelos especialistas da Conitec.

Em relação às ações judiciais que declararam a procedência do pedido de fornecimento da medicação eculizumab, verificou-se importante omissão do juízo em exigir a renovação

periódica do relatório circunstanciado e da prescrição médica para a continuidade de tratamento por prazo indeterminado. A maior parte das sentenças também dispensou a matrícula e o seguimento do paciente em um serviço público de saúde. Tal recomendação gerencial, reiteradamente ignorada nas decisões analisadas, é fundamental para garantir o adequado cumprimento das regras e dos princípios organizativos do sistema, de modo a evitar o advento de desigualdades em acesso e em nível de assistência prestada. Apesar disso, identificaram-se inúmeras decisões em que o juízo considerou irrelevante a origem de prestação da assistência em saúde para a formação da sentença, como nos excertos destacados a seguir:

[...] Irrelevante também o fato de a impetrante tratar sua doença em hospital particular (e não na rede SUS), pois além das dificuldades públicas e notórias enfrentadas pela população carente na rede pública de saúde, pode um cidadão ter condições para um tratamento na rede particular, mas não ter para custear os medicamentos que lhes são prescritos.

[...] Nesse sentido, existe prescrição médica por profissional particular, cuja atuação não merece reparo, pois se tal prescrição é adequada ou não para salvar a vida do autor, dada a demora de se obter consulta médica, deve ser tida como adequada. A doença está comprovada, é de natureza grave e questões burocráticas não podem prevalecer sobre o direito fundamental.

Finalmente, deve-se atribuir ênfase aos fundamentos mobilizados por magistrados para embasar a procedência ou a improcedência dos pedidos de fornecimento de eculizumab. Em relação às ações que indicaram operadoras de plano de saúde no polo passivo do processo, os pedidos foram julgados procedentes em 100% dos casos analisados, sob os argumentos de abusividade de negativa de cobertura na vigência de demonstrada prescrição médica, de aplicação do CDC aos contratos de planos de saúde e de inexistência de exaustividade na cobertura prevista no rol de procedimentos estabelecido pela ANS.

Lavecchia (2019), em análise amostral das decisões proferidas pelo TJSP, também verificou que a intervenção judicial foi favorável aos beneficiários de planos em todos os acórdãos analisados. A tipologia de motivos mais empregados pela Corte consistiu em intervenção fundamentada em súmulas e no CDC. Contudo, tal como no presente artigo, verificou-se menor valorização do uso de legislação e de regulamentações específicas, tais como a Lei n. 9.656/1996 e a Resolução Normativa de Diretoria Colegiada da ANS n. 465/2021 (BRASIL, 2021a), que atualiza o rol de procedimentos e eventos e estabelece a cobertura assistencial mínima a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde.

Quanto às ações que nomearam o estado no polo passivo do processo, os pedidos foram apreciados como procedentes em 70% dos casos. O principal fundamento concessivo consistiu na afirmação do direito fundamental à saúde e no dever prestacional estatal, tal como expresso no art. 196 da Constituição (BRASIL, 1988). A primazia do direito à vida, do qual

o direito à saúde é compreendido como decorrente, também foi frequentemente mencionada nas decisões. Temas materialmente constitucionais envolvendo a organização do Estado, como a solidariedade dos entes federativos na promoção da saúde, a ausência de violação do princípio da separação dos poderes na concretização do direito à saúde e a prevalência de direitos e garantias individuais em detrimento de questões orçamentárias, mostraram-se presentes em inúmeras decisões.

Nesse contexto, a ministra Ellen Gracie, por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 91, pronunciou-se a respeito da PNPS e de seu objetivo de promover maior racionalização entre os custos e os benefícios dos tratamentos oferecidos gratuitamente pelo SUS, a fim de alcançar o maior número possível de usuários (BRASIL, 2007b, p. 165). Desse modo, a ministra compreende que a regra expressa no art. 196 da Carta Magna (BRASIL, 1988) refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas para toda a coletividade, assegurando-lhe acesso igualitário e universal, e não em situações individualizadas.

Fagundes e Chiappa (2010) compartilham semelhante posição. Para os autores, a priorização de uma ética individualista, pautada no discurso de que “a saúde não tem preço e que qualquer esforço na tentativa de salvar uma vida é válido e justificável” (FAGUNDES e CHIAPPA, 2020, p. 364), resulta em uma sobreposição das decisões judiciais às regras sanitárias do país. Nesse cenário, a ausência de robusto respaldo científico para o uso de determinada droga frequentemente colide com a necessária garantia da saúde, em vez de proporcionar a recuperação desejada com a demanda judicial.

Em linha com esse pensamento, o ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 4) sustenta a necessidade de imposição de limites ao direito individual à saúde em decorrência de irrefletidas decisões judiciais sobre o tema, sob pena de inviabilização dos preceitos constitucionais e do próprio direito à saúde:

[...] Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Neste artigo, foi possível evidenciar a expressiva proporção de sentenças favoráveis à concessão da medicação de elevado custo, tendo como fundamentos primordiais o dever estatal e o direito individual à proteção e à recuperação da saúde. No entanto, em grande parte das

demandas apreciadas pelos magistrados não se verificou, de forma inequívoca, a ocorrência da necessária subsunção entre os dispositivos constitucionais e a descrição dos fatos concretos. Com efeito, a configuração de requisitos apontados por orientações jurisprudenciais e enunciados do CNJ, como a imprescindibilidade da medicação, a inutilidade de demais tratamentos alternativos disponíveis para a fonte pagadora e a aferição de custo-efetividade por órgãos técnicos, mostrou-se prejudicada nas decisões.

Nesse contexto, a impressão geral do estudo foi a de que apenas dois critérios principais serviram como referência para a ampla maioria das sentenças prolatadas pelos juízes: a incapacidade financeira do paciente para arcar com os custos do tratamento e a existência de registro do medicamento na Anvisa. No entanto, a atual compreensão doutrinária sobre o tema exige a demonstração de provável e iminente lesão ao núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, de modo a, só assim, afastar a usual argumentação da Administração Pública sobre a escassez de recursos financeiros e a cláusula de reserva do possível.

Esse panorama descrito para o medicamento eculizumab mostrou-se compatível e passível de reprodução em estudos similares que também avaliaram o processo de judicialização da saúde. Tal fenômeno pode apresentar contornos perversos, na medida em que possui potencial de deslocar os processos de planejamento e de priorização em saúde, e direcionar, preferencialmente, os recursos apenas para quem é capaz de acessar o Poder Judiciário para a satisfação de direitos sociais de forma individualizada. Há, ainda, todo um público hipossuficiente que nem sequer chega ao Poder Judiciário, público esse que pode e deve ser atendido por políticas públicas universais e igualitárias. Com efeito, essa banalização de problemas e respostas é duramente criticada por Bucci (2017, p. 34), que arremata, parafraseando o antigo ditado: “[...] aos que tiverem a sorte do caminho judicial, tudo; à coletividade, a lei. O direito à saúde de uns oposto ao direito à saúde de muitos”.

Nesse cenário, destaca-se que uma revisão criteriosa das melhores práticas e a replicação de experiências exitosas envolvendo a judicialização da saúde tornam-se urgentes para a reversão dessa “máquina cartorária” de concessão, automatizada e destituída de critérios, de medicamentos de alto custo. A estratégia diante do desafio identificado deverá envolver a participação de diversos atores institucionais, como o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o próprio Poder Judiciário e, evidentemente, os usuários do SUS.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Brasília, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, 2009.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59-69, 2010.

BRASIL. *Lei n. 14.454, de 21 de setembro de 2022*. Altera a Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília: Presidência da República, 2022a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.866.929, São Paulo. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgamento em 14 jun. 2022. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 ago. 2022b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.889.704, São Paulo. Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgamento em 8 jun. 2022. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 ago. 2022c.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa n. 465, de 24 de fevereiro de 2021*. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa – RN n. 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa – RN n. 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa – RN n. 457, de 28 de maio de 2020 e a RN n. 460, de 13 de agosto de 2020. Brasília: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2021a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-465-de-24-de-fevereiro-de-2021-306209339>. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 657.718, Minas Gerais. Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 22 maio 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 nov. 2020a.

BRASIL. Recurso Extraordinário n. 566.471, Rio Grande do Norte. Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 11 mar. 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 set. 2020b.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020c. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-az/s/sus>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/iii-jornada-de-direito-da-saude-aprova-35-novos-enunciados>. Acesso em: 30 set 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. *Relatório de recomendação n. 483*. Eculizumab para o tratamento da Síndrome Hemolítico-Urêmica Atípica. Brasília: Ministério da Saúde, 2019b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.657.156, Rio de Janeiro. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgamento em 25 abr. 2018a. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 608*. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Brasília: STJ, 2018b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_608_2018_segunda_secao.pdf. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.726.563, São Paulo. Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgamento em 26 nov. 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 nov. 2018c.

BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. *Relatório de recomendação n. 413*. Eculizumab para o tratamento da Hemoglobínúria Paroxística Noturna. Brasília: Ministério da Saúde, 2018d.

BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. *Fluxo de incorporação de tecnologias no Sistema Único de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/fluxo-de-incorporacao-de-tecnologias-no-sus>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012*. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília: Presidência da República, 2011a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, Ceará. Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 17 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175, Rio Grande do Sul. Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 12 dez. 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 fev. 2007a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, Alagoas. Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 26 fev. 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 3 mar. 2007b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 878.055, Rio de Janeiro. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 24 out. 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 nov. 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. *Política nacional de medicamentos*. Série C. Projetos, Programas e Relatórios, n. 25. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000*. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coords.). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coords.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAETANO, Rosângela *et al.* O caso do eculizumabe: judicialização e compras pelo Ministério da Saúde. *Revista de Saúde Pública (On-line)*, São Paulo, v. 54, n. 22, 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.11606/s1518-8787.2020054001693>. Acesso em: 30 set. 2021.

CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45.

FAGUNDES, Priscila Oliveira; CHIAPPA, Ricardo. Avaliação do uso de medicamentos não registrados no Brasil demandados por meio de ações judiciais no estado de Minas Gerais. In: AITH, Fernando *et al.* (orgs.). *Direito sanitário: saúde e direito, um diálogo possível*. Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, 2010. p. 353-371.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, escassez e o Judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1008200709.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

LAVECCHIA, Amanda Leopoldo. Contratos de plano de saúde: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 277-291, 2019.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila *et al.* Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

NAFFAH FILHO, Michel; CHIEFFI, Ana Luiza; CORREA, Maria Cecília M. M. A. S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. *Boletim Epidemiológico Paulista*, São Paulo, v. 7, n. 84, p. 18-30, 2010.

PAIXÃO, André Luís Soares da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, p. 2167-2172, 2019.

SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (orgs.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 63-72.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Súmula 102*. Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. São Paulo: TJSP, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 17, n. 67, p. 125-172, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Argumentum – Revista de Direito*, Vitória, n. 6, p. 31-46, 2006.

SIMABUKU, Eliete Maia *et al.* The Impact of Judicialization of Eculizumab on the Budget of Brazilian Health System. *Value in Health*, Lawrenceville, v. 21, supl. 1, S250, 2018.

WANG, Daniel *et al.* Health Technology Assessment and Judicial Deference to Priority Setting Decisions in Healthcare: Quasi-experimental Analysis of Right-to-health Litigation in Brazil. *Social Science and Medicine*, [s.l.], v. 265, 113401, 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RAMOS, Marcelo Cristiano de Azevedo; AMARAL JR., José Levi Mello do. Judicialização da saúde: um estudo de caso envolvendo medicamento de alto custo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2338, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202338>

Marcelo Cristiano de Azevedo Ramos

GRADUADO EM MEDICINA PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP) E EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP). RESIDÊNCIA MÉDICA EM MEDICINA PREVENTIVA E SOCIAL. DOUTOR EM ONCOLOGIA PELA FACULDADE DE MEDICINA DA USP. DIRETOR ADJUNTO DO INSTITUTO CENTRAL DO HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA USP.

marcelo.azevedo@hc.fm.usp.br

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE DADOS:

O conjunto de dados deste artigo está disponível no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.2AYB8L>.

José Levi Mello do Amaral Júnior

PROFESSOR ASSOCIADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP). PROFESSOR DO PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO E DA GRADUAÇÃO EM DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (CEUB). LIVRE-DOCENTE EM DIREITO CONSTITUCIONAL E DOUTOR PELA USP. MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL, CEDIDO AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (SECRETÁRIO-GERAL DA PRESIDÊNCIA DO TSE). FOI ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, SECRETÁRIO-EXECUTIVO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO.

jose.levi@usp.br

As origens latino-americanas do controle concentrado de constitucionalidade

THE LATIN-AMERICAN ORIGINS OF CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo propor uma reflexão e desfazer alguns mitos sobre as origens do controle concentrado de constitucionalidade, avaliando também como a colonização cultural se faz presente no Direito. Para isso, são feitas algumas considerações iniciais sobre o tema, seguidas de uma crítica sobre o problema das evoluções históricas e a colonização, e uma apresentação sobre o conceito de *habitus* e outros conceitos relacionados, como engrama e atitude, mostrando como os esquemas mentais de percepção e ação contribuem para uma visão de mundo eurocêntrica colonizada. Em seguida, é revisitada a versão “oficial” sobre Kelsen ter criado o controle concentrado na Áustria, e como isso faz parte do *habitus* jurídico, quando, na realidade, o referido controle concentrado surgiu na América Latina, em diversas experiências constitucionais ocorridas em Cundinamarca (hoje Colômbia), Venezuela e Bolívia. Ao final são feitas breves reflexões sobre a socioanálise, em seu potencial como instrumento de transformação do *habitus* e libertação da consciência.

Palavras-chave

Origem; controle de constitucionalidade; socioanálise; *habitus*; colonização.

Abstract

This paper proposes a reflection and dispels some myths about the origins of the concentrated control of constitutionality, also evaluating how cultural colonization is present in Law. For this, some initial considerations are made on the subject, followed by a critique of the problem of historical evolutions and colonization, and a presentation on concept of habitus and other related concepts such as engram and attitude, showing how the mental schemes of perception and action contribute to a colonized eurocentric worldview. Then, the “official” version about Kelsen having created concentrated control in Austria is revisited, and how this is part of the juridical habitus, when, in fact, the aforementioned concentrated control emerged in Latin America, in several constitutional experiences that took place in Cundinamarca (today Colombia), Venezuela and Bolivia. At the end, some brief reflections are made about socioanalysis, on its potential as an instrument for transforming habitus and liberating consciousness.

Keywords

Origin; concentrated control of constitutionality; socioanalysis; habitus; colonization.

“Même lorsqu’elle paraît prendre la suite d’une évolution historique, la culture surveillée que nous envisageons refait par récurrence une histoire bien ordonnée qui ne correspond nullement à l’histoire effective”¹ (BACHELARD, 1966, p. 80)

INTRODUÇÃO E ALGUNS ASPECTOS TEÓRICOS

O presente artigo tem por objetivo propor uma reflexão e desfazer alguns mitos sobre as origens do controle concentrado de constitucionalidade, sobretudo no que se refere à sua realização efetiva: previsão constitucional e instalação de um órgão de controle. Para a consecução desse objetivo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, que buscou confrontar as origens de tal controle na América Latina com os lugares-comuns sobre as origens europeias do controle de constitucionalidade, e como eles integram o *habitus* dos juristas.

O tema é relevante porquanto a jurisdição constitucional, compreendida como “todo procedimento judicial que aplica e concretiza a Constituição”² (LEITE, 2007, p. 73), está no centro da tensão entre Constituição e democracia, pois pressupõe um controle dos atos do legislador democraticamente eleito por órgãos do Judiciário. A referida tensão e o próprio papel de destaque que a jurisdição constitucional assume progressivamente ao longo do seu desenvolvimento se relacionam com a crise do Estado legislativo e a mudança no papel da Constituição, que se desloca das normas de organização do Estado para as normas declaradoras de direitos fundamentais, o que potencializa a intervenção judicial (SANTOS, 2004, 2006 e 2010).

Todo esse contexto se relaciona também com o que Paulo Bonavides chama de “revolução constitucional”, que nasce a partir do momento em que as declarações de direitos deixam de ter um caráter meramente filosófico e tornam-se vinculantes, o que, ainda de acordo

...

- 1 Tradução livre: “Mesmo quando parece assumir a continuidade de uma evolução histórica, a cultura supervisionada que avaliamos refaz, por recorrência, uma história bem ordenada que não corresponde em nada à história real”.
- 2 Essa definição, breve e precisa, atende bem aos propósitos deste artigo e é condizente com o que a dogmática jurídica chama de jurisdição constitucional em sentido amplo. José Afonso da Silva (2004, p. 276), por exemplo, entende que “a jurisdição constitucional, assim, consiste na entrega aos órgãos do Poder Judiciário da missão de solucionar os conflitos entre os atos, procedimentos e órgãos públicos e a constituição. Ou, em sentido mais abrangente: entrega ao Poder Judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais”. José Frederico Marques (1979, p. 34) observa que “se encontra imanente a toda e qualquer atividade jurisdicional da justiça ordinária e das justiças especiais a jurisdição constitucional, pois que assim deve ser denominada a aplicação de normas constitucionais pelo Judiciário, a fim de compor conflitos litigiosos de interesses”.

com Bonavides, cria o *segundo Estado de direito*, o Estado constitucional, em substituição ao Estado legal (BONAVIDES, 2004, p. 400, *et passim*).

Ainda que possa haver divergências de conteúdo quanto ao que a Constituição deveria conter, ou como o seu texto deve ser interpretado, por um lado, a maioria dos estudiosos parece simpatizar com a ideia da Constituição em si e também dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, invariavelmente pairam dúvidas quanto à legitimidade da jurisdição constitucional e parece haver certa desconfiança em relação ao papel que o Judiciário vem desempenhando a pretexto de, supostamente, concretizar a Constituição. No Brasil especificamente, a centralidade da jurisdição constitucional vem acompanhada de diversas mazelas, uma das mais conhecidas seria o famigerado *voluntarismo judicial*, que vem recebendo críticas de juristas consagrados.³

Nesse contexto, parece oportuno e necessário retomar e desmistificar alguns lugares-comuns quanto à origem da jurisdição constitucional, em especial no que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade. Não se trata — é necessário advertir desde já — de traçar uma *evolução histórica* do controle de constitucionalidade, o que é muito frequente em manuais e trabalhos acadêmicos, e que é uma prática que já recebeu críticas severas (OLIVEIRA, 2004; GONÇALVES e TEIXEIRA, 2015), pois mais das vezes desconsidera o fato de que a relação que se tem com o passado é condicionada pelo presente (SALDANHA, 1967), visto que tanto o conhecimento quanto o comprometimento do historiador são socialmente condicionados (SCHAFF, 1995).

É oportuno retomar a passagem de Bachelard transcrita na epígrafe. Quando se analisa uma cultura, a aparência de uma evolução histórica pode surgir, mas isso não necessariamente corresponde à história real (BACHELARD, 1966, p. 80), e esse raciocínio se aplica, claro, a qualquer tentativa de se escrever sobre a história das instituições jurídicas, mas isso será retomado

...

3 Um bom exemplo disso são as críticas de Lenio Streck, amplamente conhecidas, que lhe rendem bastante notoriedade no campo jurídico e que parecem orientar a sua própria carreira acadêmica, pois, segundo Danilo Lima (2013, p. 50), “Streck defende a elaboração de uma nova teoria capaz de responder aos problemas derivados de sua interpretação e, ao mesmo tempo, impedir que o direito seja fragilizado pelo voluntarismo judicial”. Não há espaço aqui para fazer uma análise mais detalhada da proposta de Streck, mas é necessário observar que o problema maior não é falta de teoria. Os juízes não são voluntaristas por falta de hermenêutica, e é provável que muitos dos magistrados voluntaristas conheçam o próprio Lenio Streck e sua obra. O problema é muito mais profundo e envolve, entre outros fatores, o papel histórico do Judiciário no Brasil, a cultura patrimonialista, a falta de *accountability*, etc. Como já advertia Thomas Jefferson (1854, p. 178), os juízes não são mais ou menos honestos que os outros homens, eles têm as mesmas paixões pelo poder e pelo privilégio da sua corporação. Magistrados, em suma, são produtos e são produtores da sociedade em que estão inseridos. De todo modo, é perfeitamente compreensível que o ilustre hermeneuta gaúcho, falando a partir da sua posição no campo jurídico, não se dê conta de tais questões, ou delas não possa falar abertamente em seus escritos.

oportunamente; por ora, é necessário explicar como se dará a consecução do objetivo do artigo – revisitar e desmistificar lugares-comuns do controle concentrado de constitucionalidade – nas linhas que se seguem.

O presente artigo aborda de forma breve, em um primeiro momento, a questão das evoluções históricas e da colonização cultural, tendo em vista um importante pressuposto: não basta identificar a existência da colonização ou enfatizar a necessidade de desconstruí-la, é preciso compreender os mecanismos da colonização em sua dupla existência, nas coisas e nos corpos das pessoas, em seus esquemas mentais de percepção, apreciação e ação no mundo. Em seguida, é feita uma breve revisão dos conceitos de atitude, engrama e *habitus*, o que permite compreender como a colonização se enraíza e permanece existindo na forma como se entende o Direito brasileiro. A partir daí, é possível ter uma visão mais clara das razões pelas quais se repete com tanta frequência que o controle concentrado nasceu na Áustria, quando, na realidade, ele surgiu na América Latina. As três seções seguintes abordam, respectivamente: a versão oficial, que retrata Kelsen como o criador do controle concentrado; o surgimento do controle de constitucionalidade na América Latina com mais de um século de antecedência em relação ao seu surgimento na Áustria; qual a efetiva importância de Kelsen para o controle de constitucionalidade. Ao final, são apresentadas as considerações finais.

1. ACERCA DAS EVOLUÇÕES HISTÓRICAS E DA COLONIZAÇÃO CULTURAL

A própria ideia de *evolução histórica*, no sentido de que uma instituição jurídica sai de um aspecto rudimentar e desenvolve-se até assumir a forma em que se encontra hoje, é um procedimento homólogo ao modo de pensar do século XIX, que faz com que os juristas ecoem, mesmo sem saber, as ideias do antropólogo Lewis Henry Morgan, que, em sua célebre⁴ obra *Ancient Society*, originalmente publicada em 1877, defendeu a existência de três estágios evolutivos para as sociedades humanas: selvageria, barbárie e civilização (MORGAN, 1907). A Antropologia superou esse equívoco evolucionista pelo menos desde Boas, Malinowski e Lévi-Strauss – esse último, aliás, demonstrou em *La pensée sauvage* (1962) que as sociedades tribais possuíam sistemas lógicos notáveis, com racionalidade tão sofisticada quanto a das sociedades *civilizadas*, mas em outras áreas do conhecimento, e no Direito em especial, as *evoluções históricas* continuam presentes.

Em relação ao evolucionismo, é necessário fazer uma autocrítica: o próprio *problema das origens* de determinado instituto jurídico, aliás, pode ser historicamente situado e relaciona-se à

...

⁴ Não se trata de *reverencialismo*, as ideias de Morgan influenciaram muitos autores relevantes da época. Segundo Hunter Howe Cates (2019, p. 91), “Morgan was the only American social theorist to be cited by Karl Marx, Charles Darwin, and Sigmund Freud”. Tradução livre: “Morgan foi o único teórico social americano que foi citado por Karl Marx, Charles Darwin e Sigmund Freud”.

forma evolucionista de pensar. Como observa Nelson Saldanha (2008, p. 98), os esquemas referentes à evolução exigem um começo, e é por isso que a ideia de *origem* ganha especial prestígio no século XIX: “[...] com o evolucionismo deu-se ao problema um sentido concreto. Quando um homem da geração de Spencer falava de origens, não falava de fundamentos metafísicos, falava de origens mesmo: os fatos iniciais, os determinantes, as formas primeiras de uma instituição”. É necessário reconhecer então que, ainda que se rejeite qualquer pretensão de construção de uma história evolucionista, não deixa de ser possível associar, em alguma medida, a preocupação do presente artigo com as origens latino-americanas do controle concentrado ao evolucionismo, que ainda se faz tão presente no Direito.

Quando o jurista busca a origem de algo, às vezes na antiguidade, e constrói a sua evolução até os dias atuais, e frequentemente com base em manuais,⁵ o que ele está fazendo, na realidade, é reproduzir um modo de pensar do século XIX, construindo um discurso que não corresponde inteiramente ao real, e cujo efeito – questionável – é tentar legitimar as teses que defende, e na maioria das vezes isso é feito de forma enviesada, em uma perspectiva eurocêntrica.⁶

Com isso não queremos dizer – é necessário esclarecer desde já – que fatos sociais e instituições surgem *ex nihilo*; ao contrário, na maioria das vezes, as coisas são o produto de processos históricos complexos, inclusive, teremos a oportunidade de mencionar algumas experiências europeias, como o Consistório do Reino de Aragão, o *instrument of government* de Cromwell e o *jurie constitutionaire* de Sieyès. Essas experiências podem ter influenciado os constitucionalismos estadunidense e latino-americano. A questão é que evoluções históricas não existem, ao menos não no sentido de que as coisas invariavelmente saem de uma forma rudimentar e evoluem para algo melhor.

...

5 “Normalmente isso é apresentado como se se tratasse de uma perspectiva interdisciplinar. Mas termina sendo nada mais nada menos do que uma confusão. Aliás, talvez mais propriamente falando, frequentemente sequer chega a se tratar de uma autêntica *con-fusão*, ou seja, a justaposição, num mesmo trabalho, de capítulos que pertenceriam a mais de uma ciência, pois o que muitas vezes aparece como tal resume-se a alguns lugares-comuns extraídos daqui e dali – muitas vezes, repetindo o vezo já conhecido, de simples manuais – sem maior consistência. O que acontece com as habituais incursões históricas que via de regra antecede a abordagem do tema no presente é, a esse respeito, exemplar. Seguramente a maioria dos trabalhos que tenho examinado não dispensa uma incursão desse tipo, muitas vezes apresentada sob a fórmula ‘Evolução Histórica do(a) [...]’, seguindo-se a menção ao objeto que está sendo examinado” (OLIVEIRA, 2004, p. 148; OLIVEIRA, 2015).

6 O fenômeno não é exclusivo do Brasil. Michel Miaille (1976, p. 57) observa que “[i]l est intéressant de noter, au passage, l’eurocentrisme dont font preuve nos juristes. En effet, sauf exception, c’est à partir du droit moderne et occidental que sont appréciées les institutions juridiques des autres systèmes”. Tradução livre: “[É] interessante notar, a propósito, o eurocentrismo demonstrado pelos juristas. Com efeito, com algumas exceções, as instituições jurídicas de outros sistemas são avaliadas com base no direito moderno e ocidental”.

O que representa uma evolução para um progressista pode ser um retrocesso para um conservador, e vice-versa. Além disso, quando se analisa com mais atenção, é fácil perceber que é muito raro o processo de transformação das instituições ser algo linear e uniforme, muitas vezes ocorrem rupturas, descontinuidades, avanços intercalados com retrocessos, etc., e tudo isso ainda é permeado, evidentemente, pela perspectiva de quem se propõe a narrar a história.⁷

Isso tudo se relaciona a *habitus*/atitudes. Mais das vezes, o jurista não reflete criticamente sobre essas questões, não se trata de uma opção consciente e intencional por reproduzir um modo de pensar do século XIX, ou uma postura eurocêntrica pouco condizente com a realidade. Isso é produto de algo não refletido, um *senso prático*, decorrência do formalismo, do tradicionalismo e da colonização cultural do campo em que está inserido.

Muito já foi dito sobre a colonização cultural no direito brasileiro – e latino-americano em geral –, e nos últimos anos vem aumentando o número de estudos que defendem a necessidade de repensar o Direito e as relações sociais em outras perspectivas, valorizando as experiências latino-americanas e defendendo a adoção de outras racionalidades, diversas da razão instrumental europeia. A proposta desses trabalhos certamente é válida, ainda mais considerando os já conhecidos problemas decorrentes da adoção irrestrita da racionalidade ocidental,⁸ mas muitos desses estudos não consideram quão profundas podem ser as raízes da colonização, não apenas nas estruturas sociais, mas no inconsciente das pessoas. É isso, aliás, o que permite compreender a eficácia da colonização, ela pode até se estabelecer pela força,

...

7 Um exemplo que ilustra bem o problema das evoluções históricas está presente em muitos trabalhos sobre a delação premiada, que rastreiam a origem do instituto até a antiguidade, e falam na traição de Jesus por Judas. Ora, por mais que muitos parlamentares brasileiros mereçam críticas, é no mínimo inusitado acreditar que o Congresso Nacional se inspirou em Judas para introduzir a delação premiada no direito brasileiro e que, desde que Judas recebeu as 30 moedas de prata, vem havendo uma evolução linear da delação premiada através dos milênios.

8 É vasta a quantidade de autores e obras que direta ou indiretamente critica a racionalidade e seus problemas, inclusive dentro das tradições intelectuais do próprio Ocidente. Os problemas são conhecidos pelo menos desde Max Weber, que mostra, por exemplo, que o objetivo da racionalidade ocidental era a “rationale Beherrschung der Welt” (WEBER, 2012, tradução livre: “dominação racional do mundo”) e que aqueles que são considerados *selvagens* conhecem infinitamente mais as condições econômicas e sociais de sua própria existência do que aqueles que são considerados *civilizados* (WEBER, 1965). Essas críticas aparecem, também, na Teoria Crítica (por exemplo, HORKHEIMER, 1991; HORKHEIMER e ADORNO, 1947) e na obra de Foucault, que insurge justamente contra essa “racionalidade que é tão compatível com a violência” (FOUCAULT, 2006, p. 319). Com menor repercussão no Brasil, mas também dignos de nota, são os trabalhos de George Mosse (1975 e 1981), que mostram como as massas são constituídas em uma nação, e como o fascismo pode ser uma versão extremada de valores coletivos que também existem nas sociedades democráticas.

mas a eficiência da sua continuidade reside na cumplicidade dos colonizados. A colonização pode ser estabelecida pela violência, mas dificilmente pode ser mantida apenas com base nela. Conforme Roger Chartier:

Não se deve pensar que se instala uma dominação sem violência. Há um ato fundador da violência que é a conquista dos territórios, a dominação dos corpos, o controle dos indivíduos. Mas para reproduzir-se este tipo de dominação não há a necessidade de se manter o mesmo nível de violência explícita, mas há de se instaurar um mecanismo mais sutil que é o da incorporação da legitimidade pelos dominados da desigualdade ou da dominação. (CHARTIER, 2002, p. 154)

A colonização depende de formas simbólicas de dominação, que são, aliás, condição para maior efetividade da própria violência material. Dito de outra forma, o colonizador pode usar o seu poderio militar para dominar os nativos e estabelecer a colônia, mas seu domínio será tanto mais eficiente quanto os dominados o incorporem, ou seja, tenham dentro de si a dominação como algo legítimo, em suas disposições, em sua forma de ver e agir no mundo. O social tem dupla existência: nas coisas e nos corpos (GUTIERREZ, 2012), e a existência nas estruturas de compreensão e ação muitas vezes é a mais difícil de ser desfeita.

Para entender a incorporação da dominação, é preciso lembrar que muito do que as pessoas são e fazem ao longo da vida se deve à forma como foram socializadas. Se alguém nasceu e cresceu no Brasil, é extremamente provável que fale português, que conheça preceitos cristãos, que em algum momento assista a uma partida de futebol e tenha experimentado alguma bebida alcoólica, provavelmente cachaça ou cerveja,⁹ especialmente se essa pessoa nasceu no meio da década de 1990.¹⁰

Esse tipo de afirmação pode provocar reações opostas: tanto é possível uma pessoa aceitá-la, achar que faz todo sentido, como é possível outra pessoa ser reativa, não conseguir concordar com ela, talvez porque ela própria, ou alguém que ela conhece, professa outra religião, não gosta de futebol, não ingere bebidas alcoólicas, etc. É preciso atentar para o fato de que não está sendo dito que todas as pessoas são assim, mas que quem se enquadra na situação descrita —

...

⁹ Segundo Pinhoni (2014), estudo divulgado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) aponta que o consumo de bebidas alcoólicas no Brasil é maior que a média mundial, e a cerveja seria a bebida favorita dos brasileiros. Entre as bebidas destiladas, a cachaça seria a mais consumida no Brasil, e uma das quatro mais consumidas no mundo (SEBRAE, 2019, p. 19).

¹⁰ Em 2009, 70% dos jovens de 13 a 15 anos já haviam experimentado bebida alcoólica (LIMA, 2009). Já é um percentual considerável e, desde então, os 30% restantes tiveram mais de duas décadas e meia para terem, em algum momento, ao menos experimentado alguma bebida alcoólica.

nasceu e viveu no Brasil — *muito provavelmente* fala português, conhece valores cristãos, etc., ou ao menos conhece muitas pessoas assim e sabe que a cultura brasileira propicia isso.

Não se trata aqui de negar a liberdade, o sujeito pode mudar de religião ou decidir que nunca mais assistirá a nenhuma partida de futebol; também não se trata de negar as exceções, um indígena em uma tribo isolada pode não saber falar português ou beber álcool, ou sequer saber o que é futebol na vida. As questões aqui são duas: a *probabilidade* e o fato de que as estruturas de percepção, compreensão e ação no mundo são *duráveis*.

Em outras palavras, ainda que existam pessoas no Brasil que sejam fluentes em japonês, apreciem saquê e professem o xintoísmo ou o budismo, convenhamos, é muito mais *provável* que alguém que nasceu e cresceu no Brasil fale português, aprecie uma boa cachaça e seja adepto do cristianismo, do que alguém nascido e criado no Japão. Contudo, o idioma que falamos, certos valores e gostos que temos são *duráveis*, ou seja, tendem a permanecer conosco por muito tempo, às vezes por toda a vida. Você pode aprender um novo idioma, mas não é capaz de *deletar* totalmente o português para instalar algum outro, e, se gosta muito de determinada bebida, pode até decidir não a tomar nunca mais, mas isso não significa que ela deixará de ser agradável ao seu paladar.

Ao longo da vida as pessoas adquirem *atitudes/habitus/engramas*, condicionamentos para a forma como agem em sociedade.¹¹ Entender isso é de fundamental importância para compreender — e, talvez, desconstruir — a *colonialidade*.

2. *HABITUS*, ATITUDES E ENGRAMAS: EM QUE CONSISTEM AFINAL?

A Neurociência vem mostrando que as decisões humanas são muito mais *não conscientes* do que propriamente decisões conscientes e racionais. Estima-se que 95% das decisões são inconscientes:

Tice and Baumeister concluded after their series of eight such experiments that because even minor acts of self-control, such as making a simple choice, use up this limited self-regulatory resource, such conscious acts of self-regulation can occur only rarely in the course of one's day. Even as they were defending the importance of the conscious self for guiding behavior, Baumeister et al. (1998, p. 1252; also Baumeister & Sommer, 1997) concluded it plays a causal role only 5% or so of the time.¹² (BARGH e CHARTRAND, 1999, p. 464)

...

11 A relação entre *habitus*, atitudes e engramas também é discutida por Gonçalves (2022).

12 Tradução livre: “Tice e Baumeister concluíram, depois de sua série de oito experimentos, que mesmo pequenos atos de autocontrole, como fazer uma escolha simples, usam esse recurso autorregulatório limitado, por

Ainda que não seja tanto assim, não há dúvidas de que parte dos comportamentos humanos é, de fato, inconsciente ou, ao menos, não reflexiva, no sentido de que não exige uma ponderação prévia. Nas ciências da saúde e da educação, o conceito de *engrama*, proposto por Richard Wolfgang Semon (1908) para explicar o armazenamento da memória no cérebro, ajuda a compreender a existência e o funcionamento de diversas ações. Hoje em dia, o termo é bastante utilizado para se referir a padrões de movimento que se convertem “en automatismos” (CASTILLO, 2014, p. 31). Ramón Leiguarda (2003, p. 260) observa que o lóbulo parietal parece ter uma grande importância no armazenamento dos engramas motores visuocinéticos, ou seja, no armazenamento dos movimentos conhecidos. A palavra “engrama” é bastante utilizada, portanto, para se referir a movimentos que são realizados sem a necessidade de uma ponderação prévia, ou seja, de forma automática: “Una vez que los programas motores se aprenden pueden llegar a ser automáticos y se puede desarrollar una habilidad motriz”¹³ (ESPINO, 2009, p. 10-11).

De toda forma, os engramas se referem principalmente aos movimentos corporais. O que dizer então de comportamentos que parecem revestidos de um maior grau de reflexão? Nesse ponto, é extremamente valiosa a noção de atitude, que ganha aceitação na Psicologia Social¹⁴ e na Sociologia a partir do trabalho de William Thomas e Florian Znaniecki para quem atitude se refere ao “process of individual consciousness which determines real or

...

isso tais atos conscientes de autorregulação podem ocorrer apenas raramente no curso do dia. Mesmo defendendo a importância do *self* consciente para orientar o comportamento, Baumeister *et al.* (1998, p. 1252; também Baumeister & Sommer, 1997) concluíram que a consciência desempenha um papel causal de apenas cerca de 5% do tempo”. No mesmo sentido: “Conscious thought is the tip of an enormous iceberg. It is the rule of thumb among cognitive scientists that unconscious thought is 95 percent of all thought – and that may be a serious underestimate. Moreover, the 95 percent below the surface of conscious awareness shapes and structures all conscious thought. If the cognitive unconscious were not there doing this shaping, there could be no conscious thought” (LAKOFF e JOHNSON, 1999). Tradução livre: “O pensamento consciente é a ponta de um enorme *iceberg*. É regra geral entre os cientistas cognitivos que o pensamento inconsciente é 95% de todo o pensamento – e esse percentual pode estar sendo seriamente subestimado. Além disso, os 95% abaixo da superfície da percepção consciente moldam e estruturam todos os pensamentos conscientes. Se o inconsciente cognitivo não estivesse realizando essa modelagem, não poderia haver pensamento consciente”.

- 13 Tradução livre: “Uma vez que os programas motores são aprendidos, eles podem se tornar automáticos e as habilidades motoras podem ser desenvolvidas”.
- 14 Obviamente, a palavra “atitude” já existia e já havia sido usada na Psicologia. Gordon Allport (1935) observa que Herbert Spencer já havia empregado o termo em 1862, mas, ainda de acordo com Allport, foram Thomas e Znaniecki que instituíram o conceito de atitude como uma categoria permanente e central nas ciências sociais, e foram pioneiros em definir a psicologia social como o estudo científico das atitudes (ALLPORT, 1935).

possible activity of the individual in the social world”¹⁵ (THOMAS e ZNANIECKI, 1918, p. 22). As pesquisas de Thomas e Znaniecki tiveram impacto considerável nas ciências sociais e contribuíram para a formação do que viria a ser chamado de *Escola de Chicago* de Sociologia. Desde então, diversas pesquisas sobre o tema foram sendo desenvolvidas, e o número de definições também aumentou. Segundo Rodrigues, Assmar e Jablonski (2009, p. 81), existe mais de uma centena de definições de atitude,¹⁶ que, segundo eles, pode ser compreendida como “organização duradoura de crenças e cognições em geral, dotada de carga afetiva pró ou contra um objeto social definido, que predispõe a uma ação coerente com as cognições e afetos relativos a este objeto”.

Gordon Allport (1935) observa que *atitude* é o conceito mais distintivo e indispensável da psicologia social estadunidense. Essa importância se traduz nas incontáveis pesquisas sobre o tema que verificam que as atitudes de fato existem e são fatores determinantes do comportamento humano. Atitudes são predisposições que podem ser ativadas com esforço mínimo, “so minimal, in fact, that attitudes can be activated and can function automatically”¹⁷ (AUGOSTINOS e WALKER, 1995, p. 14).

Se, por um lado, não há dúvidas de que ao longo da nossa existência adquirimos atitudes e padrões de comportamento duráveis que podem ser reproduzidos por toda a vida, por outro lado, as eventuais divergências nos conceitos de atitude e a sua exata relação com os comportamentos – até onde atitudes determinam comportamentos e como estes podem moldar as atitudes – ainda são objeto de divergências. Diante disso, o presente artigo adotará um conceito em certa medida semelhante, que também tem grande aceitação nas ciências sociais e que talvez seja, em certo sentido, mais preciso: o conceito de *habitus*.

Os usos do conceito de *habitus* remontam à escolástica, nas traduções e nos comentários à obra de Aristóteles feitos por Tomás de Aquino e Boécio. Trata-se da tradução latina do conceito de *hexis*, que se refere à disposição para agir de determinada forma. Posteriormente, o conceito reaparece em autores como Panofsky, Weber, Husserl, Marcel Mauss, Norbert Elias e Pierre Bourdieu (HÉLAN, 1987; VIANNA NETO, 2011; BOURDIEU, 1992).

Nas ciências sociais, o *habitus* passa a ter ampla utilização, sobretudo a partir da influência das obras de Norbert Elias e Pierre Bourdieu. Elias utiliza o conceito, ainda na década de 1930, em seus estudos sobre o processo civilizatório. Em *Die Gesellschaft der Individuen*, diz que o *habitus* se assemelha à ideia de estrutura social da personalidade e permite evitar

...

15 Tradução livre: “[...] processo de consciência individual que determina atividades reais ou possíveis do indivíduo no mundo social”.

16 Albarracín *et al.* (2005) observam que existem centenas de definições de atitudes.

17 Tradução livre: “[...] tão mínimo, de fato, que atitudes podem ser ativadas automaticamente”.

a prática recorrente de tratar indivíduo e sociedade como se fossem objetos apartados. Em seguida, ele define o *habitus* como a composição social dos indivíduos, e explica que o *habitus* é como o solo de onde brotam as características pessoais de cada indivíduo:

Wenn man ihn und den ganz ähnlichen Begriff der sozialen Persönlichkeitsstruktur versteht – und zu handhaben vermag –, dann wird auch verständlicher, warum die alte Gepflogenheit, aufgrund deren man die Begriffe »Individuum« und »Gesellschaft« oft so gebraucht, als ob es sich um zwei getrennt existierende Gegenstände handle, in die Irre führt. Dann verschließt man nicht mehr die Augen vor der Tatsache, die ja vorwissenschaftlich bekannt genug ist, daß jeder einzelne Mensch, verschieden Wie er von allen anderen ist, ein spezifisches Gepräge an sich trägt, das er mit anderen Angehörigen seiner Gesellschaft teilt. Dieses Gepräge, also der soziale Habitus der Individuen, bildet gewissermaßen den Mutterboden, aus dem diejenigen persönlichen Merkmale herauswachsen, durch die sich ein einzelner Mensch von anderen Mitgliedern seiner Gesellschaft unterscheidet. So wächst ja etwa auch aus der gemeinsamen Sprache, die der Einzelne mit anderen teilt und die ganz gewiß einen integralen Bestandteil des sozialen Habitus bildet, ein mehr oder weniger individueller Stil heraus oder aus der sozialen Schrift eine unverkennbar individuelle Handschrift.¹⁸ (ELIAS, 1987, p. 244)

A metáfora é muito interessante e oportuna, pois, se do mesmo solo podem brotar plantas diferentes, da mesma forma, em uma sociedade composta de falantes de um mesmo idioma, podem surgir dialetos, socioletos e idioletos distintos. Entretanto, o desenvolvimento das plantas depende do solo, e elas poderão partilhar características comuns decorrentes das propriedades dele. Se o nível de nitrogênio, por exemplo, for baixo, o crescimento da planta poderá ser inibido e as folhas poderão ficar amareladas (BLOOM, 2017, p. 126). Do mesmo modo, ainda que determinada região tenha o seu próprio dialeto e um grupo de pessoas o seu próprio socioleto – e uma pessoa, em particular, pode ter o seu idioleto –, ainda existirão carac-

...

18 Tradução livre: “Se alguém compreende a ele [*habitus*] e ao conceito muito semelhante da estrutura social da personalidade – e é capaz de o empregar – então se torna mais compreensível por que é errado o antigo e ainda frequente costume de usar os termos ‘indivíduo’ e ‘sociedade’ como se eles representassem dois objetos diferentes. Então não mais se fecha os olhos para o fato, que é muito conhecido fora do campo da ciência, de que cada pessoa é diferente de todas as outras, tem características específicas que compartilha com outros membros de sua sociedade. Esse caráter social, ou seja, o *habitus* social dos indivíduos, forma, por assim dizer, o solo de onde brotam as características pessoais, por meio do qual um indivíduo se difere dos outros membros de sua sociedade. Por exemplo, um estilo mais ou menos individual brota a partir da linguagem comum que o indivíduo compartilha com os demais, a qual certamente é parte integrante do *habitus* social, ou seja, uma caligrafia inequivocamente individual que surge a partir da escrita social”.

terísticas comuns da língua partilhada por todos. Isso permite compreender como existem padrões partilhados pelos indivíduos.

Em Bourdieu, a preocupação é semelhante, ele insurge contra as falsas dicotomias que são verdadeiros obstáculos epistemológicos quando se trata de construir uma ciência social rigorosa, por exemplo, objetivismo e subjetivismo:

Esta dicotomía básica corre pareja a series enteras de otras oposiciones como materialismo *versus* idealismo, economicismo *versus* culturalismo, mecanicismo *versus* finalismo, explicación causal *versus* comprensión interpretativa. [...] Su poder estructurante es el más grande toda vez que mantienen una fuerte afinidad con las oposiciones fundamentales que organizan la percepción ordinaria del mundo social y político, tales como individuo *versus* sociedad (o individualismo *versus* socialismo). [...]

Es esta dialéctica de objetividad y subjetividad la que el concepto de *habitus* está diseñado para captar y resumir.¹⁹ (BOURDIEU, 2000)

Para Bourdieu (1992), o *habitus* é o sistema de disposições ou esquemas de percepção, apreciação e ação duráveis. Tais esquemas são socialmente adquiridos ao longo da vida das pessoas e funcionam no nível prático, atribuindo-lhes espécie de *senso prático* em relação aos jogos sociais e à vida em sociedade como um todo, e é aqui que o conceito de *habitus* se assemelha ao de atitude, mas ganha mais precisão — vide o que foi dito anteriormente sobre a existência de mais de uma centena de conceitos de atitude.

Um exemplo desse *senso prático* é o jogador de futebol que se antecipa aos adversários, posiciona-se no local em que a bola estará e faz o gol, em uma jogada tão dinâmica que não tem como ser racionalmente refletida (WACQUANT, 1992a, p. 21; GONÇALVES, 2017, p. 343). Outro exemplo é uma sala de aula, no momento em que o professor escreve no quadro e os discentes copiam em seus cadernos; embora esse possa ser um momento em que o conteúdo esteja sendo racionalmente refletido, a escrita em si está de tal forma incorporada nas pessoas que elas não precisam refletir a respeito ou tentar lembrar das palavras, da forma das letras, como se pega na caneta, etc. Situação totalmente diferente é a da criança que

...

19 Tradução livre: “Essa dicotomia básica anda de mãos dadas com toda uma série de outras oposições, como materialismo *versus* idealismo, economicismo *versus* culturalismo, mecanicismo *versus* finalismo, explicação causal *versus* compreensão interpretativa. [...] Seu poder estruturante é maior porque mantém forte afinidade com as oposições fundamentais que organizam a percepção ordinária do mundo social e político, como indivíduo *versus* sociedade (ou individualismo *versus* socialismo). [...] É essa dialética de objetividade e subjetividade que o conceito de *habitus* pretende captar e resumir”.

está aprendendo a escrever e que precisa constantemente relembrar e refletir sobre as letras e palavras (GONÇALVES, 2017, p. 344).

Les conditionnements associés à une classe particulière de conditions d'existence produisent des *habitus*, systèmes de *dispositions* durables et transposables, structures structurées prédisposées à fonctionner comme structures structurantes, c'est-à-dire en tant que principes générateurs et organisateurs de pratiques et de représentations qui peuvent être objectivement adaptées à leur but sans supposer la visée consciente de fins et la maîtrise expresse des opérations nécessaires pour les atteindre, objectivement « réglées » et « régulières » sans être en rien le produit de l'obéissance à des règles, et, étant tout cela, collectivement orchestrées sans être le produit de l'action organisatrice d'un chef d'orchestre.²⁰ (BOURDIEU, 1980, p. 88-89)

O *habitus* se refere, portanto, às predisposições incorporadas, inculcadas nas pessoas ao longo da sua vida, e que condicionam a percepção, a apreciação e a ação no mundo social. Aqui se faz necessário observar que a proximidade e a possibilidade de diálogo entre os conceitos e os estudos sobre *habitus* e atitude são tão grandes que chega a ser surpreendente a ausência de trabalhos que construam uma ponte entre os dois conceitos. Até mesmo Bernard Lahire, que sucedeu Bourdieu no Collège de France e desenvolve trabalhos que pretendem ir *da teoria do habitus a uma sociologia psicológica* (LAHIRE, 2005), negligencia a análise efetiva dos conceitos de atitude e, principalmente, dos estudos empíricos sobre as atitudes.

Nesse ponto, seria possível achar interessante o debate sobre atitudes e *habitus*, mas questionar: o que, afinal, isso tem a ver com colonização cultural, controle de constitucionalidade, etc.? A resposta para tal questionamento seria bem simples: a colonização cultural vigente no Direito se situa, também, no plano das atitudes e do *habitus*. Não se trata apenas de decidir não ser mais colonizado ou de criar uma teoria decolonial. As predisposições, os esquemas de percepção e apreciação que operam em um nível não consciente continuam reconhecendo como legítimos e valorizando os saberes oriundos da metrópole. A própria *Weltanschauung*, que é defendida e propagada, é a racionalidade ocidental moderna, e, claro,

...

20 Tradução livre: “Os condicionamentos associados a uma determinada classe de condições de existência produzem *habitus*, sistemas de *disposições* duráveis e transferíveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, isto é, como princípios que geram e organizam práticas e representações que podem ser objetivamente adaptadas ao seu objetivo sem supor a presença consciente de objetivos ou o controle expresse das operações necessárias para alcançá-los, objetivamente ‘reguladas’ e ‘regulares’ sem ser produto da obediência de regras determinadas, e, portanto, orquestradas coletivamente sem ser produto da ação organizadora de um maestro”.

a história legítima é a contada na perspectiva ocidental, e é precisamente aqui que entra a questão das origens do controle concentrado de constitucionalidade — assunto que será abordado na próxima seção —, mas não sem antes trazer uma informação importante que será retomada nas considerações finais: “[...] the possibility of an emancipation founded on awareness and knowledge of the conditionings undergone and on the imposition of new conditionings designed durably to counter their effects”²¹ (BOURDIEU, 1999, p. 340).

3. Kelsen e a versão “oficial” da história

Muito já foi dito e escrito sobre o que seria uma Constituição e existem várias propostas e definições do que deveria ser chamado ou não de Constituição. Nesse momento, não é tão importante falar em acepções ou sentidos, tais como sociológico, político, material, formal, jurídico, culturalista, entre outros, mas entender que ela é uma construção — e, muitos diriam, uma conquista civilizatória — ocidental moderna.

Se em todos os grupos sociais parece ter havido alguma forma de organização e a presença de normas com maior ou menor grau de importância, e por mais que possam existir discursos que situem a origem do Estado na antiguidade ou na assim chamada *Idade Média*, parece razoável dizer que o modelo de Estado que existe atualmente se consolida na modernidade. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2004, p. 27) observa que “o Estado Moderno em verdade significa uma nova representação de poder grandemente distinta daquela que prevaleceu em passado mais remoto ou até mesmo mais próximo, como foi o largo período medievo”.

Elias foi pioneiro em demonstrar como os Estados se formaram em um processo de monopolização. Para ele, o Estado ocidental moderno foi destituindo outras instâncias de poder — como a Igreja, os senhores feudais, as corporações — dos recursos e instrumentos de poder e violência, ao mesmo tempo em que assumia o poder militar, o poder de tributar, estabelecia a língua oficial, os sistemas de medidas e, claro, uma ordem jurídica, além de concentrar processos que anteriormente eram julgados por outras instituições, como a justiça dos senhores de terras, da Igreja, etc. O Estado também passou a fornecer as condições de existência para um mercado nacional por meio da adoção de uma moeda única,²² de leis que regulam as relações comerciais, etc. “Erst mit der Herausbildung die-

...

21 Tradução livre: “[...] a possibilidade de uma emancipação fundada na consciência e no conhecimento dos condicionamentos sofridos e na imposição de novos condicionamentos concebidos de forma duradoura para contrariar os seus efeitos”.

22 Segundo Bourdieu, “l’idéal des princes féodaux, comme plus tard des rois de France, étant que l’on ne se serve, dans les territoires soumis à leur domination, que de leur monnaie, prétention qui ne sera réalisée

ses beständigen Monopols der Zentralgewalt und dieser spezialisierten Herrschaftsapparatur nehmen die Herrschaftseinheiten den Charakter von »Staaten« an”²³ (ELIAS, 1997, p. 152).

O Estado ocidental moderno se estrutura, portanto, a partir da necessidade de afirmar sua existência e seu poder diante de outras instituições que negavam sua independência. E o advento desse novo modelo de Estado possibilita também a noção de Constituição como é compreendida hoje.²⁴ Sobre isso, sempre é válido lembrar o célebre art. 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabelece: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”²⁵ (FRANCE, 1789). A partir daí se consolida progressivamente a

...

que sous Louis XIV”. Minha interpretação: “o ideal dos príncipes feudais, e depois, dos reis da França, era que nos territórios sujeitos à sua dominação, apenas sua moeda fosse utilizada, uma pretensão que só se realizou sob Luís XIV”.

- 23 Tradução livre: “Somente com o desenvolvimento desse monopólio permanente do poder central, e do aparato especializado de governo, é que os domínios assumem o caráter de ‘Estados’”. Em sentido análogo, Georg Jellinek (1914, p. 440), para quem “der moderne Staat ist von den antiken Staaten scharf geschieden dadurch, daß er sich anfangs von verschiedenen Seiten bestritten fand, sein Dasein sich daher erst in schwerem Kampfe erringen mußte. Drei Mächte sind es, die im Laufe des Mittelalters seine Selbständigkeit bestreiten. Zunächst die Kirche, welche den Staat zu ihrem Diener zwingen will, sodann das römische Reich, das den Einzelstaaten nur die Geltung von Provinzen zuerkennt, endlich die großen Lehnsträger und Körperschaften im Staate, die sich als selbstberechtigte Mächte neben und gegenüber dem Staate fühlen”. Tradução livre: “O Estado moderno se diferencia radicalmente dos Estados anteriores pelo fato de que, desde o início, ele foi combatido por vários lados e, portanto, sua existência teve de ser afirmada em uma luta difícil. É o poder de três potências que, no curso da Idade Média, negaram sua independência. Primeiro a Igreja, que quis colocar o Estado a seu serviço; depois o Império Romano, que quis reconhecer aos estados apenas o valor de províncias; por fim, os nobres e as corporações que se sentiam como poderes independentes do Estado e à sua frente”.
- 24 Não se trata aqui de negar a possibilidade de existência de um constitucionalismo antigo – o debate fica em aberto quanto a isso – mas de reconhecer a existência de um *constitucionalismo moderno*. Para Horst Dippel (2009), seriam dez os princípios que caracterizam o constitucionalismo moderno: 1) soberania popular; 2) fundamentação da Constituição em princípios universais; 3) uma declaração de direitos; 4) governo representativo, ampliando a legitimidade e prevenindo a corrupção e o governo aristocrático; 5) supremacia da Constituição; 6) separação de poderes; 7) governo limitado; 8) exigência de responsabilidade política e de um governo (dever de prestar contas); 9) independência e imparcialidade judicial; 10) o direito das pessoas de reformar a Constituição e o governo. Ainda de acordo com Dippel (2009), a *Virginia Declaration of Rights* de 1776 foi o primeiro documento constitucional em que esses dez princípios aparecem todos juntos.
- 25 Tradução livre: “Qualquer Sociedade na qual a garantia dos Direitos não esteja assegurada, nem esteja estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição”.

ideia moderna de Constituição como documento que contém a estruturação e a organização dos elementos fundamentais da sociedade organizada na forma de Estado,²⁶ e, como já foi dito, o papel da Constituição progressivamente se desloca das normas de estrutura e organização do Estado para as de direitos fundamentais.

A modernidade e os seus desdobramentos posteriores também trazem a consubstanciação progressiva das ideias de rigidez e supremacia da Constituição. Por conter a organização fundamental da sociedade e os direitos fundamentais, a Constituição deve ser hierarquicamente superior às demais leis. Isso vem a ser representado, já no século XX, na metáfora da pirâmide normativa, erroneamente atribuída a Kelsen, pois seu criador, na realidade, teria sido Adolf Merkl (BERRÓN, 1972, p. 137; OKLOPCIC, 2018, p. 282).

A rigidez constitucional, por sua vez, demanda a necessidade de mecanismos de controle de constitucionalidade, e aqui entra a versão mais amplamente divulgada da história: o controle de constitucionalidade teria se iniciado com o célebre caso *Marbury v. Madison* nos Estados Unidos, a partir do qual se estabelece o *modelo difuso* de controle de constitucionalidade, e Kelsen seria responsável pela criação do *modelo concentrado*, instalado inicialmente na Constituição da Áustria, em 1920.²⁷

Essa versão “oficial” predomina na cultura jurídica brasileira. Aparece em manuais, por exemplo, no de Alexandre de Moraes (2020), onde se lê que foi “Hans Kelsen, criador do controle concentrado de constitucionalidade”. É significativo, a propósito, que não se trata apenas de mais um manual, escrito por um jurista qualquer, mas de um manual escrito por alguém que lecionou na Universidade de São Paulo, em um dos cursos de Direito mais tradicionais do Brasil, e que atualmente é ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Também se faz presente na dogmática jurídica, como no livro do também ministro do STF, Luís

...

26 Para Canotilho (2003, p. 52, grifo do autor), “o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*. Este conceito de Constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental”. Ainda conforme Canotilho (2003, p. 88), “o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é reiteradamente citado para identificar o ‘núcleo duro’ de uma constituição em sentido moderno”.

27 Quanto ao controle difuso, ainda que não seja o tema do presente artigo, é importante lembrar que *Marbury v. Madison* não foi o primeiro caso em que houve o controle de constitucionalidade de uma lei nos Estados Unidos (GONÇALVES e TEIXEIRA, 2015).

Roberto Barroso (2012, p. 41), para quem “Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929”. E faz-se presente, claro, em trabalhos mais propriamente acadêmicos, em teses e dissertações, como a de Newton de Oliveira Lima (2009, p. 23) e a de Regina Tamami Hirose (2010, p. 61), que atribuem a Kelsen a criação do controle concentrado. A mesma versão oficial é encontrada em artigos publicados em periódicos relevantes, como o estudo de Alexandre Bahia (2004, p. 88), em que se lê que “o trabalho de Kelsen é um referencial não só pela grandeza de suas teses, mas também porque foi justamente ele o criador do controle concentrado”.

Trata-se, portanto, da visão de mundo dominante, e integra o *habitus* jurídico (BOURDIEU, 1980), faz-se presente nas atitudes (THOMAS e ZNANIECKI, 1918) e nos engramas (SEMON, 1908) dos juristas. Ela condiciona, portanto, a percepção, a apreciação e a ação no mundo quando se trata de controle de constitucionalidade, mas até onde ela de fato corresponde à realidade? É certo que Kelsen teorizou sobre o controle concentrado e criou a célebre tese do *legislador negativo*. Para ele, a possibilidade de uma lei criada por um parlamento democraticamente eleito ser anulada era um antagonismo e uma restrição considerável ao poder daquele parlamento. Então, ele propôs a ideia de um *tribunal constitucional*, que poderia ter a competência exclusiva de analisar a constitucionalidade das leis e *subtrair* do ordenamento aquelas que fossem inconstitucionais, e, a fim de mitigar o antagonismo entre os dois órgãos, sugeriu que os membros do tribunal constitucional poderiam ser eleitos pelo próprio parlamento (KELSEN, 1949). Kelsen foi sensível, portanto, à tensão entre Constituição e democracia – mencionada no início do presente artigo – e buscou conceber mecanismos para minimizá-la.

Os outros tribunais, aos quais caberia aplicar a lei ao caso concreto, teriam o direito de acionar o tribunal constitucional diante de um incidente de inconstitucionalidade. Para Kelsen (1949, p. 268), portanto, “[t]he annulment of a law is a legislative function, an act – so to speak – of negative legislation. A court which is competent to abolish laws – individually or generally – functions as a negative legislator”.²⁸

Cabe aqui um parêntese. Embora a preocupação democrática seja louvável, a tese do legislador negativo é questionável. Se uma lei torna determinada conduta ilícita, isto é, estabelece que a conduta não deve ser praticada, sob pena de determinada sanção, e tal lei vem a ser anulada pelo tribunal constitucional, a conduta passa automaticamente a ser lícita, ou seja, o *não* foi substituído pelo *sim*. O próprio Kelsen pode ter feito certa concessão nesse sentido

...

28 Tradução livre: “A anulação da lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa. O tribunal que é competente para abolir as leis – de forma individual ou geral – funciona como um legislador negativo”.

ao dizer que a função do legislador negativo se assemelha à dos demais tribunais e que, em pequena medida, ele cria o direito:

[...] i potere del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece completamente stabiliti dalla costituzione. E proprio per ciò questa funzione somiglia a quella di un qualunque altro tribunale; essa è principalmente applicazione e solo in misura esigua creazione del diritto, e quindi è veramente giurisdizionale.²⁹ (KELSEN, 1981, p. 174)

Essa tese do legislador negativo trouxe algumas consequências intrigantes, pois, se o que o tribunal constitucional faz é retirar a lei do ordenamento, então, embora inconstitucional, ela foi válida por algum tempo; no entanto, na perspectiva da teoria pura de Kelsen, uma lei somente pode ser válida fundamentada na Constituição. O próprio Kelsen analisou essa aparente contradição, e seu entendimento sobre a questão parece ter oscilado ao longo do tempo (KELSEN, 1949 e 1981; GRANT, 1963).

Essa questão será retomada oportunamente; por ora, basta observar que Kelsen teorizou sobre o tribunal constitucional, e suas ideias certamente foram influentes, mas será que ele é realmente o *criador* do controle concentrado de constitucionalidade? Teria ele criado o controle concentrado *ex nihilo*? Seria uma espécie de *Demiurgo* que, a partir do caos existente, teria criado um tribunal constitucional organizado, ou, pior, seria ele o responsável pelos problemas da jurisdição constitucional? Houve, na América Latina, alguma experiência constitucional que possa ser considerada precursora no controle concentrado de constitucionalidade? As linhas que se seguem pretendem lançar alguma luz sobre essas questões.

4. O SURGIMENTO DO CONTROLE CONCENTRADO NA AMÉRICA LATINA

Identificar as reais origens do controle de constitucionalidade é uma tarefa difícil, até mesmo porque, eventualmente, vai haver divergência sobre o que se entende por *constituição*, *controle*, e como isso se transformou ao longo do tempo — *vide* o que foi mencionado anteriormente sobre as evoluções históricas. Sobre as origens do *judicial review*, Gonçalves e Teixeira (2015) identificam contradições e versões divergentes nos discursos sobre as origens da Constituição e sobre o controle nos Estados Unidos.

...

²⁹ Tradução livre: “[...] os poderes do legislador negativo, do órgão da justiça constitucional, são, por sua vez, completamente estabelecidos pela constituição. E precisamente por isso essa função se assemelha à de qualquer outro tribunal; é principalmente de aplicação, e apenas em pequena medida de criação do direito e, portanto, é verdadeiramente judicial”.

Mesmo a delimitação do estudo no Estado ocidental moderno — *vide* o que foi abordado anteriormente — não é capaz de evitar a dificuldade de identificar a pedra angular do controle concentrado. Gonçalves e Teixeira lembram que existiram propostas, como o Consistório no Reino de Aragão (na Espanha), ainda no século XIII, que já exerceria algum controle sobre as leis, e o *instrument of government* de Cromwell de 1653 — que Esmein (1921) considera o protótipo da Constituição estadunidense —, que já continham dispositivos que dispunham sobre a invalidação de leis que lhes contrariassem, mas que não surtiram efeitos práticos. Também não podemos olvidar a proposta de Sieyès ao constituinte de 1795 de criação de um *jurie constitutionnaire* que julgaria as violações à Constituição, uma ideia inicialmente rejeitada. Depois, foi instituído o *Sénat conservateur*, cujos membros eram selecionados de acordo com a vontade de Napoleão, e que acabou sendo um “corpo sem vida” (BARROSO, 2012, p. 64; ESMEIN, 1921, p. 536-537).

Essas — entre outras — são iniciativas que não vingaram e que não são reconhecidas como originadoras do controle concentrado. É significativo, aliás, que Barroso dedique ao *jurie constitutionnaire* apenas uma nota de rodapé, e diga, como já foi visto, que a introdução do controle de constitucionalidade na Europa seja obra de Kelsen (BARROSO, 2012, p. 41 e 64). Isso não significa, evidentemente, que tais experiências não possam ter contribuído para a construção posterior do controle de constitucionalidade. Não seria sem sentido supor que tenham permanecido ao menos como memórias subterrâneas³⁰ e possam ter inspirado experiências posteriores, inclusive na América Latina. Basta pensar que Simón Bolívar — de quem trataremos adiante — estudou na Espanha e dominava a língua francesa, então existe a possibilidade de que ele tenha tomado conhecimento de alguma dessas tentativas de afirmação da supremacia da Constituição.³¹

De todo modo, quando falamos de experiências efetivas de controle concentrado de constitucionalidade, precisamos olhar para a América Latina. O *Estado Libre e Independiente de Cundinamarca* foi uma República que existiu de 1810 a 1816 no território que hoje é correspondente ao departamento de Cundinamarca,³² na Colômbia (BAQUERO, 2006; GAVIRIA, 2017; MCGREEVEY, 2015). Em 4 de abril de 1811, foi promulgada a sua *Constitución*, que já estabelecia o *Senado de censura y protección*, composto de cinco membros, com a tarefa de zelar

...

³⁰ As “*mémoires souterraines*” (POLLAK, 1993, p. 18 *et seq.*) são aquelas que se opõem à memória oficial, são lembranças coletivas que não são ditas ou que são impossíveis de serem narradas por não possuírem reconhecimento e legitimação social.

³¹ Seria possível falar, ainda, nos debates estadunidenses em torno da supremacia da Constituição e do controle de constitucionalidade, os quais certamente foram impactados pelas experiências constitucionais europeias anteriores, e exerceram influência na América Latina.

³² A Colômbia é um Estado Unitário descentralizado em 32 departamentos e o distrito capital, que é Bogotá.

pela Constituição e pelos direitos do povo, e que poderia, *ex officio* ou mediante provocação de qualquer cidadão, atuar diante de qualquer ato contrário à Constituição, praticado por quaisquer dos poderes. Importante observar que, apesar de se chamar *Senado*, trata-se de um órgão integrante da estrutura do Judiciário,³³ e não do Legislativo (SEGADO, 1999).

Dito de outra maneira, mais de um século³⁴ antes da Constituição da Áustria de 1920 e cerca de 70 anos antes de Kelsen ter nascido,³⁵ portanto, a *Constitución de Cundinamarca* previu uma forma de controle concentrado de constitucionalidade, inclusive a ação era direta, pública e aberta aos cidadãos. Embora a independência de Cundinamarca tenha sido breve, o controle concentrado na Colômbia não foi uma experiência fugaz, pois, como observa James Allan Clifford Grant (1963), em 1850 qualquer cidadão poderia acionar a Suprema Corte visando à anulação de uma lei provincial que conflitasse com a Constituição. Sobre isso, Segado (1999, p. 432-433) observa que

[l]a Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, de 22 de junio de 1850, encargaba a la Suprema Corte de Justicia de Colombia el conocimiento de las causas directas, abiertas y ciudadanas contra las normas de las cámaras provinciales y de los cabildos parroquiales, por razones de inconstitucionalidad. Los efectos del fallo declaratorio de la inconstitucionalidad se proyectaban *erga omnes*, pues lo que se solicitaba era la anulación de la norma inconstitucional, no su mera inaplicación.³⁶

Essa *ação popular direta de inconstitucionalidade* – não é exagero chamá-la assim – viria a ser inserida na Constituição colombiana em 1910, uma década antes, portanto, da Constituição austríaca. E o controle concentrado colombiano foi de fato empregado, pois, como observa

...

33 “Artículo 3. El primer Tribunal de la Provincia, preferente a todos los demás, es el Senado; después siguen los de apelación; últimamente entran los Jueces de Primera Instancia con sus municipalidades, y los pedáneos con las pequeñas municipalidades que debe haber en todo poblado por pequeño que sea” (CUNDINAMARCA, 1811). Tradução livre: “Artigo 3. O primeiro Tribunal da Província, superior a todos os outros, é o Senado; em seguida vêm os Tribunais de Apelação; por último, entram os Juízes de Primeira Instância com suas municipalidades, e os juízes de bairro com as pequenas municipalidades que devem existir em todas as localidades, por menores que sejam”.

34 Cento e nove anos e cinco meses, para ser preciso.

35 Kelsen nasceu em 11 de outubro de 1881.

36 Tradução livre: “A Lei Orgânica do Regime Administrativo e Municipal, de 22 de junho de 1850, confiou ao Supremo Tribunal de Justiça da Colômbia o conhecimento de casos diretos, abertos e cidadãos, contra as normas das câmaras provinciais e juntas de freguesia, por razões de inconstitucionalidade. Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade foram projetados *erga omnes*, pois o que se pedia era a anulação da norma inconstitucional, e não a sua mera não aplicação”.

Grant (1963, p. 61), em 50 anos “[l]a Corte ha conocido de casi doscientas de esas acciones y en más de una cuarta parte el actor ha logrado obtener la anulación de toda la ley impugnada, o de porciones de ella”.³⁷

Em 1858, a Venezuela teve sua sexta Constituição, produto da *Revolución de Marzo*, a qual foi, segundo Rafael Arráiz Lucca (2013, p. 279), a primeira carta constitucional democrática do país, tendo instituído o voto direto para presidente, deputados e governadores, além de conter vedação ao nepotismo. Tal Constituição trazia, em seu art. 113, item 8, a competência da Corte Suprema para “[d]eclarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas provinciales, a pedido de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución” (VENEZUELA, 1858). Trata-se, portanto, da previsão constitucional de um controle concentrado de constitucionalidade, positivado na forma de ação popular direta de inconstitucionalidade. Mais uma vez, antes do nascimento de Kelsen.

Outro país que merece lembrança é a Bolívia. A *Constitución Política de 1880* incluiu uma previsão ainda mais ampla do que a ação popular venezuelana ao acrescentar nas competências da Corte Suprema “[c]onocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones” (BOLÍVIA, 1880). A referida Corte Suprema adotou, entretanto, uma interpretação no sentido de que sua jurisdição seria aplicável apenas quando um interessado trouxesse um incidente de inconstitucionalidade em um caso concreto (GRANT, 1963; SEGADO, 1997 e 1999). Isso fez com que houvesse *concentração* do controle de constitucionalidade na Corte Suprema, mas tal controle não se dava *in abstracto*.

Também na Bolívia, surgiu mais um importante antecedente teórico do controle concentrado. Em 25 de maio de 1826, 55 anos antes do nascimento de Kelsen – que nasceu em 11 de outubro de 1881 – Simón Bolívar, em sua mensagem ao Congresso Constituinte da Bolívia, observou a necessidade de um órgão, chamado de *Cámara de Censores*, que tinha, entre outras competências, a de *garantir que o Governo cumpra e faça cumprir a Constitución*. A proposta de Bolívar foi adotada pela *Constitución Política de 1826*, de 19 de novembro de 1826 (BOLÍVAR, 2009, p. 279; BOLÍVIA, 1826; QUINTEROS, 1894; SEGADO, 1999; URBINA, 2000). Ainda que não possa ser considerado um *legislador negativo*, cuja única função seria retirar leis inconstitucionais do ordenamento, é notável que a guarda da Constituição tenha sido concentrada em um órgão específico.

Ainda na Bolívia, a *Constitución Política de 1831* estabeleceu que competia ao *Consejo de Estado* velar pela observância da Constituição e informar ao Legislativo as infrações cometidas contra ela (BOLÍVIA, 1831; SEGADO, 1999; ASBUN, 2003). Não era um órgão destinado a

...

³⁷ Tradução livre: “O Tribunal já ouviu falar de quase 200 dessas ações e em mais de um quarto o autor conseguiu obter a anulação de toda a lei impugnada, ou partes dela”.

subtrair leis inconstitucionais do ordenamento, e, sobre isso, Jorge Asbun observa que, mais do que propriamente controlar a constitucionalidade, o objetivo do *Consejo* era funcionar como um mecanismo de equilíbrio político entre os órgãos de governo. É digno de nota que a violação da Constituição acarretava, entre outras sanções, a perda do cargo (ASBUN, 2003; BOLÍVIA, 1831). Também é interessante observar que os membros do *Consejo* eram indicados pelo Legislativo, como viria a sugerir Kelsen para o tribunal constitucional.

Diante de tudo o que foi visto nas linhas anteriores, é possível afirmar que as Américas, e a América Latina em particular, pouco ou nada devem à Europa em termos de controle de constitucionalidade,³⁸ uma vez que o controle concentrado e o controle abstrato têm antecedentes por aqui, e mesmo a ideia de um órgão especial com a atribuição de controlar a constitucionalidade das leis tem seus antecedentes na *Cámara de Censores* e no *Consejo de Estado*. Embora essas experiências de controle de constitucionalidade tenham acontecido em países – literalmente – vizinhos ao Brasil, essas informações permanecem, entretanto, como uma espécie de memória subterrânea, são desconhecidas ou não são lembradas pelos juristas, que permanecem fiéis à versão oficial. Essa questão será retomada nas considerações finais; por ora, é importante abrir um parêntese para discutir brevemente se Kelsen teve, afinal de contas, alguma importância.

5. E, AFINAL, QUAL A IMPORTÂNCIA DE KELSEN?

Considerando que tantas das inovações atribuídas a Kelsen já existiam aqui na América Latina, a pergunta que surge invariavelmente é: teria Kelsen copiado ou ao menos se inspirado nas experiências latino-americanas? Difícil responder. Se, por um lado, mesmo com as dificuldades decorrentes dos meios de comunicação da época, algumas dessas ideias devem ter sido noticiadas na Europa, por outro lado, há a barreira linguística. Kelsen provavelmente não era capaz de ler em castelhano, ao menos não à época em que formulou sua tese do *legislador negativo*.³⁹

...

³⁸ Grant (1963, p. 69) faz uma afirmação semelhante: “Las Américas han tenido poco que aprender de los experimentos de Europa en los años posteriores a las dos guerras mundiales. La principal contribución de los experimentos llevados a cabo en Austria, España, etc. fue el uso de una corte constitucional especial más bien que el empleo normal de la Corte Suprema, medida de valor dudoso, que no ha logrado abrirse paso en este hemisferio”. Discordando parcialmente do que ele disse, é necessário observar, entretanto, que mesmo o estabelecimento de órgãos que concentravam a competência de controlar a constitucionalidade, ou a ideia de os membros de tais órgãos serem indicados pelo Legislativo, já haviam sido empregados na América Latina.

³⁹ Em 1949, comentando a sua polêmica com Kelsen, Carlos Cossio (1949, p. 188-189) registrou que “[u]na de las preguntas naturales que se hicieron a Kelsen desde el primer momento, era si leía y comprendía el castellano, con objeto de apreciar la amplitud de sus lecturas egológicas. La respuesta de los

De toda forma, não seria prudente – em verdade, seria temerário – afirmar que a teoria de Kelsen é uma cópia da jurisdição constitucional latino-americana. O que é possível afirmar é que aqui na América Latina, muitas décadas antes de Kelsen nascer, já havia ideias sofisticadas e experiências concretas sobre o controle concentrado de constitucionalidade. Mais do que isso, o controle concentrado latino-americano resolveu um dos problemas que a teoria de Kelsen viria a enfrentar: trata-se da já mencionada contradição que reside no fato de como a lei inconstitucional pode ter sido válida por algum tempo.

Segundo Grant (1963), no modelo europeu proposto por Kelsen, as leis deveriam ser consideradas válidas até serem declaradas inconstitucionais pelo tribunal constitucional, uma ideia que não foi aceita nas Américas. Ainda que às vezes seja problemático dar efeito retroativo – *ex tunc* – às decisões que declaram inconstitucionalidade, essa é a forma adequada de proteger as garantias constitucionais, e, ainda de acordo com Grant (1963, p. 69-70), “Kelsen se viu obrigado a abandonar esta medida *profuturo* para hacer su sistema practicable”.⁴⁰

De fato, em seu estudo sobre a jurisdição constitucional na Constituição austríaca, publicado originalmente em 1923, Kelsen (1981) diz que na decisão do tribunal constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) os efeitos são fundamentalmente *ex nunc* – não retroativos – e os atos já realizados com base na lei não são afetados pela anulação, ou seja, a lei inconstitucional, que até então era válida, é anulada pelo tribunal. Por outro lado, em trabalho publicado cinco anos depois, Kelsen (1981, p. 195) parece repensar a questão, observando que certo efeito retroativo da anulação é uma “nécessité technique”.⁴¹

A segunda edição da teoria pura do direito (*Reine Rechtslehre*) de 1960, entretanto, parece voltar ao entendimento inicial. Nela, Kelsen registra que dizer que uma lei válida é inconstitucional é uma contradição (“*contradictio in adjecto*”), visto que uma lei só pode ser válida com base na Constituição, então a declaração de inconstitucionalidade não pode ser interpretada literalmente, mas no sentido de uma revogação, e, enquanto tal declaração não acontece, a lei deve ser considerada válida: “So lange es aber nicht aufgehoben ist, muß es als gültig angesehen werden; und so lange es gültig ist, kann es nicht verfassungswidrig sein”⁴² (KELSEN, 1992, p. 275).

...

primeros días fué invariablemente que, dado el interés que tenía por la Teoría Ecológica, lamentaba mucho no conocer nuestro idioma, pero que ya estaba muy viejo para ponerse en la pesada tarea de comenzar a aprenderlo”.

⁴⁰ Tradução livre: “Kelsen se viu obrigado a abandonar esta medida profuturo [*ex nunc*] para que seu sistema fosse praticável”.

⁴¹ Ambos os trabalhos foram vertidos para o italiano e republicados conjuntamente em *La giustizia costituzionale*, de 1981.

⁴² Tradução livre: “Enquanto não for revogada, entretanto, deve ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional”.

Talvez esse caráter de anulação posterior possa ser considerado, sem exagero, o rasgo distintivo entre a teoria de Kelsen e a tendência dominante na América Latina no que concerne ao controle concentrado. No restante, as principais ideias de Kelsen encontram construções homólogas prévias na história constitucional latino-americana. Dito de outro modo, ainda que tenhamos internalizado em nossos *habitus*/nossas atitudes que Kelsen criou o controle concentrado, isso não corresponde ao que de fato ocorreu.

De toda forma, ainda que não tenha sido de fato o primeiro a conceber o controle concentrado de constitucionalidade, isso não diminui a importância de Kelsen, que pode ser considerado o jurista mais prestigiado do século XX,⁴³ e suas ideias tiveram notável influência no Brasil. Basta lembrar que foi solicitado a Kelsen um parecer legitimando a Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1933-1934 (TORREZAN, 2009; LOSANO, 2016), inclusive, Kelsen foi citado por grande parte dos deputados, o que demonstra a presença das suas ideias na Constituinte em si (SIQUEIRA, FERREIRA e LIMA, 2016) e mais uma vez confirma a sua importância, mas também pode ser visto como um atestado da colonização cultural na Constituinte.

A influência de Kelsen permanece ao longo do tempo, inclusive chega a se acentuar no Brasil, pois, conforme observa Nelson Saldanha (1998, p. 8), apesar de “a partir da década de 60 seu influxo ter decaído em todo o mundo, a presença do kelsenismo acentuou-se depois do golpe de 1964, provavelmente porque o formalismo metodológico eximia os professores de pronunciamentos politicamente comprometedores”. Tal influência permaneceu e manifestou-se, inclusive, na Constituinte de 1987-1988, quando a obra de Kelsen foi citada em matéria de controle de constitucionalidade, como se pode observar, por exemplo, nos trabalhos da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições e de suas subcomissões⁴⁴ (BRASIL, 1987-1988).

Com isso, temos subsídios para compreender as razões pelas quais se repete tanto que Kelsen foi o criador do controle concentrado, isso integra a doxa do campo jurídico brasileiro. As pessoas realmente acreditam nisso, é algo que está intimamente relacionado aos seus *habitus*, às predisposições adquiridas ao longo de sua vida, às suas crenças e cognições, permeadas pela afeição à cultura europeia e pelo desinteresse pela história dos demais países latino-americanos. A colonização cultural, ainda hoje muito forte, produz a atitude de olhar para a Europa em detrimento dos países vizinhos.

...

⁴³ João Maurício Adeodato (2006), por exemplo, considera Kelsen “o maior jurista do século XX”.

⁴⁴ Há registro de elogios a Kelsen e atribuição da criação do controle concentrado a ele, como nessa manifestação de Sepúlveda Pertence, que à época era Procurador-Geral da República – e que viria a ser ministro do STF – e foi convidado para ministrar uma preleção aos constituintes: “[...] o sistema concentrado do Conselho de Constitucionalidade, chamado sistema austríaco, em homenagem à Constituição da Áustria de 1920, que é a sua primeira sistematização devida ao gênio de Hans Kelsen” (BRASIL, 1987-1988).

CONSIDERAÇÕES FINAIS: POR UMA SOCIOANÁLISE DO *HABITUS*

Nas linhas anteriores, foi visto como a jurisdição constitucional se encontra no centro da tensão entre Constituição e democracia, e a importância de revisitar as origens e desmistificar lugares-comuns sobre o controle de constitucionalidade, evidenciando que, nesse percurso, não seria feita uma *evolução histórica*, prática que reproduz um modo de pensar antiquado e constrói um discurso sem correspondência com o real, cujo efeito concreto é legitimar determinadas teses, não raro, enviesadas e eurocêtricas. Em seguida, foi visto como esse modo de proceder não é inteiramente refletido, no sentido de que não se trata de uma decisão consciente e racional, e, para compreender como isso se dá, foram revisitados os conceitos de engrama, atitude e, principalmente, de *habitus*, como esquemas de percepção, apreciação e ação no mundo.

A partir daí, foi possível revisitar a versão “oficial” do surgimento do controle concentrado de constitucionalidade e demonstrar como ela faz parte do *habitus jurídico*, uma vez que, na realidade, o referido controle concentrado surgiu na América Latina, em diversas experiências constitucionais ocorridas em Cundinamarca (hoje Colômbia), Venezuela e Bolívia. Isso nos levou a concluir que, em termos de inovação e pioneirismo no controle de constitucionalidade, a América Latina nada deve à Europa, mas essas informações permanecem como uma memória subterrânea.

Então, o que fazer em relação a isso tudo? Também já foi mencionado que não se trata apenas de decidir romper com a colonização, porque ela está inscrita no *habitus*, e por essa mesma razão também pode não ser de grande valia elaborar alguma nova teoria, já que não há garantia de que ela possa ter efeitos decolonizadores, nem sequer na pessoa que a cria; mas isso não significa também que o caminho esteja na resignação, existe a possibilidade da *socioanálise*.

A socioanálise pode ser pensada em, ao menos, duas perspectivas interdependentes: a primeira, muito importante, relaciona-se à vigilância epistemológica e à objetivação do sujeito objetivante, no sentido de que o pesquisador não está no vácuo social, ele ocupa uma posição em um campo de saber, em um contexto social mais amplo, etc., isto é, a pessoa sempre fala de algum lugar. A segunda perspectiva refere-se ao potencial que o processo de construção do conhecimento e de desvelamento das origens e dos desenvolvimentos dos fatos sociais possui para desnaturalizar certas coisas e relações sobre as quais não se costuma refletir.

Tomando como exemplo o tema do presente artigo, pode parecer natural ao jurista que esteja redigindo um manual ou trabalho acadêmico fazer uma *evolução histórica* e nela escrever que o controle concentrado foi criado na Áustria, por Kelsen, quando, na realidade, esse tipo de controle já havia surgido na América Latina várias décadas antes. E para descobrir isso é necessário desenvolver a disposição para reflexionar não apenas sobre os lugares-comuns, mas sobre o próprio modo como eles parecem *naturais* e a própria forma como se escreve sobre os institutos no Direito, em um esforço de pesquisa voltado para a construção de um conhecimento rigoroso.

Loin de ruiner les fondements de la science sociale, la sociologie des déterminants sociaux de la pratique sociologique est le seul fondement possible d’une liberté possible par rapport à ces déterminations. Et c’est seulement à condition qu’il s’assure le plein usage de cette liberté en se soumettant continuellement à cette analyse que le sociologue peut produire une science rigoureuse du monde social qui, loin de condamner les agents à la cage de fer d’un déterminisme rigide, leur offre les moyens d’une prise de conscience potentiellement libératrice.⁴⁵ (BOURDIEU, 1992, p. 185)

Portanto, quem se propõe a fazer pesquisa precisa aplicar sobre si próprio os instrumentos de análise de que dispõe para analisar o mundo social, ou, dito de outra forma, não se trata de analisar rigorosa e criticamente apenas o objeto de pesquisa, mas também o próprio pesquisador, seus *penchants*, as constrictões que sofre, etc., e isso, longe de ser uma postura cientificista ou de conduzir determinismo fatalista, é um instrumento de libertação.

Os esquemas de percepção, apreciação e ação são duráveis, não imutáveis, “not only can habitus be practically transformed (always within definite boundaries) by the effect of a social trajectory leading to conditions of living different from initial ones, it can also be controlled through awakening of consciousness and socioanalysis”⁴⁶ (BOURDIEU, 1990, p. 116). Ou, dito de maneira bastante direta, e parafraseando livremente⁴⁷ o próprio Bourdieu (2006, p. 115) no encerramento de sua homenagem póstuma a Michael Pollak, é possível dizer que o conhecimento realmente é um instrumento privilegiado de libertação.

...

⁴⁵ Tradução livre: “Longe de arruinar os fundamentos da ciência social, a sociologia dos determinantes sociais da prática sociológica é a única base possível para uma possível libertação dessas determinações. E é somente com a condição de assegurar o pleno uso dessa liberdade submetendo-se continuamente a essa análise que o sociólogo pode produzir uma ciência rigorosa do mundo social que, longe de condenar os agentes à gaiola de ferro de um determinismo rígido, oferece-lhes os meios de uma consciência potencialmente libertadora”.

⁴⁶ Tradução livre: “[...] não apenas o *habitus* pode ser praticamente transformado (sempre dentro de limites definidos) pelo efeito de uma trajetória social que conduz a condições de vida diferentes das iniciais, como também pode ser controlado pelo despertar da consciência e pela socioanálise”.

⁴⁷ Na passagem parafraseada, Bourdieu diz isso referindo-se a Pollak: “Toda la vida de Michael Pollak testimonia su convicción acerca de que el conocimiento es un instrumento privilegiado de liberación”.

AGRADECIMENTOS

O autor agradece aos pareceristas anônimos da Revista Direito GV pelas valiosas contribuições para o presente artigo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Interpretação do Direito na Escola Retórica do Recife. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 3, 2006. Disponível em: <https://youtu.be/vA23rpGRcxo>. Acesso em: 10 out. 2021.

ALBARRACÍN, Dolores. *The Handbook of Attitudes*. Mahwah: LEA, 2005.

ALLPORT, Gordon W. Attitudes. In: MURCHISON, Carl (ed.). *A Handbook of Social Psychology*. Worcester: Clark University Press, 1935. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/504017054/Gordon-W-Allport-Attitudes-1935-Murchison-s-handbook-of-social-psychology-chapter>. Acesso em: 26 set. 2021.

ASBUN, Jorge. El control de constitucionalidad en Bolivia: evolución y perspectivas. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, [s.l.], n. 7, p. 7-28, 2003. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50665>. Acesso em: 23 maio 2021.

AUGOSTINOS, Martha; WALKER, Iain. *Social Cognition: An Integrated Introduction*. Londres: Sage Publications, 1995.

BACHELARD, Gaston. *Le rationalisme appliqué*. Paris: Presses Universitaires de France, 1966.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*, [s.l.], v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1009>. Acesso em: 9 maio 2021.

BAQUERO, Luis Enrique Rodríguez *et al.* *Historia de Colombia*. Bogotá: Taurus, 2006. Não paginado (e-book Kindle).

BARGH, John A.; CHARTRAND, Tanya L. The Unbearable Automaticity of Being. *American Psychologist*, Nova York, v. 54, n. 7, p. 462-479, jul. 1999. Disponível em: https://acmelab.yale.edu/sites/default/files/1999_the_unbearable_automaticity_of_being.pdf. Acesso em: 21 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERRÓN, Fausto E. Vallado. *Teoría general del derecho*. Cidade do México: UNAM, 1972.

BLOOM, Arnold J. Nutrição mineral. In: TAIZ, Lincoln *et al.* (orgs.). *Fisiologia e desenvolvimento vegetal*. Porto Alegre: Artmed, 2017. p. 119-142.

BOLÍVAR, Simón. *Doctrina del libertador*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2009.

BOLÍVIA. *Constitución Política de 1880, 28 de octubre de 1880*. Disponível em: <https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-18801028.html>. Acesso em: 23 maio 2021.

BOLÍVIA. *Constitución Política de 1831, 14 de agosto de 1831*. Disponível em: <https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-18310814.xhtml>. Acesso em: 23 maio 2021.

BOLÍVIA. *Constitución Política de 1826, 19 de noviembre de 1826*. Disponível em: <https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-18261119-1.xhtml#idp11289840>. Acesso em: 16 maio 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *Homemage a Michael Pollak*. In: POLLAK, Michael. *Memoria, olvido, silencio: la producción social de identidades frente a situaciones límite*. La Plata: Ediciones Al Margen, 2006. p. 113-115.

BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Editorial Desclée de Brower, 2000. Não paginado (*e-book* Kindle).

BOURDIEU, Pierre. Scattered Remarks. *European Journal of Social Theory*, [s.l.], v. 2, n. 3, p. 334-340, 1999. Disponível em: <http://est.sagepub.com/content/2/3/334>. Acesso em: 5 jan. 2022.

BOURDIEU, Pierre. Les fins de la sociologie réflexive (le séminaire de Chicago). In: BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loic. *Réponses: Pour une anthropologie réflexive*. Paris: Seuil, 1992. p. 43-185.

BOURDIEU, Pierre. *In Other Words: Essays Towards a Reflexive Sociology*. Stanford: Stanford University Press, 1990.

BOURDIEU, Pierre. *Le sens pratique*. Paris: Éditions de Minuit, 1980.

BRASIL. Senado Federal. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. 1987-1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em: 30 maio 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTILLO, Francisco Gallego del. *Esquema corporal y praxia: bases conceptuales*. Sevilla: Wanceulen, 2014.

CATES, Hunter Howe. *Oklahoma's Atticus: An Innocent Man and the Lawyer Fought for Him*. Lincoln: University of Nebraska Press, 2019.

CHARTIER, Roger. Pierre Bourdieu e a história. Debate com José Sérgio Leite Lopes. *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, p. 139-182, mar. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/ySBnkYQ8HFq9PMSbc68Cyn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 maio 2021.

COSSIO, Carlos. Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina). *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, tomo 56, p. 835-861, 1949. Disponível em: <http://www.carloscoasio.com.ar/1949-teoria-egologica-y-teoria-pura-balance-provisional-de-la-visita-de-kelsen-a-la-argentina/>. Acesso em: 23 maio 2021.

CUNDINAMARCA. Constitución Política 1811 (Constitución de Cundinamarca). *Sistema Único de Información Normativa*. Disponível em: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/30020108>. Acesso em: 10 out. 2021.

DIPPEL, Horst. *Constitutionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ELIAS, Norbert. *Über den Prozeß der Zivilisation: Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*. Berlin: Suhrkamp, 1997.

ELIAS, Norbert. *Die Gesellschaft der Individuen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987.

ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 1909. Disponível em: <http://archive.org/details/lmentsdedroitco02esmegoog>. Acesso em: 7 set. 2022.

ESPINO, Yamilis Chong. *Evaluación comparativa de la función práxica en pacientes con enfermedad de Alzheimer versus pacientes con enfermedad de Parkinson*. 2009. Tese (Doutorado em Neuropsicologia Clínica) – Faculdade de Medicina, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Ditos & escritos vol. IV: estratégia, poder-saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FRANCE. Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789. *Légifrance*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 9 maio 2021.

GAVIRIA, José Antonio Ocampo (org.). *Historia económica de Colombia*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2017. Não paginado (e-book Kindle).

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. *Poder e direito administrativo: repensando a administração a partir das teorias (pós)estruturalistas do poder*. Itapiranga: Schreiber, 2022.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. *Possibilidades de uma ciência reflexiva no Direito: uma aproximação ao campo das Faculdades de Direito em Recife*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; TEIXEIRA, João Paulo Allain. As evoluções históricas e a “historiografia” dos juristas: reflexões sobre o surgimento do *judicial review*. *Revista de Informação Legislativa*, [s.l.], v. 52, n. 206, p. 137-164, abr./jun. 2015.

GRANT, James Allan Clifford. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Americas a la Ciencia Política (tercera parte). *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*, [s.l.], tomo XIII, n. 49, p. 57-82, jan./mar. 1963.

GUTIÉRREZ, Alicia Beatriz. *Las prácticas sociales: una introducción a Pierre Bourdieu*. Villa María: Eduvim, 2012.

HÉLAN, François. La seconde nature de l’habitus: tradition philosophique et sens commun dans le langage sociologique. *Revue française de sociologie*, [s.l.], v. 28, n. 3, p. 385-416, jul./set. 1987. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1987_num_28_3_2423. Acesso em: 23 maio 2021.

HIROSE, Regina Tamami. *Atos normativos e controle concentrado de constitucionalidade*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

HORKHEIMER, Max. *Gesammelte Schriften – Band 6: Zur Kritik der instrumentellen Vernunft und Notizen 1949-1969*. Frankfurt: S Fischer, 1991.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialektik der Aufklärung*: Philosophische Fragmente. Amsterdam: Querido Verlag N. V., 1947.

JEFFERSON, Thomas. *The Writings of Thomas Jefferson*: Being his Autobiography, Correspondence, Reports, Messages, Addresses, and Other Writings, Official and Private. Washington: Taylor & Maury, 1854. [v. 7]. Disponível em: <https://play.google.com/store/books/details?id=1mIFAAAAQAAJ&rdid=book-1mIFAAAAQAAJ&rdot=1>. Acesso em: 10 jan. 2022.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Berlim: O. Häring, 1914.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*: Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1981.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

LAHIRE, Bernard. De la teoría del habitus a una sociología psicológica. In: LAHIRE, Bernard (coord.). *El trabajo sociológico de Pierre Bourdieu: deudas y críticas*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005. p. 143-180.

LAKOFF, George; JOHNSON, Mark. *Prolosophy in the Flesh*: The Embodied Mind and its Challenge to Western Thought. Nova York: Basic Books, 1999. Não paginado (*e-book* Kindle).

LEIGUARDA, Ramón. Apraxia. In: MICHELI, Federico E. et al. (orgs.). *Tratado de neurología clínica*. Buenos Aires: Editorial Médica Panamericana, 2003.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *La pensée sauvage*. Paris: Plon, 1962.

LIMA, Danilo Pereira. *O Poder Judiciário e a autonomia do Direito*: os entraves ao controle do poder político numa sociedade estamental. 2013. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

LIMA, Newton de Oliveira. *A construction como método concretizador de direitos fundamentais*: aplicação na jurisdição constitucional brasileira. 2009. 257 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009.

LIMA, Samantha. 70% dos jovens de 13 a 15 anos já beberam. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 19 dez. 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1912200920.htm>. Acesso em: 25 maio 2021.

LOSANO, Mario G. O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil – Parecer em alemão, espanhol e italiano. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 624-648, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22957/16496>. Acesso em: 29 maio 2021.

LUCCA, Rafael Arráiz. *Historia política de Venezuela: 1948 a nuestros días*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

MARQUES, José Frederico. *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979. [v. I].

MCGREEVEY, William Paul. *Historia económica de Colombia, 1845-1930*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

MIAILLE, Michel. *Une introduction critique au droit*. Paris: Maspero, 1976.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2020. Não paginado (e-book Kindle).

MORGAN, Lewis H. *Ancient Society: Or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*. Nova York: Henry Holt Company, 1907. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=V2hURbcPp0YC&pg=GBS.PA2>. Acesso em: 26 set. 2021.

MOSSE, George L. *The Crisis of German Ideology: Intellectual Origins of the Third Reich*. Nova York: Schocken Books, 1981.

MOSSE, George L. *La nazionalizzazione delle masse: simbolismo politico e movimenti di massa in Germania (1815-1933)*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1975.

OKLOPCIC, Zoran. *Beyond the People: Social Imaginary and Constituent Imagination*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

OLIVEIRA, Luciano. *Manual de sociologia jurídica*. Petrópolis: Vozes, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PINHONI, Marina. Brasileiros bebem mais que restante do mundo; veja como. *Exame*, 15 jul. 2014. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-bate-o-mundo-na-hora-de-beber-conheca-os-beberroes/>. Acesso em: 8 maio 2021.

POLLAK, Michael. *Une identité blessée: études de sociologie et d'histoire*. Paris: Métailié, 1993.

QUINTEROS, José S. *Derecho Administrativo*. Sucre: [s.n.], 1894. Disponível em: <https://archive.org/details/derechoadminist00quingoog>. Acesso em: 16 maio 2021.

ROCA, Rodolfo Becerra de la. *Reformas constitucionales*. La Paz: Plural, 2006.

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2009.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALDANHA, Nelson Nogueira. Consciência histórica. *Revista Symposium*, Recife, v. 9, n. 2, p. 81-96, jul./dez. 1967.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e princípio da proporcionalidade no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 75-84, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2302>. Acesso em: 25 set. 2021.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. *A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, [s.l.], ano 6, n. 24, p. 163-174, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/664>. Acesso em: 25 set. 2021.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Origens federalistas do controle de constitucionalidade das leis. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)*, Recife, v. 14, p. 139-149, 2004.

SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SEBRAE. *A caça de alambique: um estudo sobre os hábitos de consumo em Goiânia*. [S.l.]: Sebrae, 2019. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/GO/Sebrae%20de%20A%20a%20Z/A%20Cacha%C3%A7a%20de%20Alambique%20-%20Um%20estudo%20sobre%20o%20h%C3%A1bito%20de%20Consumo%20em%20Goi%C3%A2nia.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales. *Derecho PUCP*, n. 52, p. 409-465, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.019>. Acesso em: 16 maio 2021.

SEGADO, Francisco Fernández. Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s.l.], año 17, n. 49, p. 79-118, jan./abr. 1997. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25325redc049088.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

SEMON, Richard Wolfgang. *Die Mneme: als erhaltendes Prinzip im Wechsel des organischen Geschehens*. Leipzig: W. Engelmann, 1908. Disponível em: <https://archive.org/details/diemnemealserha00semo/>. Acesso em: 1º jan. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FERREIRA, Bruna Mariz Bataglia; LIMA, Douglas de Lacerda de. Kelsen na Constituinte brasileira de 1933-1934. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 248-265, 2016.

THOMAS, William Isaac; ZNANIECKI, Florian Witold. *The Polish Peasant in Europe and America: Monograph of an Immigrant Group*. Boston: The Gorham Press, 1918. (Volume I). Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924082469507/mode/2up>. Acesso em: 8 maio 2021.

TORREZAN, Roseli. *O Governo Provisório na Constituinte de 1933/34*. 2009. 292 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

URBINA, Juan Carlos Morón. Bolívar y su propuesta constitucional de 1826. *Derecho PUCP*, [s.l.], n. 53, p. 173-243, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.005>. Acesso em: 16 maio 2021.

VENEZUELA. *Constitución de 1858 (31 de diciembre de 1858)*. Disponível em: https://derechodelacultura.org/wp-content/uploads/2015/02/3_1_1_ven_cn_1858.pdf. Acesso em: 23 maio 2021.

VIANNA NETO, Liszt. *O conceito de Habitus e a obra de Erwin Panofsky: teoria e metodologia da história da arte e da arquitetura na primeira metade do século XX*. 2011. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

WACQUANT, Loïc. Introduction. In: BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. *Réponses: Pour une anthropologie réflexive*. Paris: Seuil, 1992a. p. 13-42.

WACQUANT, Loïc. Toward a Social Praxeology: The Structure and Logic of Bourdieu Sociology. In: BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Cambridge: Polity Press/Blackwell, 1992b. p. 1-59.

WEBER, Max. *Konfuzianismus und Taoismus: Die Wirtschaftsethik der Weltreligionen*. Berlim: Heptagon, 2012. Não paginado (*e-book* Kindle).

WEBER, Max. *Essais sur la théorie de la science (1904-1917)*. Paris: Librairie Plon, 1965. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/classiques/Weber/essais_theorie_science/essais_theorie_science.html. Acesso em: 28 set. 2021.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. As origens latino-americanas do controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2339, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202339>

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE). MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO (UNICAP). BACHAREL EM DIREITO E MESTRANDO EM LETRAS NA UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI (URCA). PROFESSOR DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO.

feitosagoncalves@gmail.com

1 Universidad Nacional del Litoral,
Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales, Santa Fe, Santa Fe,
Argentina

2 Universidad de Buenos Aires,
Facultad de Derecho, Instituto de
Investigaciones Ambrosio L. Gioja,
Buenos Aires, Ciudad Autónoma de
Buenos Aires, Argentina
<https://orcid.org/0000-0002-3877-4517>



La armonización del derecho penal: *treaty crimes* y derecho penal argentino

THE HARMONISATION OF CRIMINAL LAW: TREATY CRIMES AND ARGENTINEAN CRIMINAL LAW

A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: TREATY CRIMES E DIREITO PENAL ARGENTINO

Nicolás Santiago Cordini^{1,2}

Resumen

La internacionalización del derecho penal, entendida como la creación de normas penales a partir de instrumentos de derecho internacional, no es un fenómeno novedoso. Lo peculiar es la dimensión que ha adquirido en la actualidad. En el presente trabajo nos proponemos analizar la armonización penal a través de los llamados “*treaty crimes*”, definidos como el conjunto de tipos penales establecidos en el derecho interno como resultado de una obligación contraída en virtud de una convención internacional. Este fenómeno desafía dos ideas fundantes del derecho penal clásico. En primer lugar, la que aboga que los legisladores son los únicos sujetos soberanos a la hora de la sanción de normas penales y, en segundo lugar, la presunta relación entre el derecho penal y la cultura del respectivo Estado (*Kulturgebundenheit*), idea que contribuía a la limitación ante la (posible) importación de normas penales procedentes de otros sistemas penales. A tal fin, analizamos diversas convenciones internacionales y cómo las obligaciones de criminalizar se han llevado a cabo en el derecho argentino.

Palabras claves

Internacionalización; armonización; tratado; delito; criminalización.

Abstract

The internationalization of Criminal Law, i.e., the creation of criminal rules on the basis of instruments of international law, is not a new phenomenon. What is peculiar nowadays is the dimension that this phenomenon has acquired. In this paper, we propose to analyse criminal harmonization through the so-called “treaty crimes”, defined as the set of criminal offences established in domestic law as a result of an obligation undertaken by virtue of an international convention to define them. This phenomenon challenges two fundamental ideas of classical Criminal Law. The first of these is that national legislators are the only sovereign actors responsible for the punishment and application of Criminal Law. Secondly, the supposed linking of Criminal Law to the culture of the respective state (Kulturgebundenheit) is an idea that served as a restraint against the importation of criminal law from other criminal systems. To this end, we analyse various international conventions and how the obligations to criminalise have been implemented in Argentinean law.

Keywords

Internationalization; harmonization; treaty; crime; criminalization.

Resumo

A internacionalização do direito penal, ou seja, a criação de normas de direito penal com base em instrumentos de direito internacional, não é novidade. O que é peculiar hoje em dia é a dimensão que esse fenômeno adquiriu. Neste artigo, propomos analisar a harmonização penal por meio dos chamados “treaty crimes”, definidos como o conjunto de delitos penais estabelecidos no direito interno como resultado de uma

obrigação assumida em virtude de uma convenção internacional de defini-los como delitos. Esse fenômeno põe em questão pelo menos duas ideias centrais do direito penal clássico. A primeira é que os legisladores e juízes nacionais são sujeitos soberanos responsáveis pela punição e pela aplicação do direito penal. Em segundo lugar, a suposta ligação do direito penal com a cultura do respectivo Estado (Kulturgebundenheit) é uma ideia que serviu como restrição contra a importação do direito penal de outros sistemas penais. Para isso, analisamos várias convenções internacionais e como as obrigações de criminalizar foram implementadas na legislação argentina.

Palavras-chave

Internacionalização; harmonização; tratado; crime; criminalização.

INTRODUCCIÓN¹

El derecho penal clásico es resultante de sistemas jurídicos nacionales, unitarios y cerrados. El derecho penal actual, producto de la globalización económica y de la integración supranacional, es, por el contrario, crecientemente unificado, aunque, simultáneamente, menos garantista (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 81; CEREZO MIR, 2002, p. 54). La internacionalización del derecho penal, entendida como la creación de normas penales, tanto sustantivas como procesales, a partir de instrumentos del derecho internacional, no es un fenómeno novedoso. Lo peculiar es la dimensión que ha adquirido en la actualidad; llevada a cabo a través de diversos mecanismos que van desde la cooperación judicial entre Estados, pasando por la armonización y la aproximación, y cuyo último estadio es la uniformidad de los diversos sistemas penales (CORDINI, 2020, p. 52). La armonización del derecho penal ha impactado de manera disímil en las diversas áreas del derecho penal, siendo acelerada o ralentizada, dependiendo de las agendas políticas, económicas y sociales (PIETH, 2011, p. 461).

Además del debilitamiento de las garantías político-criminales, el fenómeno de la internacionalización desafía dos ideas fundantes del derecho penal clásico. En primer lugar, la que aboga que los legisladores son los únicos sujetos soberanos a la hora de sanción de normas penales (PERRON, 2016, p. 319; DIEZ RIPOLLÉS, 1994, p. 601-602) y, en segundo lugar, la presunta relación entre el derecho penal y la cultura del respectivo Estado (*Kulturgebundenheit*),

...

¹ La investigación que generó este artículo fue realizada y financiada en el marco de la Carrera de Científico Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, República Argentina.

idea que contribuía a la limitación ante la (posible) importación de normas penales procedentes de otros sistemas penales (CORDINI, 2020, p. 52).

En el presente trabajo, nos proponemos analizar la armonización penal a través de los llamados “*treaty crimes*”, definidos como el conjunto de tipos penales establecidos en el derecho interno como resultado de una obligación contraída en virtud de un compromiso internacional. Para tal fin, analizaremos diversas convenciones internacionales y cómo las obligaciones de criminalizar se han llevado a cabo en el derecho argentino.

Desde el punto de vista de la metodología aplicada, se trata de una investigación de análisis cualitativo que busca comprender la aplicación de las definiciones contenidas en tratados internacionales en el sistema penal argentino (*civil law*), receptivo de la teoría del delito de origen alemán. A través de ello, se busca comprender la receptación y las dificultades que conlleva el funcionamiento de estos nuevos tipos delictivos en el derecho interno; en consecuencia, se hará referencia constante a los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law* —en particular al modelo alemán fundante de la teoría del delito— y a los instrumentos internacionales de los que emanan dichos delitos.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “ARMONIZACIÓN PENAL”?

La armonización jurídica es un concepto confuso que esconde realidades múltiples, aunque, en una primera aproximación, puede ser definida como el proceso de modificación de las diferentes legislaciones para mejorar su coherencia y eliminar las inconsistencias entre ellas. Este concepto es objeto de una “variada apreciación en el plano del Derecho penal” (MARACONDA, 2011, p. 351). Infundadamente se identifica la armonización como la uniformidad entre distintas legislaciones, lo que provocaría una integración de los diversos sistemas discordantes. La armonización, por el contrario, es un proceso imperfecto, dado que los sistemas conservan parte de sus diferencias (DELMAS-MARTY, 2011, p. 527-528). Dicho de otro modo:

La armonización supone [...] un mecanismo de interacción de los diversos sistemas penales que se sitúa a mitad de camino entre los extremos de la “cooperación judicial” entre sistemas penales no integrados que permanecen independientes y la “unificación del Derecho penal” que supone una integración perfecta. (CORDINI, 2020, p. 52)

En la actualidad, no contamos con una definición legal del concepto: “armonización del derecho penal”, aunque es utilizado de manera asidua en el debate político y científico (TADIC, 2002, p. 2). Siguiendo a Tadic y a Joutsen, es posible esbozar un significado básico común del término, como “la eliminación de las disparidades entre los sistemas de justicia penal de diferentes Estados” (TADIC, 2002, p. 8; JOUTSEN, 2002, p. 410). El núcleo de este concepto es la eliminación de las disparidades (CALDERONI, 2010, p. 2), es decir, la remoción de las

fricciones entre los diferentes sistemas jurídicos para hacerlos más consistentes entre sí (NELLES, 2002, p. 34). Si se pone el énfasis en la remoción de las fricciones y no en la remoción de las diferencias se da un paso crucial, pues se evita así confundir la armonización con conceptos tales como “unificación” y “aproximación” del derecho penal (BOODMAN, 1991, p. 704). De manera simultánea, proporciona directrices para un uso efectivo del proceso armonizador, que debería tener lugar solo cuando existan fricciones y sea necesario eliminarlas (CORDINI, 2020, p. 53). Siguiendo a Calderoni, la “armonización” significa

el proceso de modificación de diferentes legislaciones penales para mejorar su consistencia y eliminar las fricciones entre ellas.

La armonización es un concepto horizontal. El objetivo final de la armonización es eliminar todas las fricciones entre los diferentes sistemas, logrando así una armonía legal. Sin embargo, la armonización no nos da el contenido de esta armonía legal (más bien utópica). No existe una “mejor solución” o una “mejor legislación”. No hay un punto de referencia predeterminado. La armonización involucra elementos que son diferentes, pero de igual valor. Ningún sistema legal tiene mayor estatus o consideración. Esto hace que la armonización del Derecho penal sea un concepto horizontal. Esta es una premisa fundamental al evaluar el nivel de armonización entre los diferentes sistemas legales. (CALDERONI, 2010, p. 3)

El punto de partida de toda armonización es la identificación de similitudes y diferencias entre las diversas legislaciones penales en aras de identificar (posibles) fricciones. Este proceso es independiente de los sistemas de imputación jurídico-penal y de la efectividad del derecho interno. El análisis del nivel de armonización alcanzado por los diversos ordenamientos jurídicos intervinientes es independiente de los sistemas de imputación posiblemente diferentes adoptados por uno o más Estados; estos pueden (o no) armonizarse (CORDINI, 2020, p. 53). La evaluación del nivel de armonización entre los Estados no toma en consideración la calidad y/o efectividad de la legislación en sí misma. Las legislaciones nacionales pueden estar armonizadas en un alto grado, pero seguir siendo ineficaces para lograr sus objetivos (por ejemplo, prevenir y/o combatir el delito); en este caso, un alto nivel de armonización corresponde a una legislación de baja calidad en términos de efectividad (CALDERONI, 2010, p. 4).

2. CLASES DE ARMONIZACIÓN: LLAMADOS *TREATY CRIMES*

Al hablar de armonización penal podemos identificar dos tipos diferenciados. El primero, conocido como “armonización negativa”, ha sido promovido a partir de la determinación de estándares internacionales comunes (garantías político-criminales) limitantes del poder punitivo del Estado, es decir, a partir del reconocimiento y desarrollo de posiciones jurídicas

comunes, que influyen y restringen el derecho penal (SIEBER, 2011, p. 487).² Así, en el plano internacional encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) y en el ámbito regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969). El segundo tipo de armonización penal es la “armonización positiva” que consiste en obligar a los Estados, mediante un compromiso internacional (tratado), a introducir en sus respectivas legislaciones nacionales, en los términos que establezca el tratado concerniente, determinados delitos o de armonizarlos de acuerdo con los estándares internacionales (en caso de que ya cuenten con dichos tipos penales) y crear determinadas estructuras mínimas en el proceso penal que faciliten su enjuiciamiento. Esta modalidad de armonización ha crecido considerablemente en las últimas décadas, pero esto no implica que sea cronológicamente posterior a la armonización negativa, ya que es posible encontrar antecedentes de este fenómeno incluso en los inicios del siglo XX.³ Lo impactante es el ritmo que ha adquirido este mecanismo a través de las Convenciones de Naciones Unidas, concretamente la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988), la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) (en adelante UNTOC) y sus respectivos Protocolos y la Convención de Naciones Unidas contra Corrupción (en adelante UNCAC) (MÉRIDA, 2003; CORDINI, 2020, p. 53-54).⁴

Estas convenciones, entre otras obligaciones, delinean nuevos tipos delictivos, comúnmente llamados *treaty crimes* que pueden ser definidos como un conjunto de tipos penales establecidos en el derecho interno como resultado de una obligación de tipificarlos contraída en virtud de una convención internacional (BOISTER, 2009, p. 342). A diferencia de los delitos propios del derecho penal internacional –hoy tipificados en el Estatuto de Roma que da origen a la Corte Penal Internacional–, no son directamente vinculantes (*self executing*) ni

...

- 2 Siguiendo a Vogel, en la armonización “negativa”, también denominada “limitada”, se trata de fijar en favor de los ciudadanos los estándares mínimos penales y procesales obligatorios internacionalmente (VOGEL, 2008, p. 163).
- 3 Ya en 1921 es posible visualizar este mecanismo de armonización en la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños a instancias de la entonces Sociedad de las Naciones.
- 4 Siguiendo a Sieber, esta tendencia a la armonización del derecho penal puede explicarse como el resultado, principalmente, de cuatro fuerzas significativas: (a) el creciente desarrollo y reconocimiento internacional de posiciones jurídicas comunes; (b) mayor interés en la seguridad internacional, causado principalmente por la delincuencia transnacional (criminalidad económica, delitos informáticos, crimen organizado y terrorismo); (c) la creciente influencia de actores distintos a los Estados en el campo de la política criminal; y (d) el incremento de la cooperación internacional a partir de nuevas instituciones con novedosos instrumentos de aproximación jurídica que resultan significativamente más efectivos que los mecanismos anteriores (SIEBER, 2007, p. 3-16).

cuentan con una jurisdicción penal supranacional que se encargue de la persecución y sanción (AMBOS, 2014b, p. 222). Estas obligaciones de criminalización contenidas en convenciones internacionales deben ser implementadas por los Estados firmantes, conforme a sus propios sistemas jurídicos (MATUS, 2007, p. 271). Estas convenciones dejan en manos de los Estados firmantes la definición en particular de los delitos que se delinean en ellas de forma amplia. Los *treaty crimes* no están basados en ninguna concepción jurídica fundamental, sino que persiguen, de manera unilateral y en vista de un criterio de oportunidad, determinados propósitos ligados a la seguridad internacional (CORDINI, 2018, p. 1144).⁵ A su vez, al no estar sistemáticamente organizados ni basados en una teoría penal unitaria, la clasificación de las normas penales y la selección de una teoría penal, en las que sean aplicables a ellos, se han dejado a merced de los Estados firmantes.

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS *TREATY CRIMES*

Prototipo de este tipo de delitos ha sido el derecho penal contra las drogas delineado en las convenciones de Naciones Unidas, así como los delitos definidos en la UNTOC y sus protocolos, *inter alia*. Del análisis de dichas definiciones podemos establecer las siguientes características:

A) MULTIPLICIDAD DE ACCIONES TÍPICAS

A diferencia de los delitos clásicos cuyas definiciones se reducen, por lo general, a un verbo típico, piénsese en el homicidio definido a partir del verbo “matar” o el hurto a través de la acción de “apoderarse”, los delitos definidos en las convenciones internacionales presentan multiplicidad de acciones típicas. Ejemplos de ellos están en la Convención de Viena de 1988, que en su artículo 3.I. estipula lo siguiente:

Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: a) i) **la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación** de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971. (El resaltado es nuestro.)

...

5 Se busca así el logro de determinados objetivos referidos a la seguridad (la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado), la supresión de determinados delitos indeseables (la pornografía y la prostitución infantil) o la protección de intereses financieros (evitar el lavado de activos).

Solo en esta definición típica encontramos 15 acciones diferentes que abarcan todo el circuito del tráfico de estupefacientes. Otro ejemplo se presenta en la definición de trata de personas estipulada en el artículo 3.a del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, complementario de la UNTOC. El mismo establece que:

Por “trata de personas” se entenderá **la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas**, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. (El resaltado es nuestro.)

La definición aportada cuenta con seis acciones diferentes, siendo “transporte” y “traslado” casi idénticas, lo que torna redundante la utilización de ambas.

Las descripciones típicas, producto del consenso entre los Estados, basadas en la idea de evitar “lagunas de punibilidad”, son excesivamente detallistas (AMBOS, 2014a) por lo que no sería aplicable a estos casos el temor de que su implementación lesione el principio de indeterminación o tipicidad, sino al contrario: lo más probable es que al ser aplicado en sistemas legalistas, el excesivo detalle lleve a dejar lagunas de punibilidad (MATUS, 2007, p. 276).

B) PREDOMINANCIA DE DELITOS DE PELIGRO

En los *treaty crimes* es posible vislumbrar una política criminal del peligro, por oposición a una política criminal del daño, llevada a cabo con técnicas de adelantamiento de la intervención penal, propias de un derecho penal del riesgo. La mayoría de las descripciones típicas contenidas en los instrumentos internacionales describen un sinnúmero de acciones típicas, pero no identifican un resultado lesivo, constituyéndose en clásicos delitos de peligro.⁶ La

...

6 Entre ellos abundan figuras de delitos de “peligro abstracto” que, siguiendo la definición de Roxin, son aquellos delitos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal sin que en el caso en concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro (ROXIN, 2006, p. 431). Existen ciertas excepciones, así como la Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (ONU, 1973), en su artículo 2, estipula determinados delitos de resultado, a saber: “1. Serán calificados por cada Estado Parte como delitos en su legislación interna, cuando se realicen intencionalmente: a) la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida; b) la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de

proliferación de delitos de peligro abstracto en este modelo de derecho penal se basa “en el deseo de anticipar la protección penal de los bienes jurídicos individuales en una sociedad caracterizada por un notable incremento de los riesgos para los mismos” (CEREZO MIR, 2002, p. 60).

En otros supuestos, el presumible resultado lesivo no aparece como tal, sino como un mero elemento subjetivo. Así, en el artículo 6.1 de UNTOC, cuando define el delito de blanqueo del producto del delito (lavado de activos), establece:

Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

Como vemos, para que se configure el delito no se exige la efectiva ocultación o disimulación de los bienes de origen ilícito, sino que basta con realizar alguna de las actividades típicas con la finalidad de lograr dicho propósito. En sentido similar, se pronuncia el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo que en su artículo 2.I. afirma:

Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Si analizamos la descripción típica para que el delito sea cometido, basta con proveer o recolectar fondos con la intención de que se utilice o a sabiendas de que serán utilizados en

...

transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad”.

un acto de terrorismo y no su efectiva utilización (financiación), lo que lo constituye en un clásico delito de peligro.

Otro tanto sucede con la descripción típica de la trata de personas (ver *supra*), según la cual, para los fines de la consumación del delito, no se requiere la efectiva explotación de la víctima, sino que se logra con la realización de cualquiera de las acciones típicas llevada a cabo con la finalidad de explotación. En este supuesto, la (ultra)finalidad de explotación se constituye en un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo y no en un elemento del tipo objetivo como sería el supuesto en que se exigiese el resultado de explotación.

Al prácticamente inexistente requisito de realización del resultado se le suma la inexistencia de reglas de imputación objetiva en el sentido de vinculación o nexo causal (MATUS, 2007, p. 276), ello se justifica en la medida en que la teoría jurídica aplicable a estos delitos será la propia del derecho interno del respectivo Estado firmante. Estas reglas son uno de los temas que revelará o no diferencias significativas entre el derecho penal angloamericano y el derecho penal de raíz germánica, dependiendo del punto de vista que se adopte. Desde una perspectiva funcional, poco distingue el análisis angloamericano y el alemán de la causalidad: ambos están de acuerdo en que la causalidad *sine qua non* es necesaria, aunque no suficiente para la determinación de la responsabilidad penal y que se necesita algo más. Qué es ese “algo más” y cómo encaja en el análisis de la responsabilidad penal es otra cuestión que el Código Penal Modelo (*Model of Penal Code*, en adelante MPC) y el derecho penal de raíz germánica abordan de manera diferente. En el caso del MPC, ese escurridizo *je ne sais quoi* se conceptualiza como parte de la investigación de la causalidad: causa legal o próxima, que debe ser evaluada bajo un complejo esquema de requisitos de causalidad —adaptados al requisito de estado mental— unido al elemento de resultado del delito en cuestión y culminando en un estándar poco preciso, cuando no vago, consistente en determinar si el resultado fue “demasiado remoto o accidental en su ocurrencia para tener una relación [justa] con la responsabilidad del autor o con la gravedad de su ofensa” (DUBBER y HÖRNLE, 2014, p. 291). El derecho penal alemán, por el contrario, trata la cuestión del “algo más” bajo un epígrafe diferente, el de la “imputación objetiva” (*objektive Zurechnung*), que se distingue de la investigación de la causalidad (DUBBER y HÖRNLE, 2014, p. 291) a partir de criterios normativos relativos a la creación de un riesgo relevante (jurídicamente desaprobado), materializado en el resultado típico.

C) RELATIVIZACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA Y CONSUMACIÓN Y EL ADELANTAMIENTO DEL COMIENZO DE PUNICIÓN

Los *treaty crimes* se caracterizan por establecer marcos penales amplios con penas graves y, sumado a que normalmente no se configuran como delitos de resultado, llevan a relativizar la distinción entre la consumación y los actos de tentativa. Así, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 1970) en su artículo 1 establece: “Comete un delito [...] toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo, a) ilícitamente,

mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos”. Y en su artículo 2 señala: “Los Estados Contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas”.

Por otro lado, también hay supuestos en los que se insta, aunque no de manera obligatoria, la punición de actos preparatorios que, conforme a nuestro sistema de imputación jurídico-penal, resultaría excepcional su tipificación.⁷ Así, la UNCAC estipula en su artículo 27: “Cada Estado Parte podrá adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”.

Relativización de las diversas formas de participación en el delito

Otra constante de los delitos surgidos de convenciones internacionales es la relativización entre las diferentes formas de participación en el delito a la hora de establecer las penas correspondientes, conforme a los múltiples intervinientes en el delito “son ‘culpables’ como si fueran autores” (FLETCHER, 2000, p. 651).

Un ejemplo de esta relativización la encontramos en el artículo 5.1 de la UNTOC que estipula:

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva: i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado; ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras

...

7 Frecuentemente se admite que “excepcionalmente” el legislador castiga actos preparatorios. En realidad, preparación y ejecución son conceptos relativos que varían en función de cuál sea el momento en el que el legislador fije el comienzo de protección del bien jurídico. Así, la tenencia de materias o instrumentos conocidamente destinados a la falsificación (artículo 199 del Código Penal argentino), en tanto tipo penal, constituye un auténtico acto de ejecución (JESCHECK, WEIGEND, 1996, p. 423) y no un “acto preparatorio excepcionalmente penado”. Entonces, el problema se traslada a cuánto puede el legislador adelantar el comienzo de protección del bien jurídico sin afectar el principio de lesividad.

actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita; c. La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

En el inciso a) insta a los Estados a criminalizar ya sea la conspiración (i) o bien la participación en un grupo delictivo organizado (ii) y, luego, en el inciso b) extiende la criminalización a otras formas de participación. Según la guía legislativa para la aplicación de la UNTOC, elaborada por la UNODC (2004, p. 31), el propósito del artículo 5 es:

[A]mpliar la responsabilidad penal por las diversas maneras en que una persona pueda participar en la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado cuyos miembros actúen, entre otras cosas, como organizadores o directores, o que se ocupen de ayudar, incitar, facilitar y prestar asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave. Es importante que los Estados partes que apliquen el delito de asociación delictuosa, a que se refiere el artículo 5 1) b), sean capaces de responsabilizar a quienes planeen, conciban, establezcan, financien o apoyen activamente las actividades delictivas de un grupo delictivo organizado aunque no cometan, o no hayan cometido todavía, un delito específico.

Con el fin de aprehender todo modo posible de conducta colaborativa dentro de un grupo delictivo organizado, el artículo 5 b) de la UNTOC obliga a los Estados Partes a criminalizar las actividades de organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento con la finalidad de cometer un delito en la medida que implique la participación de un grupo delictivo organizado (CORDINI, 2017, p. 111). Con esta disposición, la UNTOC busca criminalizar formas de participación en las actividades de un grupo delictivo organizado que exceden del liderazgo (dirección), dado que solo los dos primeros modos de colaboración especificados en la disposición, concretamente, organizar y dirigir, tienen como objetivo criminalizar las acciones de los individuos que dan órdenes o ejercen el control sobre los miembros de la organización o sobre sus actividades, en tanto que los restantes modos de intervención están dirigidos a criminalizar meras complicidades. “Ayudar, instigar, facilitar y aconsejar”, aunque la UNTOC las menciona como formas distintas de participación, devienen redundantes. Todos esos modos de participación equivalen la contribución a la comisión de un delito perpetrado por otro. Dicho con otras palabras, los sujetos que llevan a cabo actividades calificadas como “ayudar, instigar y facilitar o aconsejar” son partícipes en sentido estricto (instigadores o cómplices). Conforme al principio de accesoriedad, cualquier forma de participación (en sentido estricto) presupone que el autor principal ya ha comenzado a cometer el delito. El apartado b) es superfluo, es solo una aclaración, especificando los modos de participación en la sección 5.1 a (ii) (CORDINI, 2018, p. 111).

También el artículo 6(b)(ii), referido al blanqueo del producto del delito (ver *supra*), insta a los Estados a criminalizar: “La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión”.

En otros delitos, como el caso de la trata de personas (ver definición *supra*), al establecer multiplicidad de acciones típicas y estar configurado como un delito de peligro (dado que no se requiere la efectiva explotación de la víctima), lleva a equiparar a los diversos intervinientes en tanto autores, pues según la definición es autor tanto quien capta a la víctima como quien la transporta o quien le da acogida.

E) LA INTENCIONALIDAD COMO ELEMENTO SUBJETIVO

En prácticamente todos los *treaty crimes* se exige la existencia de un elemento intencional (*willfully*), lo que llevaría a considerarlos delitos dolosos. Así, en la Convención de Viena de 1988, el deber de tipificar está limitado a los casos en que las conductas descritas se cometan intencionalmente (art. 3),⁸ no existiendo el deber de tipificar como delitos conductas imprudentes. En idéntico sentido, se pronuncia la UNTOC tanto en los delitos contenidos en la Convención como en sus Protocolos. De este modo, la participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), el blanqueo del producto del delito (art. 6) o la trata de personas (art. 5, Protocolo contra la trata), *inter alia*, exigen que se “cometan intencionalmente”.

Teniendo en cuenta que la intencionalidad es algo distinto de los elementos del ánimo o de elementos subjetivos distintos del dolo (según la teoría del delito), muchas definiciones convencionales exigen además “actuar con el propósito de”, como en el caso del blanqueo del producto del delito que se exige que se actúe “con el propósito de” ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes (art. 6, UNTOC). En otros supuestos se exige que se actúe “a sabiendas de”, como es el caso del financiamiento de terrorismo en el que se exige que se actúe intencionalmente o “a sabiendas de que [los fondos] serán utilizados, en todo o en parte, para cometer” un acto de terrorismo (ver definición *supra*). También en el delito de blanqueo del producto del delito se exige que el autor proceda “a sabiendas de” que los bienes son de origen ilícito (art. 6, UNTOC).

Dada la dificultad de la prueba del elemento intencional, las convenciones internacionales suelen consagrar la siguiente fórmula: “El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito [...] podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas” (art. 5(2), UNTOC). De hecho, en algunos sistemas jurídicos, el concepto ‘intencionalidad’ (como elemento mental) se interpreta en el sentido de que solo es necesario que el autor tenga la intención de

...

⁸ Las convenciones sobre las drogas no definen el término intención, ni indican cómo ha de interpretarse. Por lo tanto, los Estados cuentan con un margen de libertad para dotarlo de contenido (AMBOS, 2013).

llevar a cabo la acción para que la misma sea intencional. En otros, en cambio, la intencionalidad implica saber que el acto es ilícito. Por lo tanto, la cuestión del contenido del elemento intencional debe dilucidarse de acuerdo a las tradiciones jurídicas locales (UNODC, 2014, p. 36).

Por otro lado, nada impide que los Estados puedan establecer en su legislación interna la punición de la conducta imprudente o incluso una responsabilidad estricta u objetiva (*strict liability*) sin que se necesiten pruebas del elemento mental.

F) PENAS GRAVES

La naturaleza de las sanciones establecidas para estos delitos gira en torno a penas privativas de la libertad, sanciones pecuniarias (multas) y el decomiso. Por otro lado, dada la naturaleza de ciertos delitos, se establecen, además, sanciones especiales como es el caso de la inhabilitación “por un tiempo determinado” para “ejercer cargos públicos” y “ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado” (art. 30, UNCAC).

Las penas deben guardar proporcionalidad con la gravedad del delito. Si bien las escalas penales varían entre los diversos Estados, las convenciones establecen que las penas sean “severas” (art. 2, Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, La Haya, 1970) o “graves” en el caso de la UNTOC. Esta última Convención define como delito grave “*la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o más*” (art. 2(b), UNTOC).

4. PAUTAS PARA LA ARMONIZACIÓN

Si bien las convenciones son el producto del consenso internacional y en ellas se resume el conjunto de pretensiones punitivas de los Estados firmantes, no hay que perder de vista el rol preponderante que ha tenido la diplomacia estadounidense en la proliferación de los *treaty crimes*, especialmente a través de las Convenciones de Naciones Unidas, en materia de narcotráfico, crimen organizado y corrupción.

Por otro lado, el hecho de que los Estados se comprometan a armonizar sus legislaciones no implica que el proceso esté exento de tensiones, dado que muchas veces las medidas consensuadas en convenciones chocan con los intereses de los Estados firmantes o con sus propias culturas jurídicas nacionales. O bien puede suceder que los Estados firmantes tengan resistencias internas para armonizar su legislación conforme a lo acordado en la convención internacional.

En vista de lograr los mayores consensos, en las convenciones se llega a diversos niveles de acuerdos, y sus disposiciones pueden agruparse, siguiendo las directrices de la UNODC (2004), en las tres categorías siguientes: i) medidas que son obligatorias, ya sea absolutamente o cuando se hayan cumplido determinadas condiciones; ii) medidas que los Estados firmantes deben considerar o procurar aplicar; y iii) medidas que son facultativas. Siempre que se

emplean expresiones tales como “los Estados deberán” o “cada Estado Parte adoptará” se hace referencia a una disposición obligatoria del tipo (i), la cual no puede ser incumplida por el Estado Parte. Por el contrario, cuando la finalidad de la Convención es que los Estados adopten sus disposiciones a través de medidas apropiadas según los principios generales y con la aplicación y la interpretación particular del Estado Parte (medidas del tipo ii), se utilizan las expresiones tales como “de conformidad con” o “si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte”.⁹ Para medidas meramente facultativas (tipo iii), por su parte, se emplean expresiones tales como “tal vez deseen considerar la posibilidad de”.

En cuanto a las obligaciones de penalización de determinadas conductas, las convenciones tienden a estipular disposiciones obligatorias; ejemplos de estas obligaciones de penalización los encontramos en el artículo 3 de la Convención de Viena de 1988, en referencia al tráfico de estupefacientes.¹⁰ Aquí es necesario aclarar que el deber de tipificar la posesión para consumo personal no es una obligación de las aquí tratadas (tipo i), sino que está supeditada a los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico interno (art. 3(2), tipo ii).

En la UNTOC se establecen cuatro delitos específicos que los Estados Partes deberán tipificar en su derecho interno: la participación en un grupo delictivo organizado (artículo 5), el blanqueo de dinero (artículo 6), supeditándolo a “conformidad con los principios cons-

...

- 9 Las expresiones “en consonancia con” o “con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte” son cláusulas de salvaguardia que limitan las disposiciones pertinentes a la compatibilidad con los principios jurídicos del Estado Parte o someten los requisitos pertinentes a esos principios. Del mismo modo, las expresiones “siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno” y “las condiciones prescritas en el derecho interno” limitan la aplicación de algunos requisitos obligatorios previstos en la Convención (UNODC, 2004, p. 5).
- 10 Tales como la producción, fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica (art. 3(1)(a)(i); el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca, o planta de *cannabis* con objeto de producir estupefacientes en contra de los dispuesto en la Convención de 1961 (art. 3(1)(a)(ii); la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas anteriormente (art. 3(1)(a)(iii). También se incluyen en este artículo modalidades delictivas no previstas en las convenciones precedentes, como las siguientes: la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias precursoras, reactivas y diluyentes a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 3(1)(a)(iv); la organización, gestión o la financiación de algunos de los delitos vinculados con el tráfico ilícito (art. 3(1)(a)(v)); el lavado de activos y la ocultación o el encubrimiento de bienes a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos que tradicionalmente se relacionan con el tráfico ilícito de drogas (art. 3(1)(b)(i) y (ii).

titucionales del derecho interno” (tipo ii); la corrupción (artículo 8), y la obstrucción de la justicia (artículo 23) y, en los Protocolos, el delito de trata de personas (art. 5, Protocolo contra la Trata), el tráfico de migrantes (art. 6 del respectivo Protocolo) y el tráfico de armas (art. 5 del respectivo Protocolo). En la UNCAC encontramos la obligación de penalizar en el derecho interno el soborno de funcionarios públicos nacionales (artículo 15), el soborno activo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales (artículo 16 (1), el delito de malversación o peculado, apropiación indebida u otras de desviación de bienes por un funcionario (artículo 17), blanqueo de producto del delito, supeditándolo a la “conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno” (tipo ii, art. 23), y la obstrucción de justicia (art. 25).

En determinados delitos en los que existen diferencias sustanciales entre los diversos sistemas jurídicos, como es el caso de los delitos asociativos, la obligación de tipificación se da de manera alternativa y/o conjunta. Así, la Convención de Viena de 1988 subordina la obligación de los Estados Parte de criminalizar la participación, la asociación o confabulación (*conspiracy*) en delitos relacionados a la producción y tráfico de drogas siempre que ellas no contravengan principios constitucionales y conceptos fundamentales del derecho interno (CORDINI, 2017, p. 106).¹¹ Esta cláusula de salvaguardia limita las disposiciones pertinentes a la compatibilidad con los principios jurídicos del respectivo Estado Parte. Ello se debe a las resistencias que genera el modelo de *conspiracy* en sistemas legales no afines con el *common law*. Por tanto, los Estados están obligados a adoptar una forma de delito asociativo, aunque dicha obligación queda supeditada a los principios fundamentales del respectivo ordenamiento jurídico interno.¹²

El artículo 5 de la UNTOC (ver *supra*), por el contrario, propone dos enfoques alternativos para criminalizar la participación en un grupo delictivo organizado. La primera alternativa es la participación en una conspiración (*conspiracy*), tal como la define el art. 5.1(a)(i),

...

11 Artículo 3. DELITOS Y SANCIONES. 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: [...] c) **A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:** [...] iv) La participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión (el resaltado es nuestro).

12 A Diferencia de la Convención de Viena de 1988, el deber de tipificar determinadas conductas en las Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (Enmendada por el Protocolo de 1972) y en el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas (1971) es de carácter “débil”, pues tanto el artículo 36 (1) (a) de la Convención de 1961 como el artículo 22 (1) (a) del Convenio de 1971 supeditan la obligación de tipificar “[a] reserva de lo dispuesto en su Constitución”.

que es característica del *common law* (CORDINI, 2017, p. 107). La segunda alternativa es la “participación en un grupo delictivo organizado”, tal como es definida en el art. 5.1 (a)(ii), propia del sistema legal continental (*civil law*) (JOUSTEN, 2002, p. 422; MCLEAN, 2007, p. 62). Los Estados pueden escoger uno u ambos de estos modelos asociativos (UNODC, 2004, p. 26). El objetivo de combinar los dos sistemas era promover la cooperación internacional en el marco de la UNTOC, y asegurar la compatibilidad de los dos conceptos sin procurar una armonización exhaustiva (VLASSIS, 2002, p. 92).

Otro ejemplo de medidas del tipo (ii) se encuentra en el artículo 27 de la UNCAC, que supedita la punición de los actos preparatorios con miras a cometer delitos tipificados por la Convención en conformidad con el derecho interno (ver *supra*).

Entre las medidas del tipo (iii) encontramos los delitos de soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales previsto en el artículo 16.2 y el delito de tráfico de influencias (artículo 18), abuso de funciones (artículo 19), enriquecimiento ilícito (artículo 20), soborno en el sector privado (artículo 21), malversación o peculado en el sector privado (artículo 22) y encubrimiento (artículo 24) de la UNCAC. Así, en lo referente al soborno pasivo, la mencionada Convención prescribe:

Cada Estado Parte **considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito**, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales. (El resaltado es nuestro.)

Para cubrir el mayor número posible de conductas impropias, la UNCAC prevé una serie de tipos delictivos de criminalización no obligatoria que los Estados deben tener en cuenta. En cuanto al soborno de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios públicos de organizaciones internacionales es obligatorio tipificar el soborno activo de funcionarios públicos (artículo 16.1). En el párrafo 2, por el contrario, se sugiere únicamente que “consideren la posibilidad” de penalizar la solicitud o aceptación de sobornos por funcionarios públicos extranjeros en esas circunstancias (UNODC, 2012, p. 83-84), convirtiéndose así en una medida de carácter facultativo.

Ahora bien, ¿cómo se cumplimenta la obligación de tipificar los delitos descritos en las convenciones internacionales? ¿Deben los Estados reproducir textualmente el contenido de la descripción típica? O, por el contrario, ¿basta con que la tipificación del derecho interno reconozca los aspectos fundamentales de la definición contenida en la convención?

La reproducción literal de las descripciones típicas contenidas en los instrumentos internacionales no es la finalidad de dichas convenciones. Estamos ante procesos de armonización

y no de integración del derecho penal, cuyo objetivo es evitar paraísos jurídico-penales, es decir, que las conductas descritas en las convenciones continúen siendo lícitas en determinados Estados. Así, en la guía legislativa para la aplicación de la UNTOC, elaboradas por la UNODC (2004, p. 6), ha expresado con claridad lo siguiente:

Se recomienda que los legisladores verifiquen la coherencia con otros delitos, definiciones y usos legislativos antes de emplear las formulaciones o la terminología de la Convención. La Convención se redactó con fines generales y va dirigida a los Gobiernos nacionales. Por consiguiente, su nivel de abstracción es mayor que el necesario para la legislación interna. De ahí que los legisladores nacionales deban tener cuidado de no incorporar literalmente partes del texto. En lugar de ello, se les anima a que capten el espíritu y el significado de los distintos artículos.

El cumplimiento de la obligación convencional puede llevarse a cabo por diferentes vías, ya sea a través de nuevas leyes o mediante modificaciones de tipos penales existentes en la legislación interna. Según la UNODC, tampoco es esencial que los delitos en el derecho interno se correspondan en cuanto al nombre y términos empleados con los empleados en la Convención, aunque recomienda que los Estados partes deberían velar por que las leyes del derecho interno se ajusten lo más posible a las disposiciones de la Convención (UNODC, 2004, p. 6).¹³

En la praxis, los Estados suelen reproducir en su derecho interno las descripciones típicas consagradas en los convenios internacionales. Esta práctica no está exenta de problemas, ya que con la importación de normas penales se puede producir un aumento de las disfuncionalidades (en su mayoría, en términos de inconstitucionalidad) cuando las normas penales delineadas en convenciones internacionales son introducidas en la legislación interna de manera mecánica y éstas se utilizan en otros contextos normativos, lo que resulta es que no superan el test de constitucionalidad, en varios casos (CORDINI, 2020, p. 59). Esta práctica legislativa ha sido definida como “colonización jurídica”, es decir, “el proceso por el que un determinado Estado incorpora en su ordenamiento jurídico sus compromisos internacionales de un modo mecánico, sin molestarse en lograr su adecuada integración en su peculiar configuración constitucional y de legalidad ordinaria” (DIEZ RIPOLLÉS, 1994,

...

¹³ Según el artículo 11(6) de la UNTOC: “la descripción de los delitos queda reservada al derecho interno de un Estado parte. Puede muy bien ocurrir que los países tipifiquen delitos que tienen un alcance diferente, por ejemplo, dos o más delitos de la legislación interna que abarquen uno contemplado en la Convención, especialmente cuando ello refleja una legislación y jurisprudencia preexistentes” (UNODC, 2004, p. 6).

p. 602). Será, pues, tarea de los respectivos Estados adecuar las obligaciones internacionales conforme a sus pautas constitucionales y a principios generales que rigen en sus respectivos territorios para compatibilizar las normas surgidas en los tratados internacionales con las propias del derecho interno.

5. UN ANÁLISIS DE LOS *TREATY CRIMES* EN EL DERECHO ARGENTINO

Si uno analiza los *treaty crimes* y cómo ellos han sido tipificados en la legislación argentina es posible establecer, con excepción de los delitos de corrupción, una constante: la reproducción de las definiciones contenidas en las convenciones internacionales en el derecho interno.

Argentina, en cumplimiento de la obligación internacional de sancionar el tráfico de estupefacientes prohibidos por el conjunto de tratados internacionales contra las drogas, sancionó la Ley de Estupefacientes n. 23.737 (LE) en 1989, incluso antes de la ratificación formal de la Convención de Viena de 1988. Dicha ley reproduce las obligaciones asumidas en el artículo 3 de esta Convención (véase nota 14), puniendo de este modo al que “[p]roduzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes” (art. 5(b), LE). También pune la “siembra y el cultivo de plantas para producir o fabricar estupefacientes” (art. 5(a), LE); por su parte, la obligación de penalizar “la oferta para la venta, la distribución, la venta” la hizo a través de una fórmula más amplia amenazando con pena a quien “comercie con estupefacientes” (art. 5(c), LE). La prohibición de la “entrega de[,] en cualquiera condiciones” lo hizo a través de la criminalización a quien “[e]ntregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso”. La LE, por su parte, prevé una pena más leve si lo “fuese a título gratuito”. También pune el transporte (art. 5(c) y (d), LE), según a lo exigido por la Convención. Respecto de la prohibición de importar y exportar, la LE pune a quien “introdujera al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación, precursores químicos o cualquier otra materia prima destinada a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso”. Por su parte, el artículo 866 del Código Aduanero sanciona la importación o exportación ilícitas (contrabando) de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.¹⁴

...

14 ARTÍCULO 863: “Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años el que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones”.

ARTÍCULO 864: “Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años el que: a) Importare o exportare mercadería en horas o por lugares no habilitados al efecto, la desviare de las rutas señaladas para la importación o la exportación o de cualquier modo la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre tales actos; b) Realizare cualquier acción u omisión que impidiere o dificultare el control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere, a

En cuanto a la posesión (también el cultivo y la adquisición) para consumo personal, la Convención de Viena de 1988 condiciona la obligación de criminalizar, siempre que ello esté de acuerdo con “sus principios constitucionales y [...] los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (art. 3(2)). Argentina, siguiendo el paradigma prohibicionista, criminalizó la tenencia para el consumo (art. 14, LE), pese a que con anterioridad a la Convención ya había habido jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentido contrario.¹⁵ Por otro lado, en el caso de que la siembra y el cultivo estén destinados al consumo personal, se prevén penas más leves (art. 5, LE).

Argentina introdujo en la LE la figura de la confabulación (art. 29 bis),¹⁶ de acuerdo con la normativa internacional, criminalizando meros acuerdos entre dos o más personas, en los delitos vinculados al narcotráfico. Este tipo penal posee las características propias de la *conspiracy*, no exigiendo ni permanencia ni organización, como sí lo hace la asociación ilícita (art. 210, Código Penal), reduciendo el tipo penal en cuestión a un mero delito de planeamiento (CORDINI, 2017, p. 106). La confabulación se consuma en el momento del pacto, es decir, cuando dos o más partes acuerdan cometer alguno de los delitos de los previstos en la LE o el delito de contrabando de estupefacientes; pero, para que el mismo sea punible, se introduce la condición objetiva de punibilidad que consiste en que “*alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el cual se habían concertado*”.

...

los fines de su importación o de su exportación; c) Presentare ante el servicio aduanero una autorización especial, una licencia arancelaria o una certificación expedida contraviniendo las disposiciones legales y específicas que regulen su otorgamiento, destinada a obtener, respecto de la mercadería que se importare o se exportare, un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere; d) Ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o de su exportación; e) Simulare ante el servicio aduanero, total o parcialmente, una operación o una destinación aduanera de importación o de exportación, con la finalidad de obtener un beneficio económico”.

ARTÍCULO 866: “Se impondrá prisión de tres (3) a doce (12) años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando se tratare de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración o precursores químicos”.

15 C.S.J.N., Basterica, Gustavo M. 1986, fallos: 308:1392.

16 Este artículo fue incorporado en una modificación a la LE (Ley n. 24.424, B.O. 9/1/1995). Art. 29 bis: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una confabulación de dos o más personas, para cometer algunos de los delitos previstos en los artículos 5, 6, 7, 8, 10 y 25 de la presente ley, y en el artículo 866 del Código Aduanero.

La confabulación será punible a partir del momento en que alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado.

Quedará eximido de pena el que revelare la confabulación a la autoridad antes de haberse comenzado la ejecución del delito para el que se había formado, así como el que espontáneamente impidiera la realización del plan”.

Este requisito fue establecido para compatibilizar la confabulación con un derecho penal de acto y, de este modo, no vulnerar el principio de lesividad que prohíbe la punición de meras ideas (art. 19, Constitución Nacional).

Hay que plantearse si se justifica tal adelantamiento o si, por el contrario, no implicaría una criminalización de “peligro de peligro” (PASTOR MUÑOZ, 2019), dado que supone un adelantamiento hasta etapas previas a la tentativa de clásicos delitos de peligro, como es el caso de los delitos previstos en la LE.

La Convención de Viena de 1988 supedita la obligación de criminalizar el delito de confabulación (*conspiracy*) “a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (art. 3(c)). Teniendo en cuenta los principios que cimentan el sistema penal argentino, no existen razones político-criminales para fundar una punición tan adelantada y su aplicación produce una afectación del principio de lesividad (art. 19, Constitución Nacional), a la vez que, tal como sucede en el derecho penal del *common law*, donde es característica la *conspiracy*, la confabulación funciona desconociendo los diversos grados de intervención en el delito, al englobar la coautoría, complicidad e instigación bajo el concepto de “confabulador”. Intentar importar la *conspiracy*, con sus características de “delito autónomo”, a nuestro sistema de imputación jurídico-penal, la hace pasible, además, de otras objeciones, así como la violación del principio del *ne bis in idem* que generaría la imputación simultánea de la conspiración y el delito fin para el que ésta se constituyó (ZIFFER, 2005, p. 204-305).

En cuanto al delito de trata de personas, Argentina ha introducido —mediante la Ley n. 26.364— el delito en cuestión en los 145 bis y 145 ter del Código Penal (CP). Estos artículos replicaron la definición prevista en el Protocolo de Palermo.¹⁷ La normativa en cuestión distinguía entre víctimas menores (145 ter, CP) y mayores de 18 años (145 bis, CP). De

...

17 Artículo 3: “Definiciones. Para los fines del presente Protocolo: a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”.

este modo, exigía para el caso de víctimas mayores de edad que “mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de ésta”. Esta exigencia, por el contrario, no era necesaria respecto de las víctimas menores; para las cuales, se asignaban, asimismo, penas más elevadas (CORDINI, 2020, p. 64).

El legislador argentino introdujo modificaciones al delito de trata de personas, abandonando la distinción entre trata de mayores y menores; asimismo, eliminó la acción “transportar” por considerarla sobreabundante y se suprimió el consentimiento como causal de atipicidad. La actual Ley n. 26.842, modificatoria de la Ley n. 26.364, define la trata de personas de la siguiente manera: “Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países” (art. 2).¹⁸ De este modo, no solo se suprime la diferenciación en función de la edad de la víctima, sino también se eliminan los medios comisivos, en los casos de víctimas mayores de edad. Según la actual redacción, la figura básica se encuentra en el artículo 145 bis, y en el 145 ter del CP se encuentran las modalidades agravadas. Por consiguiente, la redacción actual del delito de trata de personas puso fin a la discusión que existía en cuanto al valor que debía asignarse al consentimiento de las víctimas mayores de edad. En la actualidad, se excluye la exigencia de consentimiento por parte de la víctima, constituyendo de este modo una presunción *iure et de iure* (CORDINI, 2020, p. 64).

También en el caso del delito de financiamiento del terrorismo se puede visualizar una gran similitud entre la definición internacional (ver definición *supra*) y la adoptada por el tipo del artículo 306 del CP que pune al que “directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero con la intención de que se utilicen o a sabiendas que serán utilizados, en todo o en parte: a) para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies”. Las acciones típicas de “recolectar” y “proveer”, así como el elemento subjetivo requerido de actuar “con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados” para cometer un acto terrorista, se reproducen del Convenio, la única diferencia es en la definición de terrorismo. En este punto Argentina no estipuló un tipo penal específico, sino que estableció el terrorismo como una agravante genérica en el artículo 41 quinquies del CP.¹⁹

...

18 En su artículo 25, la Ley n. 26.842 estipula: “Sustitúyase el artículo 145 bis del Código Penal por el siguiente: Artículo 145 bis: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

19 Artículo 41, quinquies: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros

En cuanto a los delitos estipulados en la UNCAC, Argentina ha mostrado diferencias con las definiciones contenidas en tratados internacionales. Ello se debe a varios motivos. En primer lugar, existen varias obligaciones internacionales sobre la materia que se superponen en este ámbito. Hay tres convenciones de las que la República Argentina es signataria, a saber: Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA, 1996), aprobada mediante Ley n. 24.759; Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, París, 1997), aprobada mediante Ley n. 25.319, y la UNCAC, aprobada mediante Ley n. 26.097. En segundo lugar, Argentina está organizada por un sistema federal de gobierno en el que las provincias que conforman el Estado se reservan competencias que no estén explícitamente asignadas al gobierno nacional (art. 121, Constitución Nacional). El Congreso Nacional tiene la facultad de crear delitos penales (art. 75 inc. 12, Constitución Nacional), que luego son aplicados por las autoridades provinciales a través de códigos de procedimiento; cada provincia (ente federado) debe determinar cómo se llevará a cabo la persecución y el juzgamiento de los delitos establecidos según el Capítulo III de la UNCAC. Por último, en lo que respecta a la UNCAC, varias de sus obligaciones de criminalización son de cumplimiento no obligatorio por parte de los Estados firmantes (tipo iii).

En cuanto a los delitos de soborno y tráfico de influencias definidos por la UNCAC (arts. 15, 16, 18 y 21), el CP argentino criminaliza el soborno activo de funcionarios públicos nacionales en los artículos 258 y 259. La diferencia entre ellos es que, en el primero, la persona que da o indirectamente da u ofrece dinero, regalos u otras promesas espera que el funcionario público realice, retrase o se abstenga de realizar un acto relativo a sus funciones. En el segundo, se ofrecen dádivas que van más allá de la cortesía ordinaria, teniendo en cuenta la función o el cargo del funcionario público, pero no se espera una acción u omisión concreta. Es necesario aclarar el significado del término “promesa” —en los términos del artículo 15 de la UNCAC—, que es considerado por la doctrina y la jurisprudencia como sinónimo de “ofrecimiento”, una de las acciones comunes en el delito de cohecho del artículo 258 del CP.

Cabe destacar que los artículos referidos ya formaban parte del cuerpo normativo del CP y no han sido modificados tras la entrada en vigor de la UNCAC. El CP también establece como delito la aceptación de sobornos (cohecho pasivo) por parte de funcionarios públicos nacionales. La distinción entre los artículos 259, 256 y 257 del CP es que los dos últimos

...

o agentes de un organismo internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y del máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieron lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”.

requieren un compromiso corrupto de un funcionario público o magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público para realizar, retrasar o abstenerse de ejecutar un acto relacionado con sus funciones. No es necesario que el compromiso o acuerdo se cumpla para que exista el delito; basta con aceptar la promesa o recibir el dinero o los regalos. El artículo 259 del CP, por su parte, no exige ninguna acción a cambio de la dádiva, que simplemente se ofrece debido a la posición del funcionario público. En resumen, el delito especificado en el artículo 15 de la UNCAC se considera cubierto por las disposiciones del CP analizadas.

En relación con el soborno activo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales, el CP, en su actual redacción, lo penaliza. Cabe destacar que la criminalización del cohecho transnacional en el CP se basa en las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Cohecho Transnacional de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales que funciona en el marco de la OCDE. Argentina tiene la condición de país observador en el ámbito general de la OCDE, pero es miembro de pleno derecho del Grupo de Trabajo sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, al haber ratificado la citada Convención. Hasta 2017 no existía una definición legislativa del concepto de funcionario público extranjero, dado que el artículo 77 del CP solo define a los funcionarios públicos nacionales. Tras la introducción, el artículo 258 bis del CP ahora establece que:

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, toda persona que haya sido designada o elegida para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en cualquier tipo de organismo público, agencia o empresa en la que dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

Dicha definición corresponde con la adoptada por la UNCAC en su artículo 16.1.

El soborno pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales es un tema distinto; Argentina no tiene una legislación específica que prohíba la conducta descrita en el artículo 16.2 de la UNCAC. Se argumenta, sin embargo, que dicha acción delictiva está cubierta internamente por el delito de cohecho pasivo, tal como se define en el artículo 256 del CP y disposiciones conexas. Es importante tener en cuenta que el artículo 16.2 de la UNCAC no es una medida obligatoria, sino una invitación a los Estados firmantes a tipificar dicho delito.

El soborno en el sector privado no está regulado en Argentina como un delito específico, tal y como se define en el artículo 21 de la UNCAC. Dicha acción puede ser considerada como un caso de fraude (art. 174, CP). En los casos descritos en el artículo 174 párrafos 4-6 del CP, si la persona condenada es un funcionario público se enfrentará, además de la pena de prisión, a una inhabilitación especial a perpetuidad. Por otro lado, el soborno pasivo en las instituciones financieras está castigado por el artículo 312 del CP.

Argentina hizo que el delito de lavado de dinero sea congruente con los requisitos del artículo 23 de la UNCAC y del artículo 6 de la UNTOC.²⁰ El delito está tipificado en el artículo 303 del CP, el cual pune cualquier operación en la que una persona

convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor superare la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000) sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

Cabe destacar que la finalidad de la “conversión” o “transferencia” es irrelevante según el artículo citado. La acción delictiva “con la posible consecuencia” de que el bien adquiera una apariencia legal para que exista un delito. Como se ha explicado anteriormente, el delito analizado aquí es un delito de peligro y no requiere la conversión o transferencia efectiva de la propiedad. Este artículo incluye, además, la modalidad de “autoblanqueo”, delito que no era posible cuando el lavado de activos era considerado una modalidad del delito de encubrimiento.

En cuanto al delito de malversación, el CP identifica como un delito específico (arts. 260-264, CP), consistente en que un funcionario público otorgue a los bienes o caudales que administre una aplicación diferente a la que estén destinados. En cuanto al beneficio de otras personas o entidades, el CP ignora el uso posterior que pueda darse a los bienes malversados.

El derecho argentino incluye disposiciones sobre el abuso de funciones en varios artículos del CP, como por ejemplo sobre las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas (art. 265, CP), sobre las estafas y la administración fraudulenta (arts. 172-174, CP), sobre las exacciones ilegales (arts. 266-268, CP), sobre el abuso de autoridad y la violación de los deberes de los funcionarios públicos (arts. 248-251, CP), y también en la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (Ley n. 25.118). Esta ley establece las responsabilidades de toda persona que desempeñe una función pública, de forma permanente o temporal, en cualquier nivel o rango, ya sea por elección popular, designación directa, concurso o cualquier otro medio legal, y se aplica a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado (arts. 1 y 2).

En el caso del enriquecimiento ilícito (art. 20, UNCAC), la posibilidad de persecución en el derecho argentino no se limita a la persona que desempeña una función pública, sino que

...

²⁰ La Ley n. 26.683 derogó el artículo 278 del CP que regulaba el lavado de activos como una modalidad de encubrimiento e introdujo el actual artículo 303 del CP como un delito contra el orden económico y financiero, cambiando así la naturaleza del bien jurídico protegido.

también incluye a quien, tras dejar de desempeñar dicha función, no justificare la procedencia del enriquecimiento de su patrimonio ocurrido desde la asunción de su puesto o cargo y hasta los dos años siguientes al cese de dicha función pública (art. 268-2, CP). Mientras tanto, en los delitos de “administración infiel” (art. 173, inc. 7), “fraude en el comercio y la industria” (art. 301, CP) y en los “delitos contra el orden económico y financiero” (arts. 307-311, CP) identificamos delitos relacionados con la malversación de fondos en el sector privado. Cabe destacar que la UNCAC solo reconoce este delito como una medida opcional de criminalización (art. 22).

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 26, UNCAC), la Parte General del CP no contiene ninguna norma de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas. En consecuencia, salvo en el caso del blanqueo del producto del delito, no había sanciones penales para las personas jurídicas que participasen en los delitos especificados por la UNCAC. En 2011, la Ley n. 26.683 reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de lavado de activos de origen delictivo. Ese mismo año, la Ley n. 26.733 amplió la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los delitos de uso indebido de información privilegiada o manipulación de valores en la negociación, fijación de precios, compra, venta o liquidación de valores. En 2017, el Congreso de la Nación aprobó la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ley n. 47.401), esta ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: (a) cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis, CP); (b) negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265, CP); (c) conclusión (art. 268, CP); (d) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268 (I) y (II), CP); (e) balances e informes falsos agravados (art. 300 bis, CP). Esta ley también incorporó en el derecho argentino la institución del “*compliance*” bajo la denominación de “Programas de Integridad”, su implementación, junto con otros requisitos legales, opera como causa de exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Cabe aclarar que las convenciones analizadas, al definir el delito en cuestión, obligan a los Estados firmantes a criminalizar también la participación y la tentativa de dichos delitos, en el caso del derecho penal argentino, ambos institutos son reglas de la parte general del CP aplicables a todos los delitos. En el caso de la preparación, como regla general, no es punible en el derecho argentino.

CONCLUSIÓN

La armonización penal supone un mecanismo tendiente a eliminar las fricciones entre las diversas legislaciones en aras de evitar paraísos jurídicos penales. Parte del proceso de armonización se lleva a cabo a través de convenciones internacionales que delinean nuevos tipos delictivos, los llamados *treaty crimes*.

En las descripciones típicas contenidas en las convenciones internacionales podemos visualizar una serie de constantes (la multiplicidad de acciones típicas, la intencionalidad como elemento subjetivo, la predominancia de delitos de peligro, la equiparación entre tentativa y consumación, la equiparación entre las diversas formas de intervención en el delito y la gravedad de sanciones) que resultan constituirse como los rasgos característicos de estos delitos.

Una vez suscrita la convención se genera para los Estados el deber de tipificar (criminalizar) determinadas conductas, ello puede alcanzarse a través de nuevos tipos penales o la modificación de los existentes. Por otro lado, para alcanzar mayor grado de consenso, las convenciones prevén distintos grados de compromisos desde medidas obligatorias, pasando por medidas que los Estados deben considerar aplicar, hasta medidas facultativas.

En cuanto al contenido de los *treaty crimes* en el derecho interno no existe un deber de reproducir textualmente las definiciones alcanzadas en las convenciones. Constituye la tarea de cada Estado compatibilizar la obligación de tipificar con las disposiciones constitucionales y principios fundamentales que guían el derecho interno. Nada impide que los Estados se aparten de la estricta definición aportada por la convención y, en línea con su sistema de imputación jurídico-penal, redefinan dichos conceptos a partir de delitos de resultado si ello resulta acorde con su sistema de imputación jurídico-penal.

Habiendo analizado el caso argentino es posible visualizar que el legislador nacional, excepto en el caso de los delitos de corrupción, casi no se aparta de las definiciones proporcionadas por las convenciones analizadas, en algunos casos llegando a constituir un ‘*copy & paste*’ del texto internacional. Este tipo de actividad conlleva no pocos problemas, porque la norma tal como está concebida en el texto internacional puede devenir disfuncional en el derecho interno si la misma no es compatibilizada con sus principios fundamentales. Un ejemplo típico de este tipo de situación se da en el caso del delito de confabulación de la LE que, dada sus características de adelantamiento de las etapas punitivas, no es acorde con los postulados constitucionales que guían el sistema penal argentino. En el caso de los delitos de corrupción, dos factores principales explican la relativa congruencia entre los tipos penales previstos en la UNCAC y la legislación argentina. En primer lugar, existen múltiples convenciones internacionales firmadas por Argentina en esta materia. En segundo lugar, muchos de los delitos establecidos en la UNCAC no son de criminalización obligatoria por parte de los Estados, sino meramente facultativa.

REFERENCIAS

AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht*. 4. ed. München: C.H. Beck, 2014a.

AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*. Vol. II: The Crimes and Sentencing. Oxford: Oxford University Press, 2014b.

AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*. Vol. I: Foundations and General Part. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ARTZ, Gunther. Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StRG. *ZStW*, Berlin, v. 111, n. 4, p. 757-784, 1999.

BOISTER, Neil. Treaty Crimes, International Criminal Court? *New Criminal Law Review*, University of California Press, Oakland, v. 12, n.3, p. 341-365, 2009.

BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. *The American Journal of Comparative Law*, Washington, v. 39, n. 4, p. 699-724, 1991.

CALDERONI, Francesco. *Organized Crime Legislation in the European Union: Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2010.

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, n. 10, p. 47-72, 2002. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5020&dsID=Documento.pdf>.

CORDINI, Nicolás. La armonización del derecho penal: un proceso con diversos actores y a distintas velocidades. *Revista Jurídica Derecho*, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, v. 9, n. 13, p. 51-70, 2020. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v9n13/v9n13_a04.pdf.

CORDINI, Nicolás. Derecho penal transnacional: hacia una dogmática jurídico-penal regional. *Política Criminal*, Universidad de Talca, Talca, v. 13, n. 26, p. 1140-1169, 2018. Disponible en: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A13.pdf>.

CORDINI, Nicolás. Delitos de organización: los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal” en el derecho interno y en el derecho internacional. *Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, v. 38, n. 104, p. 75-120, 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. Los procesos de interacción. In: DELMAS-MARTY, Mireille; PIETH, Mark; SIEBER, Ulrich *et al.* (eds.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 527-544.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español. *Actualidad Penal*, [s.l.], n. 32, p. 583-613, 1994.

DUBBER, Marcus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: A Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JOUTSEN, Matti. International cooperation against transnational organized crime: the practical experience of the European Union. In: United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and Treatment of Offenders (ed.). *Resource material series*. N. 59. Tokyo: UNAFEI, 2002. p. 394-428. Disponible en: https://unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No59/No59_29VE_Joutsen3.pdf.

MANACORDA, Stefano. La “parábola” de la armonización penal: a propósito de las dinámicas de integración normativa relativa a la organización criminal. In: DELMAS-MARTY, Mireille; PIETH, Mark; SIEBER, Ulrich *et al.* (eds.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 351-375.

MATUS, Jean Pierre. La política criminal de los tratados internacionales. *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, v. 13, n. 1, p. 267-289, 2007.

MCLEAN, David. *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

NELLES, Ursula. Definitions of harmonisation. In: KLIP, André; VAN DER WILT, Harmen (eds.). *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*. Amsterdam: Royal Netherlands Academy of Science, 2002. p. 23-29.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. Imputables peligrosos: reflexiones sobre la legitimidad de la reacción jurídico-penal a sujetos peligrosos autorresponsables. In: BASSO, Gonzalo; CANCIO MELIÁ, Manuel *et al.* (eds.). *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Vol. 2. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2019. p. 1477-1487.

ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. München: Beck, 2006.

SIEBER, Ulrich. Los factores que guían la armonización del derecho penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille; PIETH, Mark; SIEBER, Ulrich *et al.* (eds.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 481-526.

SIEBER, Ulrich. Grenzen des Strafrechts. *ZStW*, Berlin, v. 119, p. 1-68, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TADIC, Felicitas. How Harmonious Can Harmonisation Be? A Theoretical Approach towards Harmonisation of (Criminal) Law. In: KLIP, André; VAN DER WILT, Harmen (eds.). *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*. Amsterdam: Royal Netherlands Academy of Science, 2002. p. 1-21.

UNODC – Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*. 2. ed. New York: ONU, 2014. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf. Consultado el 22 sept. 2021.

UNODC – Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. New York: ONU, 2004. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>. Consultado el 15 sept. 2021.

PERRON, Walter. Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsdogmatik. In: TIEDEMANN, Klaus *et al.* (eds.). *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 307-317.

PIETH, Mark. Los actores del cambio. In: DELMAS-MARTY, Mireille; PIETH, Mark; SIEBER, Ulrich *et al.* (eds.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 461-480.

VLASSIS, Dimitri. The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and its Protocols: A New Era in International Cooperation. In: *The Changing Face of International Criminal Law: Selected Papers*. Vancouver: The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2002. p. 75-103.

VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y del proceso penal. *Revista Penal*, Universidad Pablo de Olavide, Tirant Lo Blanch, Valencia, n. 22, p. 160-167, 2008.

ZIFFER, Patricia. *El delito de asociación ilícita*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

CORDINI, Nicolás Santiago. La armonización del derecho penal: treaty crimes y derecho penal argentino. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2340, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202340>

Nicolás Santiago Cordini

DOCTOR EN DERECHO, MAGISTER EN DERECHO, ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL Y ABOGADO. INVESTIGADOR CONICET EN EL INSTITUTO AMBROSIO L. GIOJA, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. PROFESOR DE DERECHO PENAL, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL. PROFESOR DE POLÍTICA CRIMINAL, FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. BECARIO POSTDOC EN EL INSTITUTO MAX PLANCK PARA EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y COMPARADO, FRIBURGO, ALEMANIA.

ncordini@fcjs.unl.edu.ar

Recebido: 27.07.2021

Aprovado: 27.03.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202341>

1 Universidad Privada de Tacna,
Tacna, Tacna, Perú
<https://orcid.org/0000-0002-0050-2882>

2 Universidad Privada de Tacna,
Tacna, Tacna, Perú
<https://orcid.org/0000-0003-1132-8688>

3 Universidad Privada de Tacna,
Tacna, Tacna, Perú
<https://orcid.org/0000-0003-4713-7402>



Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: una reevaluación del aforismo *societas delinquere nec punire potest* a partir de una perspectiva anticonceptualista

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN PERU: A REEVALUATION OF THE APHORISM SOCIETAS DELINQUERE NEC PUNIRE POTEST FROM AN ANTI-CONCEPTUALIST APPROACH

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO PERU: UMA REAVALIAÇÃO DO AFORISMO SOCIETAS DELINQUERE NEC PUNIRE POTEST A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ANTICONCEITUAL

Enlil Iván Herrera Pérez¹, Katerin Barrera Apaza² y
Ingrid Melanie Rodríguez Cotrado³

Resumen

En el presente artículo se aborda la problemática acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con especial atención al caso peruano, y mediante una perspectiva anticonceptualista. Para tal propósito, en primer lugar, se presenta una definición de persona jurídica a partir de una perspectiva anticonceptualista; en segundo lugar, se abordan los principales modelos teóricos que niegan o aceptan regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas; en tercer lugar, se ofrece una explicación acerca de los cambios en las regulaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en sistemas jurídicos de tradición jurídica continental; y, en cuarto lugar, se define el régimen de responsabilidad adoptado en Perú. Luego de una revisión de diversas fuentes documentales relativas a los objetivos planteados, concluimos que el aforismo *societas delinquere nec punire potest* no es un dogma irrefutable, sino una cuestión política, por lo que la adopción de un modelo de responsabilidad penal por autorresponsabilidad para las personas jurídicas es plausible, tanto respecto a Perú como respecto a otros países de tradición jurídica continental.

Palabras clave

Persona jurídica; responsabilidad penal; autorresponsabilidad; heterorresponsabilidad.

Abstract

This article aims to address the problem of criminal liability of legal persons with special attention to the case of Peru and through an anti-conceptual approach. For this purpose, first, an anti-conceptual definition of a legal person is presented; secondly, the main theoretical models that deny or accept criminal liability regimes of legal persons are addressed; thirdly, an explanation is offered about the changes in the regulations on the liability of legal persons in countries that have adopted a continental legal system; and, fourthly, the liability regime adopted in Peru is defined. After a review of various documentary sources related to the objectives set, we conclude that the aphorism *societas delinquere nec punire potest* is not an irrefutable dogma, but rather a political issue. Therefore, the adoption of a model of criminal liability of self-responsibility for legal persons is plausible, both with respect to Peru and with respect to other countries that have adopted a continental legal system.

Keywords

Legal person; criminal liability; self-liability; hetero-liability.

Resumo

*Este artigo aborda a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com atenção especial ao caso peruano, e por meio de uma perspectiva anticonceitual. Para isso, em primeiro lugar, é apresentada uma definição de pessoa jurídica em uma perspectiva anticonceitual; em segundo lugar, são abordados os principais modelos teóricos que negam ou aceitam os regimes de responsabilidade penal das pessoas jurídicas; em terceiro lugar, apresenta-se uma explicação sobre as alterações dos regulamentos sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas nos sistemas jurídicos de tradição jurídica continental; e, em quarto lugar, é definido o regime de responsabilidade adotado no Peru. Após uma revisão de várias fontes documentais relacionadas com os objetivos traçados, concluímos que o aforismo *societas delinquere nec punire potest* não é um dogma irrefutável, mas, sim, uma questão política, razão pela qual a adoção de um modelo de responsabilidade criminal por autorresponsabilidade pelas pessoas jurídicas é plausível, tanto no que diz respeito ao Peru quanto em relação a outros países de tradição jurídica continental.*

Palavras-chave

Pessoa jurídica; responsabilidade criminal; autorresponsabilidade; heterorresponsabilidade.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no constituye un tópico *nuevo* en el Derecho, pues se tienen antecedentes que datan incluso del Derecho medieval, sin embargo, tampoco es una discusión que se haya abandonado o dejado de lado. Al contrario, se trata de un tema que no ha perdido relevancia y que en la actualidad se ha intensificado a partir de las diversas transformaciones del Derecho en los sistemas jurídicos de tradición continental, incluyendo al peruano. Esto ha motivado que la discusión se reavive en dichos sistemas, argumentándose posturas que niegan la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas (GRACIA MARTÍN, 2016; CIGÜELA SOLA, 2015 y 2016), como también posturas que la aceptan bajo distintos modelos, entre los que pueden citarse a aquellos de heterorresponsabilidad y de autorresponsabilidad (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2012; BUSATO, 2019; GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010). Sin embargo, una revisión del estado de la cuestión en Perú permite observar que la discusión en la doctrina y la jurisprudencia peruana es aún escasa, a diferencia de lo que acontece en otros países de tradición jurídica continental. En el presente artículo se pretende reevaluar el aforismo *societas delinquere nec punire potest* con especial atención en Perú y con un enfoque particular: una revisión crítica de los modelos propuestos en la doctrina a partir de una perspectiva anticonceptualista a fin

de explicar y justificar la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica. Para ello, como objetivos específicos, en primer lugar, se busca presentar una definición de persona jurídica a partir de una perspectiva anticonceptualista; en segundo lugar, se abordan los principales modelos de responsabilidad de las personas jurídicas; en tercer lugar, se explican los cambios en las regulaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en sistemas jurídicos de tradición continental; y, en cuarto lugar, se define el régimen de responsabilidad adoptado en Perú.

Para lograr tales objetivos, el trabajo se estructura en seis secciones, versando la primera sobre la idea de la persona jurídica; la segunda sección, respecto de las teorías acerca de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la doctrina del Derecho Penal; la tercera sección, como una aproximación comparada a la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica; la cuarta sección, acerca del tratamiento legislativo de la responsabilidad de la persona jurídica en Perú; la quinta sección aborda el aforismo *societas delinquere nec punire potest*; y, finalmente, la quinta sección en la cual se plasman las conclusiones en relación con los objetivos planteados.

1. LA IDEA DE PERSONA JURÍDICA

La idea de *persona jurídica* es, como sucede con otras categorías en el Derecho, una construcción conceptual propia de la ciencia jurídica, elaborada por los *pandectistas* en la primera mitad del siglo XIX (LÔBO, 2009). Y aunque es posible atribuir el concepto de *persona jurídica* para describir distintos fenómenos a lo largo de la historia, e incluso antes del siglo XIX, este concepto no siempre tuvo la misma relevancia para el Derecho.

Por mucho tiempo en Roma se consideró como *persona* únicamente al hombre —o más precisamente al ciudadano romano (PONTES DE MIRANDA, 1999). Fue la necesidad de cumplir con los propósitos en sociedad lo que impulsó a que aquellos individuos, que realizaban actividades en comunidad de intereses, fuesen considerados de manera colectiva, es decir, como un solo ente. Es así que va surgiendo la idea de un *sujeto colectivo*. Y más adelante, en atención a los intereses económicos y a la limitación de la responsabilidad, la idea de *persona jurídica* en un sentido mucho más amplio, haciendo referencia a un sujeto jurídico que no necesariamente implicaría una representación de una colectividad de personas (MAISCH VON HUMBOLDT, 1970).

Sin embargo, el concepto de persona jurídica ha sido objeto de discusión recurrente en la doctrina (BRECCIA *et al.*, 1995), pudiendo distinguirse teorías que consideran la persona jurídica como un ente real y otras como uno ficticio, como a continuación se expone.

1.1. TEORÍAS DE LA PERSONA JURÍDICA

En el siglo XIX, se comenzó a construir la idea de *persona jurídica* y a divulgarse en la voz de Savigny (1879), para quien esta es el resultado de una operación de puro *fingimiento* que solo

sirve para fines jurídicos a efectos de considerarla como sujeto de las relaciones de derecho, pues el Derecho solo puede regular la conducta humana. Así frente a esta teoría surge la de Gierke (1895), para quien la persona jurídica no es un mero artificio o ficción, sino una realidad viva con una voluntad e interés propio e independiente a la de sus miembros y que, como el ser humano, también cuenta con una “cabeza” y un “cuerpo”, aunque no bajo una estructura natural, sino social. De ahí que la teoría de Gierke sea llamada como *teoría de la realidad*, en contraposición a la *teoría de la ficción* de Savigny.

Estas dos teorías servirían de base para la discusión acerca del concepto de persona jurídica, desarrollándose luego otras similares a las mencionadas o de perspectivas totalmente distintas (cfr. PLANIOL y RIPERT, 1997). Así, por ejemplo, actualmente se sostiene la teoría de la *realidad técnica* o *realidad jurídica* (PEREIRA, 2017), en la cual la persona jurídica asume un sentido existencial en razón del vínculo jurídico que se reconoce a sus integrantes, y que es el factor psíquico de su constitución, y posee una identidad propia, así como un *corpus*, que administra y mantiene a la persona jurídica en contacto con el mundo, y un *animus* que es la idea dominante manifestada por el órgano correspondiente de la persona jurídica. El desenvolvimiento de la persona jurídica es la prueba de su existencia. Pereira cuestiona que las teorías de la ficción no explican satisfactoriamente el concepto de persona jurídica. El citado autor parte de la idea de que la realidad no se agota únicamente en lo que se pueda captar a través de los sentidos. Pone como ejemplo al propio Estado, a partir del cual la teoría de la ficción se evidencia como una contradicción, puesto que si el Estado como persona jurídica es una ficción, entonces la ley, creada por el Estado, y que crea a la persona jurídica, sería una construcción abstrusa y la personalidad del Estado no tendría explicación: pues el reconocimiento de su existencia no puede ser el resultado de su actividad, sino que tendría que ser *anterior* a su existencia como Estado.

Sin embargo, estas objeciones parecen ser producto de un mal entendido del concepto de *ficción*, tal como explica Vaihinger en su obra *Die Philosophie des Als Ob* (“La filosofía del como si”, 1922), para quien la ficción no se refiere meramente a un *objeto falso* o *imaginario*, sino a un medio (aunque artificial) para el conocimiento de la realidad. Dicho de otro modo, la ficción no busca afirmar algo falso, sino algo real, ese es su objetivo. Un conocimiento que, agrega Kelsen (2003), no solo se reduce a la realidad sensible, sino que se refiere al conocimiento en su generalidad, lo que incluye al conocimiento del Derecho. Partiendo de dicha idea, para Kelsen, las ficciones jurídicas son constructos mentales que tienen el propósito de aprehender el orden jurídico por medio del pensamiento. Así, el concepto de persona jurídica puede ser considerado como una ficción de *personificación*. El principio común, señala Vaihinger, es la hipóstasis, la cual supone considerar un concepto abstracto como real, atribuyéndole la calidad de substancia, aunque en la realidad no la posea.

El propósito, entonces, de las ficciones jurídicas, no es el de *crear una realidad* o un *engaño*, sino el de permitir el conocimiento simplificado del objeto de la ciencia del Derecho. El problema se suscita cuando aquel constructo mental se tiene como un concepto objetivo de

la experiencia, deviniendo en “falsos problemas” o “contradicciones autogeneradas” —en palabras de Vaihinger— como en los que cae Pereira (2017): pues, una cosa no puede *ser* y al mismo tiempo *no ser*. Un individuo humano, por ende, no puede equipararse a un *sujeto del derecho* como realidad empírica, ya que el primero es un ente real, y el segundo es un constructo mental —que no niega la existencia del primero—, sino que permite conocer el orden jurídico que regula la conducta del primero.

Entonces, para Kelsen (1982), la persona jurídica supone una ficción que permite visualizar y simplificar la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos, esto es, de un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos en ciertas condiciones. Siendo esto último de suma importancia, pues, para Kelsen, el Derecho solo puede regular la conducta del ser humano, lo que no implica negar la existencia de aquella pluralidad de individuos que actúa en comunidad de intereses, pues hablar del individuo es diferente a hablar de la personificación jurídica del orden que regula sus acciones.

Así, para D’Alessandro (1989), *persona jurídica* es un sintagma propio del lenguaje técnico del Derecho que permite, tal como sustentaba Kelsen, simplificar la regulación de la conducta de quienes la componen o actúan en su nombre. Esta definición sería acogida, a su vez, por Galgano (1990), aunque este último iría aún más lejos argumentando que la persona jurídica no se trata propiamente de un sujeto de derecho *distinto* a sus miembros, sino de un atributo o cualidad conferido al individuo o pluralidad de individuos como resultado de una *hipostatización* y que, finalmente, recibe el nombre de *persona jurídica* (GALGANO, 2006). Entonces, para Galgano (2010), la persona jurídica se trata de una metáfora que, tal como advertía Kelsen (2003), no debe confundirse con la realidad empírica.

1.2. LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

En el Derecho Civil peruano, los artículos 76 al 79 del Código Civil de 1984 regulan la “existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica” (artículo 76), aunque su desarrollo se encuentre tanto en disposiciones del propio Código Civil como también en otros cuerpos normativos. En esto, es interesante citar el artículo 78 del referido Código sustantivo, el cual expresa: “La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”.

Al respecto, la exposición de motivos del Libro de Personas en el que está contenido es bastante clara: cuando se habla de “la existencia de la persona jurídica”, no se está haciendo referencia a una existencia empírica, sino a una existencia “puramente legal o formal”, apartándose así de aquellas teorías de la realidad, también llamadas orgánicas, como la de Gierke —la cual es negada expresamente en la exposición de motivos del Código Civil (REVOREDO MARSANO, 2015, p. 202). De este modo, “[mencionar] «persona jurídica» es solo enunciar un concepto”, el cual es descrito como “el resultado de un proceso mental de reducción a la unidad —para fines prácticos— de una colectividad o pluralidad organizada de personas

naturales”, con el propósito de “[facilitar] en la vida de relación jurídica la operatividad de organizaciones de personas que, a través de una actividad común, realizan fines valiosos”, pero lo más interesante es que, y en esto puede verse reflejada de alguna manera la idea de Galgano, se describe a la persona jurídica como “un privilegio concedido por el ordenamiento jurídico a una determinada colectividad destinada a cumplir ciertos fines coexistentes que la persona natural no puede o no desea cumplir en forma individual” (REVOREDO MARSANO, 2015, p. 208).

Ello, sumado a que el Código no solo reconoce la validez de los negocios jurídicos efectuados por la persona jurídica en cuanto persigan un *fin valioso*, sino que también pone atención en cómo estos repercuten respecto de sus integrantes —aunque en algunos casos, con responsabilidad limitada—, denotando que la conducta regulada finalmente no es la “conducta de la persona jurídica” —como quizá se pretendería bajo la teoría de la realidad—, sino aquella conducta humana, sea de sus integrantes o de sus representantes. La persona jurídica, entonces, es vista bajo una dimensión normativa como un centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, pero además bajo una dimensión sociológica que es constituida por las conductas humanas intersubjetivas, y bajo una dimensión valorativa en cuanto persigue un fin valioso (ESPINOZA ESPINOZA, 2014; FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2012; VARSİ ROSPIGLIOSI, 2014).

1.3. IMPLICANCIAS PRÁCTICAS DE LAS TEORÍAS DE LA PERSONA JURÍDICA

Ahora bien, cabe resaltar que la noción de persona jurídica que se adopte tiene implicancias en la práctica, esto es, en las interacciones subjetivas. En ello residiría el aporte fundamental de la dogmática, es decir, no en realizar la *mejor descripción*, sino en la preocupación por las implicancias prácticas de una categoría jurídica (GALGANO, 2006 y 2010).

Tal como advierte Galgano, la función de la persona jurídica parece ser la de otorgar ciertos *privilegios* a sus miembros, creando regímenes especiales como excepción al derecho común que rige a los individuos (GALGANO, 2006); privilegios que, en muchas ocasiones, parecen quedar *reservados* a cierta clase social, especialmente aquella clase empresarial (GALGANO, 1974).

Una apreciación del autor citado que no parece ser una descripción que se aleje de la realidad de países como Perú y otros en Latinoamérica, en los que, en cierta medida, se ve a la persona jurídica no tanto como una forma de *realizar fines valiosos*, sino más bien como modo de limitar la responsabilidad de sus integrantes (DOBSON, 1985). Empero, sobre esto último, Galgano (2010) advierte que los integrantes de la persona jurídica no son “terceros” frente a los acreedores de la persona jurídica, sino que son verdaderos deudores u obligados, la diferencia es que gozan de aquel privilegio denominado como *responsabilidad limitada*.

Este problema, sin embargo, cobra otro matiz cuando se discute sobre la sujeción o no de las personas jurídicas a la *responsabilidad penal*. En discusiones como esta no debe olvidarse que, como advierte asimismo Galgano (2006), la dogmática no solo juega un rol de

ciencia descriptiva, sino que también cumple una función *político-ideológica*, pues en último término, la interpretación y aplicación del Derecho también resultan operaciones de política del Derecho.

2. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA EN LA DOCTRINA

No es extraño encontrar autores que afirman que la atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas se trata de una *novedad* o del resultado de la influencia del *commonlaw*, sin embargo, tales afirmaciones terminan siendo falaces a partir de una revisión histórica de la persona jurídica. Y es que, como demuestra Busato (2019), la responsabilidad penal de los entes colectivos posee antecedentes extendidos durante siete siglos anteriores al siglo XIX, evidenciando además que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se originó en el derecho continental, pasando luego al *commonlaw*.

La posición dominante antes del siglo XIX consistía en la represión penal a hechos practicados por personas jurídicas. Aunque tampoco puede negarse que, de igual manera y muy tempranamente, ya existía oposición a tal reconocimiento en el derecho medieval. Así, para los canonistas, los derechos no eran sino “gracias de Dios” concedidas a los hombres, a partir de lo cual elaboraron un concepto propio de *universitas*, la que, al tratarse de un *ser* sin *alma*, no podría ser excomulgada al no ser posible que cometa pecado y, por tanto, tampoco podría tener capacidad delictiva (BACIGALUPO SAGGESE, 1998). Bajo este argumento es que se concluye en aquella máxima tan conocida atribuida al Papa Inocencio IV: “[S]ocietas delinquere nec punire potest”. Sin embargo, la posición de los canonistas era en esa época tan solo una posición minoritaria (BUSATO, 2019).

El abandono de la postura que sustentaba la responsabilidad penal de la persona jurídica surgiría en razón de la *recuperación* de la abandonada doctrina del *Corpus Juris* romano, y entroncaría la exclusividad de la responsabilidad penal individual a partir del Renacimiento, cuando se adoptaría la postura del liberalismo individualista en tantas áreas del conocimiento, como del Derecho mismo (GONZÁLEZ CUSSAC, 2020). Así, pues, Busato (2019) concluye que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no constituye una novedad jurídica, sino una desviación del modelo penal de la Ilustración hacia una propuesta que era ya manejada durante muchos siglos atrás.

La discusión sobre la atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, entonces, es un tópico que se ha retomado y en el que se encuentran diversas posturas que pueden agruparse en los modelos que a continuación se describen: por un lado, negando la posibilidad de atribución de responsabilidad o, por otro, atribuyéndola de manera directa e indirecta o bajo *autorresponsabilidad* o *heterorresponsabilidad*, en términos de Galán Muñoz (2011, p. 2017).

2.1. MODELOS NEGACIONISTAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Gracia Martín (2016), niega que la responsabilidad de las personas jurídicas pueda ser penal argumentando que, siendo que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, *ergo*, culpabilidad, entonces no es posible imponerles sanciones penales o incluso administrativas.

El problema de la tesis de Gracia Martín es que parte de una base *antiformalista* —en el sentido de que se niega la existencia de *formas jurídicas* independientes del Derecho Positivo— para proponer argumentos *formalistas*. Siguiendo a Kelsen, la tesis (antiformalista) de una teoría pura constituye una perspectiva para la comprensión del *Derecho Positivo* y sus problemas sin acudir a conceptos morales o dogmas formales —como los propuestos por la *jurisprudencia de conceptos* que criticó dura y frontalmente el *segundo* Ihering (2015), y más adelante Hart (1994).

No hay un “cielo de conceptos jurídicos” que indique un concepto unívoco de responsabilidad penal o de sanción penal, sino que estos conceptos solo resultan plausibles en cuanto descripción del Derecho Positivo vigente en una época y lugar determinados. Así, no hay una respuesta específica en relación con lo que debe o no hacer un sujeto de derecho, sino que los sujetos de derecho son centros de imputación de derechos y deberes; imputación que realiza *artificialmente* la autoridad competente (KELSEN, 1982).

Para Kelsen, cuando el ordenamiento atribuye una consecuencia jurídica a ser cumplida por un individuo en razón de un acto ilícito, es que se habla de responsabilidad. Sin embargo, la sanción no tiene necesariamente que dirigirse contra el individuo obligado, sino contra otro u otros, que tengan alguna relación jurídica establecida, no por un concepto o un dogma, sino por el ordenamiento jurídico vigente. Si bien las sanciones se dirigen esencialmente contra el *ser humano* y no contra la *persona* —entendida como *ficción jurídica*—, ello no quiere decir que no puedan establecerse consecuencias para el individuo o para la colectividad en la que se basa aquella *persona*, ni tampoco implica que no puedan establecerse consecuencias que afecten la situación jurídica que se le imputa a la *persona* como tal, sea individual o jurídica. Como un ejemplo histórico puede citarse la *capitis deminutio* en el Derecho romano, o, actualmente, las penas de inhabilitación.

En tal sentido, pese a que el modelo negacionista de Gracia Martín (2016) se esfuerza en sustentarse en diversas otras fuentes de la *dogmática*, el tipo de tesis descriptiva que sustenta, sumado a su distanciamiento con el Derecho Positivo como el objeto de la ciencia jurídica, advierte que se trata de una propuesta basada en *dogmas* y no como una expresión de la *dogmática* (GALGANO, 2010), por lo que, al no resultar consistente, hay razones suficientes para abandonarlo.

Situación similar ocurre con la propuesta de Cigüela Sola (2015, 2016), quien pese a pretender apartarse de los “moldes clásicos de la dogmática”, termina restringido a los mismos, alejándose del propio Derecho Positivo sobre el cual busca construir su teoría (GALÁN MUÑOZ, 2017). El modelo de Cigüela Sola rechaza la idea de culpabilidad en las personas jurídicas, y, por tanto, la posibilidad de atribuirles responsabilidad penal. Propone, en ese sentido, una denominada *responsabilidad estructural* —que no es en esencia propiamente *penal*—,

de característica objetiva, consistente en la atribución de responsabilidad a sujetos colectivos en los que, por la existencia de factores criminógenos en su interior, hayan cometido algún delito.

Este modelo parte de una concepción de la persona jurídica como *meta-sujeto*, entendida como una organización con capacidad de desarrollar “un modo de ser y estar”, lo que parece tener elementos tanto de las teorías orgánicas de la persona jurídica —por la capacidad y funcionamiento que le atribuye Cigüela Sola—, como de las teorías de la ficción —al señalar que los *meta-sujetos* son sujetos compuestos por “múltiples sujetos”—, sin advertir el problema de la heterogeneidad irreconciliable de los elementos de ambas tesis. Estas dificultades conceptuales, sumadas a los inconvenientes prácticos que el modelo de *responsabilidad estructural* presenta a efectos de caracterizar o implementarse en sistemas jurídicos penales, así como a efectos de establecer la propia responsabilidad que propone en las grandes empresas de hoy, motivan el rechazo de su propuesta.

2.2. MODELOS DE HETERORRESPONSABILIDAD

Partiendo de la idea de que solo el ser humano es responsable penalmente, estos modelos sustentan la tesis de que afirmando la responsabilidad del individuo, esta se traslada a la persona jurídica. Dicho de otro modo, la persona jurídica es responsable, pero no por actos propios, sino por hechos ajenos.

El primero de estos modelos es el denominado *vicarial*, el cual sitúa a la *persona jurídica* en una posición principal respecto de sus empleados y representantes, que actúan como sus agentes, lo que permite extender la responsabilidad de estos últimos hacia la persona jurídica. Este modelo ha tenido bastante aceptación en el sistema norteamericano, al prestar atención a la expansión de las personas jurídicas en la sociedad y así como a su capacidad de afectar intereses generales, sustentándose sobre fundamentos pragmáticos, y no tanto dogmáticos, pues este modelo establece una responsabilidad penal a las personas jurídicas prescindiendo de la culpa —como observa Tiedemann (1995). Bajo este modelo, la atribución de responsabilidad penal exige el cumplimiento de dos presupuestos: (1) la conducta delictiva debe haber sido realizada por un empleado o representante de una organización y en ejercicio de sus funciones, y (2) el delito debe haberse cometido con intención de beneficiar a la organización (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2004).

Un segundo modelo es el de responsabilidad por *identificación*, el cual identifica a la organización con sus miembros activos. En tal sentido, los actos que realizan los individuos que forman parte de la organización, se entienden como actos realizados en nombre e interés de la organización (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2012). Sobre esa base se establecen deberes de prevención o de vigilancia hacia la organización, cuya omisión constituye justificación suficiente para la imputación de responsabilidad penal a la organización —aunque su fuente sea la conducta de los individuos que la conforman.

Sin embargo, el problema de este último modelo, como anota Günther Heine (1997), es que solo podría funcionar en *pequeñas empresas*, pues solo estas cuentan con una estructura jerárquica lineal que permite advertir la presencia de un órgano responsable del control de la organización. Y esa, precisamente, no es la realidad que actualmente se vislumbra, en la que se observa el surgimiento de organizaciones empresariales complejas y con una pluralidad de órganos con diferentes funciones.

2.3. MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDAD

En cuanto a las teorías de la autorresponsabilidad, puede citarse en primer lugar el modelo propuesto por Gómez-Jara Díez (2010), influenciado por los sistemas *autopoiéticos* de autores como Luhmann y Teubner. Según este modelo, se imputa a las personas jurídicas la adopción de una postura de *fidelidad* al Derecho. La responsabilidad de estas se sostiene en razón de su propia estructura organizacional, y su funcionalidad o disfuncionalidad frente al sistema. De este modo, la atribución de responsabilidad requiere la verificación de diversas condiciones concurrentes que parten del denominado *hecho de conexión*, al que se suma la circunstancia de que la persona jurídica haya sido organizada de manera tal que genere un riesgo más allá de lo permitido, y que tal riesgo haya devenido en un resultado lesivo concreto. A esto se suma una condición adicional, que el *hecho de conexión* haya sido realizado en nombre o por cuenta, y de acuerdo al interés, de la persona jurídica.

Busato (2019) cuestiona este modelo, debido a que el *hecho de conexión* no es más que la conducta cometida por un individuo contra un bien jurídico tutelado. Por tanto, el modelo de Gómez-Jara Díez en realidad es un modelo de *heterorresponsabilidad*, pues, pese a afirmarse que la responsabilidad es atribuida por un defecto de organización en la propia persona jurídica y no por un hecho ajeno, el concepto —y condición— de *hecho de conexión* termina sugiriendo todo lo contrario.

Según Busato, para poder atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica debe resolverse el dilema acerca de cómo estructurar dicha responsabilidad sobre una acción (desvalor de acción) y un resultado (desvalor de resultado) producidos por la misma persona jurídica. Para resolver este dilema, Busato propone reevaluar el concepto de acción. Según este autor, el concepto de acción ontológica debe superarse, lo que no significa que abogue por su abandono, sino por un cambio de paradigma conceptual. Para Busato, la responsabilidad de las personas jurídicas no puede tener como punto de partida el concepto ontológico de acción, sino que propone prestar atención a un concepto de *acción significativa* (VIVES ANTÓN, 2010).

Bajo esta construcción teórica, la acción no se identifica por la ideación o por la búsqueda de un fin, sino por el comportamiento al que se le atribuye determinado significado o, en palabras del propio Busato, por “la característica de seguir una regla” (BUSATO, 2019, p. 93). Se justifica así la responsabilidad de la persona jurídica por el desvalor de acción. Y se emplea el mismo razonamiento para justificar lo propio en relación con el desvalor de resultado, contexto que resulta menos problemático, pues no se encuentra la misma opo-

sición dogmática en cuanto a considerar que una persona jurídica pueda lograr algún resultado determinado, sea deseado o no deseado por el Derecho.

Finalmente, Busato se enfoca en el problema de la culpabilidad, el cual requiere demostrar que la persona jurídica posee una voluntad propia y distinta a la de sus asociados. Este problema, según él, se resuelve al considerar que la voluntad de la persona jurídica es una voluntad *resultante* de la suma de voluntades de sus socios. Pueden, entonces, coincidir hacerlo o no, pero en todos los casos se distinguen. Para ilustrar ello, Busato formula como ejemplo el caso de las decisiones adoptadas por órganos colegiados de personas jurídicas. Por tanto, si las personas jurídicas poseen voluntad propia, entonces también puede afirmarse su culpabilidad.

3. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA A LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Según García Caverio (2005), es posible identificar tres momentos en la historia que han marcado hitos en el desarrollo, reflexión y discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: (1) el surgimiento del fenómeno corporativo que, desde fines del siglo XVIII, no solo propició el debate acerca de la esencia de las personas jurídicas, sino además respecto a su regulación; (2) el derecho de ocupación de la postguerra mundial que favoreció una mezcla cultural por imposición de los aliados en el territorio alemán, resolviéndose casos contra personas jurídicas en base a principios del *commonlaw*, desatando así una discusión a mediados del siglo XX acerca de si las personas jurídicas podían o no cometer delitos; (3) la protección del mercado único comunitario, propuesta por la Comunidad Europea a finales de la década de los 1980, que planteó implantar medidas regulativas y punitivas a las personas jurídicas para garantizar el funcionamiento del mercado común, volviendo a impulsar la discusión acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Aún con puntos en común, las reacciones de los países europeos frente a cada uno de estos hitos, y las discusiones desatadas, resultaron en respuestas que se volvieron cada vez más particulares sobre todo a fines del siglo XX.

Así, por ejemplo, en Europa Oriental, países como Alemania, mantuvieron —y mantienen— una base doctrinal inseparable del aforismo *societas delinquere nec punire potest*. Una postura basada incluso en su entendimiento de los preceptos constitucionales, a partir de los cuales la responsabilidad penal solo puede ser atribuida en base a los principios y garantías que rigen el sistema penal, de los cuales se destaca el principio de culpabilidad. Partiendo de ello, la tendencia en Alemania ha sido rechazar la posibilidad de atribuir responsabilidad a la persona jurídica, pues la idea de la *culpabilidad* de la persona jurídica no es bien recibida —ni en su literatura jurídica, ni en sus propios tribunales (PÉREZ ARIAS, 2014).

Caso distinto al de Holanda, que es catalogado como el primer país europeo de tradición continental al introducir, hace más de 60 años, un régimen de responsabilidad penal para las

personas jurídicas; manejando en su momento una posición minoritaria que, con el paso del tiempo, ha ido extendiéndose a más países, a punto de que aquel dogma de negación de la responsabilidad de las personas jurídicas ha quedado siendo una posición minoritaria hoy en día. De hecho, como comenta Vervaele (2014), solo un par de países, fuera de Alemania, conservan la doctrina clásica de *societas delinquere non potest*. La explicación de ello, como agrega Vervaele (2014, p. 525), sería la respuesta holandesa a:

la realidad social en una sociedad industrial y post-industrial moderna, que parte del principio de que las personas jurídicas ocupan, en el seno de los cambios socio-económicos, un lugar absolutamente fundamental; en esta condición, tienen derechos y deberes que incluyen una responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a ella).

A partir de la influencia del modelo holandés, así como los cambios políticos en Europa para la protección del mercado común, países que eran considerados del *núcleo duro* de la dogmática negacionista de la responsabilidad, tales como Francia, Suiza, España, Austria, Bélgica, entre otros, comenzaron a introducir regímenes de responsabilidad para las personas jurídicas con el pasar del tiempo (BRODOWSKI *et al.*, 2014; PIETH y IVORY, 2011).

En Francia, con la entrada en vigencia de su Código Penal de 1994, se estableció que las personas jurídicas, con excepción del Estado, están sujetas a responsabilidad penal por aquellos delitos cometidos por sus órganos o representantes en su nombre, quedando sujetas a penas tanto pecuniarias (i.e., multas) como también no-pecuniarias como son la disolución, la inhabilitación, la supervisión judicial, la clausura de establecimientos, y otras. En tal sentido, la tendencia en Francia, tanto en los cuerpos legislativos como en la doctrina, es a la aceptación de la necesidad y el valor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque ello no exceptúa la existencia de debates (DECKERT, 2014).

En Italia, aun teniendo una fuerte influencia de la dogmática penal, se adoptó un régimen de responsabilidad directa de las personas jurídicas a partir de la reforma de 2001, y bajo influencia de políticas internacionales. Este sistema, sin embargo, se caracterizó por ser distinto al de Holanda o Francia, pues adoptó un régimen de responsabilidad *híbrido*, atribuyendo a la persona jurídica responsabilidad administrativa en el marco de un proceso penal (DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2018).

En España, si bien el Código Penal de 1995 rechazaba la idea de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, el propio Código contempló una regulación sistemática distinta a aquellas en los anteriores códigos, estableciendo *consecuencias accesorias* aplicables a las personas jurídicas por la comisión de delitos de ciertos sujetos activos bajo determinadas condiciones de vinculación con los entes colectivos. A partir de la Ley Orgánica 5/2010 se adoptaría un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas y, con ello, se desataría una serie de discusiones respecto a la naturaleza y los efectos de dicho régimen (GALÁN MUÑOZ, 2011). El problema de esta reforma se evidenció por su articulado, el

cual presentaba inconsistencias debido a que contenían ciertos elementos que sugerían la adopción de un sistema de heterorresponsabilidad por transferencia, así como elementos que sugerían haber adoptado un sistema de autorresponsabilidad. La siguiente reforma, concretada por la Ley Orgánica 1/2015, tampoco acabaría con las discusiones acerca del tema, sino que, al parecer, las intensificaría e incluso a nivel institucional (GALÁN MUÑOZ, 2017). Por un lado, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1-2016 se orientaría a afirmar la adopción de un modelo de heterorresponsabilidad, descartando cualquier construcción de la culpabilidad de la empresa (GOENA VIVES, 2017); y, por otro, el Tribunal Supremo, a partir del Pleno Jurisdiccional de 29 de febrero de 2016, se decantaría por calificar el modelo adoptado como uno de autorresponsabilidad o *por hecho propio*, al sostener que fuera de la elección de uno u otro modelo, tal régimen debe tener en cuenta los principios del Derecho Penal, pues estos son irrenunciables (GÓMEZ-JARA DIEZ, 2017).

Latinoamérica, por su parte, no fue ajena a ese proceso evolutivo de reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La influencia, en menor o mayor medida provino de diversos organismos internacionales, en los que, si bien puede mencionarse a la Organización de las Naciones Unidas o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos no serían los que habrían producido el mayor impulso en el desarrollo de políticas y disposiciones legales en materia de responsabilidad de las personas jurídicas. Fue la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –en adelante OCDE–, la que evidenció su preocupación por la introducción y la concreción de valores éticos en los ámbitos público y privado en los países que la integraban, con miras a minimizar riesgos de daños a la colectividad y evitar conductas ilícitas en general. Lo cual se refleja de forma concreta en la variedad de normas que la Organización ha publicado para fomentar la creación y el desarrollo de mecanismos de control y prevención de delitos, es decir, de programas de *criminal compliance*. De ahí que la OCDE sea el organismo internacional que más ha impulsado una cultura de cumplimiento normativo para la prevención de delitos empresariales; evidenciando que los países más débiles económicamente son precisamente aquellos que más resultaban abandonados respecto de legislaciones que abordan lo relativo a los programas de *criminal compliance*, y promoviendo que en las legislaciones de Latinoamérica se regule un sistema de prevención de delitos empresariales, así como la regulación de un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas (BUSATO y SCANDELARI, 2019).

De esta manera, en Chile, después de setenta años de proyectos de reformas, mediante la Ley n. 20.393 de 2009, por primera vez se reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho y respecto de personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado –en cumplimiento con las exigencias de diversos organismos y tratados internacionales, destacándose al OCDE. Posteriormente, su ámbito de aplicación se amplió al compás de cada modificación del Código y leyes penales que apuntaban a delitos diversos. El modelo de imputación acogido por Chile fue el de responsabilidad atribuida, donde además del equivalente

funcional de la tipicidad y la antijuricidad, se exige un componente de responsabilidad de la propia empresa como equivalente funcional de su culpabilidad: “el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión” (artículo 3 de la Ley n. 20.393). Asimismo, de manera paralela, acoge un modelo de responsabilidad autónoma (Ley n. 20.393), posibilitando sancionar a la persona jurídica aún si no se condenase a las personas naturales que la conforman. Y reconoce como eximente la defensa de cumplimiento (*compliance*), la cual consiste en que la persona jurídica puede adoptar o implementar “con anterioridad a la comisión del delito” modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos (MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, 2021).

En Argentina, la posición de la doctrina ha sido la de negar responsabilidad penal a las personas jurídicas, la cual se sustentaba en postulados de la dogmática penal tradicional como también en el propio derecho constitucional vigente. Sin embargo, una revisión de la legislación penal y sus antecedentes permiten advertir que se han venido estableciendo normas penales que sancionan a las personas jurídicas de forma progresiva y gradual incluso desde el siglo XIX. Así, esta introducción gradual de un régimen de responsabilidad penal se daría a partir de la dación de la Ordenanza de Ley de Aduanas aprobada por Ley n. 810 del año 1876, mediante la cual se estableció la responsabilidad de los comerciantes por hechos de sus dependientes, regulándose en el marco de operaciones de Aduana, la posibilidad de imponer pena de multa a las personas jurídicas. Sobre este antecedente, se promulgarían diversas otras disposiciones, en materia económica y comercial, estableciendo responsabilidad penal a las personas jurídicas, y ampliando de manera progresiva el ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas hasta la actualidad (PRADO, 2018).

Esta aproximación comparada a la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas permite observar que la adopción, así como los cambios, de uno u otro modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, se produce no solo por la concepción teórica que se tenga respecto de las categorías del Derecho —y especialmente del Derecho Penal—, sino, sobre todo, por la influencia política como respuesta a los cambios sociales acontecidos. Aspectos que en su momento ya resaltaba Hart (2009), al expresar que la autoridad del Derecho no proviene de *dogmas* o *conceptos jurídicos*, sino de prácticas sociales. De esta manera, al considerar el Derecho como una disciplina instrumental es posible afirmar que este tiene el propósito de cumplir funciones sociales.

4. EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN PERÚ

El impulso por introducir o establecer un régimen de responsabilidad ha sido el resultado de un proceso histórico y social, y no meramente de un mandato o conjunto de mandatos. Un proceso que tuvo como base (i) el protagonismo que en los últimos años han ido adquiriendo las personas jurídicas en el ámbito económico y social; y, (ii) la necesidad del Estado de ejercer control sobre aquellas actividades empresariales que podrían llegar a configurar ilícitos

penales (RODRÍGUEZ CASTRO, 2016). Y un proceso que, así como en Europa, también se suscitó en Perú, desde el cual se ha observado una progresiva tendencia legislativa de establecer un sistema de imputación penal para las personas jurídicas. En tal sentido, uno de los antecedentes en Perú, a partir de los cuales podría afirmarse una posible discusión de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, se encuentra en el Código Penal de Santa Cruz de 1836, que introdujo el delito de quiebra, y dentro del cual se destaca el artículo 632 que establecía en la última línea del texto que las “empresas arriesgadas, no siendo temerarias, no deben reputarse culpables”. Una disposición que podría interpretarse de diversa manera, pero que refleja una preocupación por los actos de las empresas y su vinculación con la comisión de delitos.

Posteriormente, en 1966, dentro de las medidas gubernamentales para combatir la deplorable situación económica que se vivía en Perú, y a fin de mitigar los peligros apremiantes en la sociedad de aquella época, se promulgó la Ley n. 16185 que tipificó como delitos el contrabando y la defraudación de rentas de aduanas, conforme lo siguiente:

Art. 9. Las personas jurídicas o los comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurran en la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación en los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten.

Por primera vez se recogía una imputación penal directa para las personas jurídicas, reconociendo su capacidad de incurrir en la comisión de ciertos delitos y, así, la aplicación de sanciones según el caso concreto. Sin embargo, en la doctrina se cuestionaría que tales disposiciones estableciesen un régimen de responsabilidad penal, pues argumentaba que las “sanciones” establecidas tenían solo carácter administrativo (BARLETTI VALENCIA, 1968). En 1988, la Ley n. 24939 modificó las reglas vigentes, precisando que únicamente personas naturales serían responsables en delitos de contrabando y rentas de aduanas.

Hacia 1989 empezaron a vislumbrarse nuevos intentos de incluir medidas penales aplicables a las personas jurídicas. Ello en atención a los proyectos de modificación del Código Penal de España, que se habían empezado a ocupar de la figura de las *consecuencias accesorias*, en ocasión de los casos *Contergan* en Alemania (CANCIO MELIÁ, 2011), y el aceite de Colza en España (HASSEMER y MUÑOZ CONDE, 1995), en los que se establecieron sanciones penales a entes colectivos.

En 1991, se promulgó un nuevo Código Penal en Perú, estableciéndose medidas aplicables a la persona jurídica que actualmente están reguladas en el artículo 105, el cual prescribe que si un hecho punible “fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo”, entonces el juez debe

aplicar medidas tales como la clausura de establecimientos, disolución y liquidación, suspensión y prohibición de actividades, penas de multa, entre otras.

Dicha disposición, a diferencia de los primeros bosquejos de responsabilidad del ente colectivo, acopia un cúmulo de medidas que pueden caracterizarse como sancionadoras, pues en el fondo generan un menoscabo en el ejercicio de las potestades del ente colectivo. En tal sentido, es posible afirmar que se habría adoptado un sistema de imputación objetivo para los entes colectivos, por el cual se imputa a la persona jurídica toda acción que haya sido realizada por una persona natural, que, valiéndose de la organización, pudo ejecutar, favorecer o encubrir un delito, sin la necesidad de que dicho individuo haya pertenecido a la persona jurídica como directivo u operario. No obstante, a raíz del Acuerdo Plenario n. 7-2009 y otros pronunciamientos jurisprudenciales, se consideró que se trataba de un sistema de imputación de carácter *subsidiario*. Una variante jurisprudencial cuestionada como carente de *asidero normativo*, puesto que el citado artículo 105 establece un sistema de responsabilidad objetiva para las personas jurídicas (RODRÍGUEZ CASTRO, 2016).

Ahora bien, a partir de 2014, tal visión comenzaría a cambiar, en un contexto de razones económicas y sustentadas, debido a la necesidad de enfrentar la impunidad de diversos crímenes que venían cometiéndose en el mundo. El Estado peruano tenía la intención de formar parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) para recibir cooperación económica extranjera. No obstante, dicha cooperación estaba condicionada a que en Perú se adoptaran una serie de compromisos internacionales dentro del marco penal, entre ellos, se exigía crear un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas por los delitos de cohecho en transacciones comerciales internacionales.

Es así que el 2016 se promulgó la Ley n. 30424 que, según se describe en su propio texto, “regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, extendiéndose posteriormente a otros delitos, y estableciendo una responsabilidad *autónoma* frente a la responsabilidad penal de las personas naturales involucradas. El artículo 3 de dicha ley establece que puede imputarse responsabilidad *administrativa* a las personas jurídicas, cuando los delitos tipificados “hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto” y a través de (i) personas que puedan ejercer control sobre la persona jurídica, o (ii) que sean dependientes de la misma y hayan cometido los delitos tipificados bajo sus órdenes o autorización, o incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control. Es por ello que la atención se enfoca en la situación concreta del caso, previéndose que, si los individuos hubiesen delinquido “exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica”, entonces la persona jurídica no tendría responsabilidad. En cuanto a las medidas aplicables, el artículo 5 de dicha ley establece medidas de multa, inhabilitación, cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas, clausura de establecimientos, y disolución. Sumado a tales medidas, el artículo 6 añade que puede dictarse medida complementaria a la intervención judicial en la persona jurídica, la cual puede efectuarse sobre la totalidad de la organización

o, de manera parcial, sobre la misma. Actualmente, la citada ley ha sido reglamentada mediante el Decreto Supremo n. 002-2019-JUS, publicado en enero de 2019, mediante el cual se regulan modelos de prevención que las personas jurídicas deseen voluntariamente implementar “a fin de prevenir, identificar y mitigar los riesgos de comisión de delitos a través de sus estructuras” (art. 1). Al respecto, cabe precisar que dicha ley no deroga el artículo 105 del Código Penal peruano. Por lo que si bien, en la práctica, coincide en establecer sanciones tales como la clausura de establecimientos, la disolución, multa, entre otras, en realidad tales medidas tienen distinta naturaleza jurídica. Mientras las consecuencias establecidas en el artículo 105 del Código Penal se aplican como consecuencia de haberse probado judicialmente la responsabilidad penal de los integrantes o dependientes de la persona jurídica, el régimen de responsabilidad establecido por la Ley n. 30424 es autónomo de la responsabilidad penal de sus miembros, motivo por el cual podría suceder que la persona sea sancionada y que sus miembros no lo sean o viceversa (HURTADO POZO, 2015).

Incluso antes de la entrada en vigor de la ley citada, la jurisprudencia peruana comenzó a dar luces sobre la consideración de la persona jurídica como sujeto de imputación penal. Así, la Corte Suprema expresó ello en la sentencia de Casación n. 134-2015/Ucayali, fundamentándose en que contra ella podría recaer: (i) una consecuencia jurídica por aplicación de los arts. 104 y 105 del Código Penal contra la persona jurídica, (ii) una medida cautelar o preventiva en aplicación del art. 313 del Código Procesal Penal, y que (iii) pese a carecer de capacidad de acción, la norma prevé un supuesto de hecho imponible a esta: que el hecho punible cometido por el individuo fuese realizado en ejercicio de la actividad de una persona jurídica o utilizando su organización para su favorecimiento o encubrimiento. Esto llevó a considerar la incorporación de la persona jurídica en el proceso penal y a reconocerle derechos y garantías al imputado.

Posteriormente, la Casación n. 864-2017/Nacional siguió este criterio, distinguiendo que cuando el hecho delictivo entraña la intervención de una persona jurídica, el tipo infraccional será propio, de tal manera que el presupuesto del tipo es el injusto típico, mas no su elemento o supuesto de hecho constitutivo, justificando la imposición de medidas a fin de neutralizar o mitigar la peligrosidad objetiva de la comisión futura de nuevos hechos punibles. Así también, la Casación n. 455-2017/Pasco delimitó que la autoría y participación en delitos de contaminación del ambiente se circunscriban especialmente en el ámbito de las personas jurídicas, cuyos agentes desempeñan una función previamente estipulada, de tal manera que, en dichos supuestos delictivos, la autoría y participación de los involucrados se justifica a partir de la teoría de la infracción del deber.

Por su parte, en la Casación n. 1563-2019/La Libertad, se reafirma este criterio, y se añade que el deber de garantía de un gerente general reside en su competencia para controlar la marcha administrativa de la persona jurídica que tiene a su cargo, teniendo así el deber de velar por el cumplimiento de las normas de su representada y evitar cualquier peligro que represente una lesión a la misma (deber de supervisión o control).

Finalmente, la Corte ha relacionado el progreso de la legislación con la corriente internacional que propone la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas, como puede verse en la Casación n. 2147-2019/Puno emitida en julio de 2021. Lo que revela que el desenvolvimiento de la jurisprudencia peruana (aunque escasa en la materia) sugiere una tendencia a considerar posible la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas.

5. *SOCIETAS DELINQUERE... ¿NEC PUNIRE POTEST?*

A partir de lo expuesto, cabe preguntarnos si con la legislación actual hemos asumido o no una responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a la comisión de ilícitos penales, de ser así: ¿bajo qué modelo de imputación? o ¿acaso continuamos con el modelo tradicional de no considerar a las personas jurídicas capaces de soportar una sanción penal?

En primer lugar, si bien la normativa actual parecería sugerir que en Perú se ha regulado un modelo de atribución de “responsabilidad administrativa” a la persona jurídica; al respecto, debe tenerse en cuenta que la imposición de tales medidas se realiza por medio de un juez penal y dentro de un proceso penal. Este es un detalle relevante, pues en opinión de Quispe Suarez (2018), el Juez penal solo sanciona con medidas de carácter penal —y, aunque se atribuya un nombre o *etiqueta* distinta—, es por sus características que se identifican como sanciones penales, a las que, por ende, le son aplicables las garantías del Derecho Penal (NIETO MARTÍN, 2008). Por su parte, Caro Coria (2017) ofrece una explicación al empleo —que puede denominarse *político*— de la denominación de *responsabilidad administrativa*, para quien, considerando que la legislación vigente regula un régimen de responsabilidad autónoma para la persona jurídica, sin que quede condicionada a que previamente se establezca o no responsabilidad a sus integrantes, algunos preferirían denominarla solo como “administrativa” o “civil patrimonial” para evitar afectar la reputación de la persona jurídica, ya que señalar que una empresa haya sido “sancionada administrativamente” no tiene el mismo impacto a señalar que tal o cual empresa fue “condenada penalmente”. Por tanto, pese a que las disposiciones legales hagan referencia a una *responsabilidad administrativa*, es plausible afirmar que las disposiciones contenidas tanto en el Código Penal, como en la citada Ley n. 30424, están referidas sanciones de carácter penal —y no administrativo— atribuibles a personas jurídicas.

En segundo lugar, sobre el modelo de imputación penal, se advierte que la Ley n. 30424 tiene cierta semejanza a la regulación española, en cuanto atribuye responsabilidad a la persona jurídica en caso de que sus administradores —sean de facto o de derecho—, representantes legales, órganos colegiados, empleados o quienes presenten algún servicio a la misma, cometan determinados delitos en su nombre o por su cuenta, y para el beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Lo particular es que, a pesar de la semejanza de contenido, el Código Penal español denomina a esta responsabilidad como *responsabilidad penal*, que es regulada en sus artículos 31 y siguientes, a la que desde el 2015 se añadiría como eximente de responsabilidad de la empresa, la implementación de un *criminal compliance* para cuya

efectividad, claro está, tendría que realizarse antes de la comisión delictiva. Una regulación —se resalta nuevamente— semejante al modelo peruano, que habría regulado del mismo modo la implementación de *compliance* como beneficio de exclusión de responsabilidad penal conforme se especifica en el artículo 18 de la Ley n. 30424. A esto, cabe añadir que si bien en Perú no hay pronunciamientos de la Corte Suprema en la que haya realizado un análisis a fondo de la citada ley y su reglamento, conviene recordar que la Corte ha vinculado el desarrollo legislativo a la tendencia internacional que sugiere que las personas jurídicas “también sean sancionadas penalmente”, como se observa en la sentencia de Casación n. 2147-2019/Puno. En ese sentido, es razonable afirmar que en Perú se han establecido sanciones de carácter penal —aunque con una *etiqueta* distinta— para las personas jurídicas y, por ende, su responsabilidad penal. Con ello, puede afirmarse el rechazo a la tesis de que las personas jurídicas *nec punire potest*.

En cuanto al modelo adoptado, puede afirmarse que, a través de la Ley n. 30424, se estaría adoptando un modelo de autorresponsabilidad, pues este modelo se ajustaría de mejor manera a los estándares actuales de imputación —penales y constitucionales—, bajo los cuales la culpabilidad se sustenta en el hecho propio (GARCÍA CAVERO, 2019). Sin embargo, afirmar la adopción de dicho modelo, requiere abordar dos cuestiones centrales: sustentar la *culpabilidad* de la persona jurídica, así como identificar la responsabilidad sobre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. El modelo de autorresponsabilidad de Busato (2019) permite explicar y superar ambas situaciones, a partir del cual la responsabilidad de las personas jurídicas no puede tener como punto de partida el concepto ontológico de acción, por lo que se propone prestar atención al concepto de *acción significativa* como un nuevo punto de partida, desde el cual la acción no se identifica por la ideación o por la búsqueda de un fin, sino por el comportamiento al que se le atribuye determinado significado. De tal manera, para solucionar el problema de la culpabilidad, debe considerarse que la voluntad de la persona jurídica es una voluntad *resultante* de la suma de voluntades de los integrantes del ente colectivo o de la persona jurídica.

CONCLUSIONES

Aquello entendido por *persona jurídica* ha generado discusiones y desacuerdos no solo conceptuales o descriptivos, sino también a respecto de sus efectos y propósitos prácticos. Muchos de ellos debido a una confusión por equiparar el *ente real* con el *constructo mental*. En tales discusiones puede encontrarse aquella acerca de la responsabilidad penal de las *personas jurídicas*. Sin embargo, tal como se ha pretendido argumentar, el trasfondo de la discusión respecto del tratamiento de lo que *es* o de lo que *deba entenderse* por *persona jurídica*, no se encuentra exclusivamente compuesto por *materiales jurídicos*, sino también por cuestiones políticas, por lo que un enfoque a la problemática en la que la categoría de *persona jurídica* esté presente, no debe abordarse únicamente a partir de los denominados *conceptos jurídicos*.

—haciendo alusión a lo que se conocía como la *jurisprudencia de conceptos*—, sino a partir del derecho como *cuestión social*.

Por su parte, los cambios en los modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica en los sistemas de tradición jurídica continental fortalecen la concepción del derecho como *cuestión social*, en la que las personas jurídicas han ocupado, y ocupan, un lugar de especial atención en el desarrollo socio-económico de las sociedades, ameritando la atribución tanto de derechos y deberes, como de privilegios y responsabilidades, incluyendo la responsabilidad penal. A su vez, una aproximación comparada ha podido confirmar que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas no solo es jurídicamente posible, sino socialmente deseable, como se desprende de la tendencia observada.

En Perú, la labor legislativa respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha sido ajena al desarrollo socio-económico que también impulsó —e impulsa— diversas reformas en cuanto al régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en los diversos países de tradición jurídica continental. En la actualidad, el tratamiento legislativo de la responsabilidad de las personas jurídicas es regulado tanto en el Código Penal, como en la Ley n. 30424. Y aunque esta última haga referencia al régimen de responsabilidad de las personas jurídicas como un régimen de *responsabilidad administrativa*, lo cierto es que, las características del tratamiento legislativo de este régimen permiten afirmar que, fuera de nominalismos, se ha regulado un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se aproximaría al de *autorresponsabilidad*, plausible bajo una concepción de *acción significativa*, en la que los actos de la persona jurídica constituyen la expresión de la voluntad resultante de la suma de voluntades de sus integrantes. Un desarrollo que también se refleja, aunque no con el dinamismo que podría esperarse, en la jurisprudencia peruana, que parece abrir paso en los últimos años a aceptar que la persona jurídica sea considerada como sujeto de imputación penal, siguiendo no solo el desarrollo legislativo en Perú, sino también la tendencia internacional sobre la materia.

A partir de lo expuesto, puede concluirse que aquella expresión *societas delinquere nec punire potest*, no es un dogma irrefutable, y eso se demostró en los siete siglos anteriores al siglo XIX, así como puede demostrarse hoy a partir de la doctrina y del tratamiento legislativo que viene siendo dado en diversos países de tradición jurídica continental —incluyendo Perú—, en los que se atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica. Puede afirmarse, en consecuencia, que más que *perder vigencia*, este aforismo ha dejado de generar la tendencia política en las legislaciones que generaba en su momento a partir del siglo XIX. Por tanto, existen razones suficientes para afirmar que la adopción de un modelo de responsabilidad penal por *autorresponsabilidad* para las personas jurídicas es jurídicamente posible en Perú, y en cualquier país de tradición jurídica continental, pues los únicos obstáculos que ello supone tienen un carácter más *político* que jurídico.

Como colofón, cabe finalizar con una reflexión de Kelsen que, a pesar del tiempo, continúa vigente, y parece explicar muchos de los problemas —evitables— de la discusión planteada:

Si no hubiéramos exigido del concepto jurídico de persona más de lo que puede dar, en virtud de su naturaleza, nos hubiéramos ahorrado en gran medida esa discusión totalmente estéril que se ha venido desarrollando acerca del concepto de persona y, sobre todo, acerca del concepto de persona “jurídica”; hubiéramos evitado esos descarrilamientos, con frecuencia tan ingenuos y paradójicos, de la teoría jurídica; hubiéramos evitado esos excesos de la teoría orgánica, que solo pueden explicarse por el poder engañoso de la ficción, que también obceca al pensamiento científico; hubiéramos evitado, por tanto, que la teoría orgánica llegara a ser un auténtico misticismo jurídico (KELSEN, 2003, p. 32-33).

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

BARLETTI VALENCIA, Juan. *El delito de contrabando*. Lima: La Coteria, 1968.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho Penal: principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*. Madrid: IUSTEL, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del Derecho*. Traducido por Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Debate, 1990.

BRECCIA, Umberto *et al.* *Derecho Civil*. Normas, sujetos y relación jurídica. Vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

BRODOWSKI, Dominik *et al.* *Regulating Corporate Criminal Liability*. Cham: Springer, 2014.

BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BUSATO, Paulo César; SCANDELARI, Gustavo Britta. La incorporación de los programas de cumplimiento (“*criminal compliance*”) en la realidad jurídico-penal latinoamericana. In: GÓMEZ COLOMER, Juis Luis (dir.); MADRID BOQUÍN, Christa María (coord.). *Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 1231-1258.

CANALESYACTAYO, Jesús Gonzalo. *Aplicación del modelo de autorresponsabilidad en la imputación penal de la empresa por el delito de lavado de activo*. Tesis de Maestría (Maestría en Derecho de la Empresa) —

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019. Disponible en: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/15667>.

CANCIO MELIÁ, Manuel. El caso Contergan cuarenta años después. *Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa*, Lima, n. 1, p. 5-13, 2011.

CARO CORIA, Carlos. *Sobre la llamada responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas. La Ley: El ángulo legal de la noticia*, 10 de enero de 2017. Disponible en: <https://laley.pe/art/3730/sobre-la-llamada-responsabilidad-administrativa-de-las-personas-juridicas>.

CIGÜELA SOLA, Javier. El injusto estructural de la organización. *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 1-28, 2016.

CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

D’ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. Padua: Cedam, 1989.

DECKERT, Katrin. Corporate Criminal Liability in France. In: BRODOWSKI, Dominik *et al.* *Regulating Corporate Criminal Liability*. Cham: Springer, 2014. p. 147-176.

DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: MATA BARRANCO, Norberto Javier de la *et al.* *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018. p. 129-168.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12. ed. Lima: Motivensa, 2012.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autorresponsabilidad. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 15, p. 171-217, 2011.

GALGANO, Francesco. *Dogmi e dogmatica nel diritto*. Padua: Cedam, 2010.

GALGANO, Francesco. *Delle persona giuridiche*. 2. ed. Boloña: Zanichelli, 2006.

GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 6. ed. Padua: Cedam, 1990.

GALGANO, Francesco. *Le istituzioni dell'economia capitalistica: società per azioni, Stato, e classi sociali*. Bologna: Zanichelli, 1974.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Intervención delictiva en estructuras empresariales*. Lima: Ideas Soluciones Editorial, 2019.

GARCÍA CAVERO, Percy. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 26, n. 78, p. 137-144, 2005.

GIERKE, Otto von. *Deutsches Privatrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895.

GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Montevideo: B de F, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Corporate Criminal Liability: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EE.UU. In: GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2004. p. 205-210.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

GRACIA MARTÍN, Luis. Crítica a las modernas construcciones desde una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, v. 18, n. 5, p. 1-95, 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna. Traducido por Josep Joan Moreso. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, Josep Joan (coords.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, 1994. p. 109-123.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de Derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. In: HURTADO POZO, José. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Grijley, 1997. p. 19-45.

HURTADO POZO, José. *Compendio de Derecho Penal Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015.

IHERING, Rudolf von. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Traducido por Román Rianza. Madrid: Editorial Reus, 2015.

KELSEN, Hans. Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger. Traducido por Jean Hennequin. In: MENDONÇA, Daniel; SCHMILL, Ulises. *Ficciones jurídicas*. México: Fontamara, 2003. p. 23-56.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 2. ed. Traducido por Roberto Vernengo. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada: proyecto de ley tipo para América Latina*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2014.

PIETH, Mark; IVORY, Radha. *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*. Dordrecht: Springer, 2011.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Derecho Civil*. Vol. VIII. Traducido por Leonel Péreznieto Castro. México: Harla, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1999.

PRADO, Carolina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistema Argentino de Información Jurídica*, 2018. Disponible en: <https://cutt.ly/hngvlbF>.

REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil*. Exposición de motivos y comentarios. 2. ed. Vol. IV. Lima: Thomson Reuters, 2015.

RODRÍGUEZ CASTRO, Carolina Soledad. *Introducción de un sistema de imputación penal para las personas jurídicas en el Perú*. Tesis de Licenciatura (Título profesional de Abogado) – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016. Disponible en: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/7109>.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Vol. II. Traducido por Charles Guenoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 21-35, 1995.

VAIHINGER, Hans. *Die Philosophie des Als Ob*. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1922.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de las personas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

VERVAELE, John. *Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda*. In: Ontiveros Alonso, Miguel. *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 523-570.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

HERRERA PÉREZ, Enlil Iván; BARRERA APAZA, Katerin; RODRÍGUEZ COTRADO, Ingrid Melanie. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: una reevaluación del aforismo *societas delinquere nec punire potest* a partir de una perspectiva anticonceptualista. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2341, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202341>

Enlil Iván Herrera Pérez

CANDIDATO A DOCTOR EN DERECHO, ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA, PERÚ. MÁSTER EN FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA CONTEMPORÁNEA, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, ESPAÑA. MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA. DOCENTE CONTRATADO EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS, UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA.

enlil.herrera@outlook.com

eiherrera@upt.pe

Katerin Barrera Apaza

CANDIDATA A DOCTORA EN DERECHO, ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA, PERÚ. MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES, UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA. DOCENTE CONTRATADA EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE MOQUEGUA, PERÚ. ABOGADA DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DESCENTRALIZADA DE MOQUEGUA.

barreraapazak@gmail.com

Ingrid Melanie Rodríguez Cotrado

ABOGADA TITULADA. BACHILLER EN DERECHO, UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN, TACNA, PERÚ. EGRESADA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL, ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA. SECRETARIA JUDICIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA. EX JUEZ SUPERNUMERARIO DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO E INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TARATA. EX JUEZ SUPERNUMERARIO DEL TERCER JUZGADO DE PAZ LETRADO DE TACNA.

imrodriguezco@gmail.com

Recebido: 16.03.2022

Aprovado: 11.04.2023

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202342>

1 Nirma University Institute of Law,
Ahmedabad, Gujarat, India
<https://orcid.org/0000-0001-7791-9590>

2 Nirma University Institute of Law,
Ahmedabad, Gujarat, India
<https://orcid.org/0000-0001-7369-4574>

3 National Forensic Sciences
University – School of Law, Forensic
Justice and Policy Studies,
Ahmedabad, Gujarat, India
<https://orcid.org/0000-0003-4470-5056>



Redressal of Sexual Harassment at the Workplace: A Study of Legal Educational Institutions in Ahmedabad, Gujarat

REPARAÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL NO LOCAL DE TRABALHO: UM ESTUDO DE INSTITUIÇÕES
DE ENSINO JURÍDICO EM AHMEDABAD, GUJARAT

Vikash Kumar Upadhyay¹, Vikas Trivedi² and Tarkesh Molia³

Abstract

The new-age India has been characterized by the participation of a higher number of women in the labour force. Unfortunately, the issue of sexual harassment in the workplace has also risen. The Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act of 2013 is a significant piece of legislation aimed at preventing gender-based discrimination in the workplace. Following the enactment of this law, the University Grants Commission (UGC) issued the UGC (Prevention, Prohibition and Redressal of Sexual Harassment of Women Employees and Students in Higher Educational Institutions) Regulations of 2015.

This paper aims to study the existing legal framework for addressing the issue of sexual harassment in India. It analyses the state of implementation of UGC regulations at legal education institutions in Ahmedabad, Gujarat. The study involves a combination of primary and secondary data sourced via the UGC's online portal and a survey conducted among students at one law school in Ahmedabad. The results show poor compliance with the regulations, and, finally, this paper advocates for a more inclusive and independent grievance redressal mechanism.

Keywords

Sexual harassment; workplace; UGC regulations; legal education institutions.

Resumo

A Índia da nova era tem sido caracterizada pela participação de cada vez mais mulheres na força de trabalho. Infelizmente, o problema do assédio sexual no local de trabalho também tem aumentado. A Lei do Assédio Sexual de Mulheres no Local de Trabalho (Prevenção, Proibição e Reparação) de 2013 é uma peça legislativa significativa que visa prevenir a discriminação baseada no gênero no local de trabalho. Após a promulgação dessa lei, a Comissão de Bolsas Universitárias (UGC) emitiu, em 2015, o Regulamento UGC (Prevenção, Proibição e Reparação do Assédio Sexual de Mulheres Funcionárias e Estudantes em Instituições de Ensino Superior).

Este artigo tem como objetivo estudar o quadro jurídico existente para abordar a questão do assédio sexual na Índia. Analisa o estado de implementação dos regulamentos UGC em instituições de ensino jurídico em Ahmedabad, Gujarat. O estudo envolve uma combinação de dados primários e secundários obtidos por meio do portal on-line da UGC e uma pesquisa realizada entre estudantes de uma faculdade de Direito em Ahmedabad. Os resultados mostram um fraco cumprimento dos regulamentos, e este artigo defende um mecanismo de reparação de reclamações mais inclusivo e independente.

Palavras-chave

Assédio sexual; local de trabalho; regulamentações UGC; instituições de ensino jurídico.

INTRODUCTION

Sexual harassment of women in the workplace is a worldwide issue that compromises the quality of working life, jeopardizes the welfare of women, undermines gender equality, and imposes unnecessary costs on firms and organizations. By definition, sexual harassment is a type of sex-based discrimination. In recent years, women have been joining the workforce in increasing numbers. Sex-based discrimination, however, discourages a number of them from continuing employment, potentially because many women are reluctant to label their workplace experiences as ‘sexual harassment’ out of fear of repercussions, both professional and social (CHADHA, 2018, p. 1).

Thus, an ever-increasing incidence of sexual harassment cases has forced many women to leave the workplace (BHARAMGOUDAR, 2015, p. 1). This has had an adverse impact on their mental health, and yearly, thousands of still-working women relate instances of sexual harassment in their workplace. Harassment comes in many forms, for example, ‘*quid pro quo* harassment.’ Such kind of harassment happens when the harassing party is a manager or supervisor. In this situation, the employee is forced to choose between satisfying sexual demands or losing their job (MEDIRATTA, 2009, 81). The second form of harassment is known as a ‘hostile work environment,’ in which the female employee is prevented from carrying out her work duties in a satisfactory way. It is posited that it is because sexual harassment deprives victims of their professional confidence, among other deleterious effects. Therefore, “[a]ddressing the issue of sexual harassment is directly linked to the core corners of improved working conditions and respect for the dignity of workers” (MEDIRATTA, 2009, p. 82). An International Labor Organization (ILO) report titled as “Action against Sexual Harassment at Work in Asia and the Pacific” states that:

[...] the victim often avoids taking action against the harasser, not only for fear of reprisal but also so as not to have to remember and relive the incident or incidents again and again. The negative effects of harassment are, however, by no means confined to the individual. Research has shown very clearly that workplaces in which harassment is allowed to occur tend to have sharply falling productivity. (HASPELS *et al.*, 2001, p. ix)

Thus, sexual harassment is a loss to human dignity as well as to the economy. The ILO, in its reports, cited reasons why employers are eager to take action against sexual harassment. It is possible to evidence, among them: legal compliance, litigation costs, and business ethics, as well as the desire to avoid maligning the image of the institution and the aspiration to create a conducive environment for productivity and high performance. Another compelling reason cited is that female clients are ever-more present across industries, and, in order to make the organization gender-sensitive for business, employers are willing to act against those accused of sexual harassment (ILO, 2013).

In order to address concerns of sexual harassment, India introduced the POSH Act in 2013. Aiming specifically address complaints of sexual harassment in higher education

institutions, the University Grants Commission (UGC) introduced the “UGC (Prevention, Prohibition and Redressal of Sexual Harassment of Women Employees and Students in Higher Educational Institutions) Regulations” in 2015. The guidelines were designed to work within the framework of the POSH Act. Together, both POSH Act and UGC guidelines provided for a redressal mechanism to address complaints of sexual harassment. The present paper gives a broad overview of the legal mechanism available for redressal of concerns related to such harassment.

I. RECOGNITION OF SEXUAL HARASSMENT AS A DISTINCT CRIME

The term ‘sexual harassment’ harkens back to the 1970s. Feminist scholar Catherine Mackinnon is sometimes credited with popularizing the concept after the publication of her book *Sexual Harassment of Working Women* (1979). Before that, there was not much universal consensus on what ‘sexual harassment’ meant. The term first arose in the USA and, thereafter, began to be globally used. Many countries have developed frameworks for addressing sexual harassment in the workplace, starting in late 1980s and early 1990s.

As India lacks effective laws to prevent sexual harassment, the onus fell on the Supreme Court to take the necessary action. The Supreme Court, drawing from the UN’s Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) treaty, provided a definition for the term ‘sexual harassment’ in *Vishakha v. State of Rajasthan*. The Indian Supreme Court’s definition closely aligns with that given under CEDAW:

Sexual harassment includes such unwelcome sexually-determined behaviour (whether directly or by implication) as:

- a. Physical contact and advances;
- b. A demand or request for sexual favours;
- c. Sexually-coloured remarks;
- d. Showing pornography;
- e. Any other unwelcome physical, verbal or non-verbal conduct of sexual nature.

Whenever any working woman experiences any, some, or all of the examples given above, the incident constitutes sexual harassment. It is defined that the woman may be anyone who is drawing a salary or honorarium in public or private undertaking. The court also affirms that such conduct can be humiliating and lead to physical and mental-health related problems. The apex court further stated that, until specific laws are enacted, the guidelines issued by the Court will be applicable to all public, private, organized or unorganized workplaces.

2. THE SEXUAL HARASSMENT OF WOMEN AT WORKPLACE (PREVENTION, PROHIBITION AND REDRESSES) ACT, 2013 (POSH ACT) – MANDATE

In 2013, the Parliament enacted the POSH Act to ensure the safety of women in the workplace, particularly safeguarding them against sexual harassment. This legislation was necessary as sexual harassment was found to violate Articles 14 and 15 of the Constitution of India, as well as the fundamental right to live with dignity. The right to practice any profession or engage in business stipulates a safe environment, free from sexual harassment. The Government of India, having ratified the CEDAW convention on June 25th, 1993, was obligated to fulfil its commitments under the convention, leading the Parliament to pass the legislation.

(i) SEXUAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE: DEFINITION AND OTHER RELATED CONCEPTS

The definition of sexual harassment in the workplace in the 2013 Act is the same as that established in the *Vishakha* judgment. The Act, under the definition of ‘aggrieved woman,’ includes women of all ages, whether employed or not, and also encompasses women working in dwelling houses (S. 2(a)). The term ‘employee’ includes ‘regular, temporary, ad-hoc, or daily wage workers,’ whether employed through a contractor or a main employer. It includes those employed for remuneration or not (S. 2(f)). The term “employer” has been defined to include all “organizations, undertakings, establishments, enterprises, institutions, offices, branches, or units of the appropriate Government or local authority.” It also includes those who are employed in dwelling houses (S. 2(g)). The ‘workplace’ has been defined in a comprehensive manner. It includes all government and private undertakings, hospitals or nursing homes, sports institutes, and dwelling places or houses (S. 2(o)). The definition of ‘sexual harassment’ includes both direct or indirect behaviour of physical contact and advances. Its scope includes spoken or non-spoken actions of a sexual nature (S. 2(n)).

Sexual harassment carries a wider connotation and includes, in its ambit, “sexual advances or other verbal or physical harassment of a sexual nature.” As per section, 2(n) of the Act, sexual harassment “includes unwelcome acts, physical contact, advances, demands or requests for sexual favours, making sexually coloured remarks, showing pornography.”

(ii) INTERNAL COMPLAINTS COMMITTEE

The Act demands all employers to establish an Internal Complaints Committee (ICC). The Act or its rules do not provide for a particular time period within which all employers must constitute their ICCs. However, workplaces with less than ten employees are exempt from the obligation to establish an ICC. All complaints within such workplace will be conducted to the Local Complaint Committee (LCC), set up as per the Act by officers in every district. Hence, the obligation to constitute an ICC is solely applied to employers with a workforce of ten or more employees in the workplace (PRASAD and MUKHERJEE, 2015, p. 70-71). In these cases, the ICC must be a permanent body. The committee must consist

of four members and the Act stipulates that half (1/2) of them must be women. Moreover, the chairperson shall be a senior female employee. In the event that such employee is not available, a presiding officer shall be nominated from any other workplace under the same employer. According to the law, the ICC has twin responsibilities: to conduct inquiries into issues of sexual harassment and also to create and take precautionary measures that help foster a working environment that is conducive for greater participation of female employees (JAISING, 2014, p. 140).

(iii) LOCAL COMPLAINTS COMMITTEE

The POSH Act lays provisions to raise a Local Complaints Committee (LCC) at the district level to address charges of sexual harassment. The LCC is established in line with the Vishaka Judgement to protect women in workplaces with less than ten employees (JAISING, 2014, p. 141). The Act stipulates that members of the LCC can hold office for a maximum of three years. It also specifies that women belonging to disadvantaged groups, including those from Other Backward Classes (OBCs), Scheduled Castes (SCs), and Scheduled Tribes (STs), ought to be included in the LCC.

(iv) DISQUALIFICATION OF ICC AND LCC MEMBERS

According to the POSH Act, members of an ICC or an LCC will be disqualified if:

1. the member breaches confidentiality in respect to publication or inquiry proceedings (S. 16);
2. the member has been convicted or under prosecution for any offense;
3. the member has been found guilty in a disciplinary action or any such pending action.

If any of the examples above is performed, such member must be removed from the ICC or LCC.

(v) LIMITATIONS ON FILING COMPLAINTS

Section 9 of the Act provides that a victim can file a complaint in writing within three months of an alleged incident. If it is not possible to file the complaint within this period, ICC/LCC may allow for a three-month extension, provided that there is a recording of the reason for the delay.

(vi) PROCEDURE FOR FILING A COMPLAINT

A complaint may be filed in writing by the aggrieved woman. Should she not be able to file the complaint in writing, ICC or LCC must assist her in doing so. If the woman is unable to file the complaint due to a “physical or mental disability, death or otherwise,” a relative, friend, colleague, or anyone from the National Women’s Commission can make the complaint (S. 9(2), read with rule 6 of the 2013 Act.).

(vii) INTERIM ORDERS

While an inquiry is pending, an interim order may be issued. It may be issued either at the instance of request by the aggrieved party or at the discretion of the ICC/LCC. The interim order may include transferring the accused to another workplace, granting leave for a period of three months, or another appropriate measure. If the accused respondent belongs to an educational institution, then the person may be restricted from supervising the aggrieved woman (S. 12 read with rule 8 of the 2013 Act.).

(viii) MONETARY COMPENSATIONS

During the inquiry, if the committee concludes that sexual harassment has taken place, the Act allows the committee to recommend the payment of monetary damages, in addition to disciplinary action in favor of the aggrieved woman. Should the respondent fail to pay monetary damages, the local committee may order the collection of these damages as land revenue by the relevant district officers (PRASAD and MUKHERJEE, 2015, p. 150).

(ix) CONCILIATION

When an aggrieved woman lodges a complaint under the Act and requests the ICC/LCC to settle the matter by way of conciliation, ICC/LCC may initiate appropriate processes so that the complainant and respondent can resolve the matter in such way. The conciliation must be recorded, and copies must be made available to both the complainant and respondent. There is also a concern over whether conciliation can lead to coercion of the complainant. On this issue, the Government has stated that conciliation would only begin at the request of the complainant (S. 10).

(x) PROSECUTION FOR FALSE AND MALICIOUS COMPLAINTS

The Act imposes penalties on the complainant if it is determined that the complaint is false and leads to prosecution. If ICC/LCC finds, during inquiry, evidence of a false complaint or false evidence given by a witness, then ICC/LCC may recommend to the employer that appropriate actions must be taken as per service or employment rules (S. 14).

(xi) APPEAL

Considering the existence of provisions for appeal in the service or employment rules, they should be “in accordance with the provisions of the applicable service rules” and excluded from the 2013 Act. Furthermore, the appeal must be filed within a time frame of 90 days (PRASAD and MUKHERJEE, 2015, p. 151).

(xii) FUNCTIONS OF THE EMPLOYER

The employer is obliged to create a conducive working environment for female employees. Their most important duty is to ensure that a complaint mechanism is established, which

facilitates the investigation and resolution of complaints. In case of failure to establish such mechanism, a fine of INR (rupees) 50,000 shall be imposed. For repeated offenses, the conciliation proceeding will not be engaged. In such cases, the offense is rendered non-cognizable, requiring a formal complaint to initiate legal action.

(xiii) DUTIES OF THE STATE AND ITS AGENCY

It is the duty of the government of India to notify the public of the rules under Section 29 of the 2013 Act. It is unfortunate that, despite the statute having been passed by Parliament and received the assent of the President as far back as April 2013, the Act's rules were only announced eight months later. Moreover, the Central Government was unable to make provisions to address difficulties in the Act for a period of at least two years post-enactment.

3. UGC (PREVENTION, PROHIBITION AND REDRESSAL OF SEXUAL HARASSMENT OF WOMEN EMPLOYEES AND STUDENTS IN HIGHER EDUCATIONAL INSTITUTIONS) REGULATION OF 2015

The University Grants Commission (UGC) issued a regulation titled as “UGC (Prevention, Prohibition and Redressal of Sexual Harassment of Women Employees and Students in Higher Educational Institutions) Regulation, 2015.” This regulation was formulated as part of the POSH Act in order to specifically address cases of sexual harassment in higher education institutions (HEIs). It protects both employees and students. The regulation covers important definitions such as *aggrieved woman*, *employee*, *trainee*, *apprentice*, *intern*, *volunteer*, *teacher assistant*, *research assistant*, and *executive authority*, which refers to the heads of educational institutions. It also introduces the concept of the ICC and uses the same definition of sexual harassment as that published in the POSH Act of 2013. Within these regulations, ‘campus’ includes lecture halls, student centres, labs, and libraries and ‘student’ means anyone duly admitted to or pursuing a programme of study. This UGC regulation also covers third party harassment, in which sexual harassment occurs through an act by an outsider, someone who is not an employee or student of the HEI.

Through the guidelines, UGC has laid down the responsibilities of HEIs in addressing concerns of sexual harassment. HEIs must publicize the regulations against sexual harassment, organize training programmes or workshops, and provide all the necessary details published on the UGC's SAKSHAM portal. HEIs must also commit to a ‘zero tolerance policy towards sexual harassment,’ display such information on notice boards, inform employees and students about the resources available at their disposal, prepare annual status reports, and monitor the timely submission of these reports by the ICC.

In addition, HEIs must develop a supportive mechanism that includes counselling services, orientation programs, and more. Paragraph 4 of the regulation talks about the grievance redressal mechanism, which mandates that every executive authority of a HEI must have an ICC in place. The presiding officer of the ICC shall be a woman not below the level

of professor or associate professor. Three students shall be members in cases in which the matter involves one or more students. At least one-half of the members of the ICC shall be women, and the head of the HEI must ensure that the ICC enjoys autonomy.

Paragraph 5 of the regulation mentions the responsibilities of the ICC. Those responsibilities include providing support to an employee or a student to file a First Information Report (FIR), providing safety to the complainant and ensuring that the victims or witness are not persecuted. Paragraph 6 states the ICC will comply with the procedures provided under the POSH Act and the UGC regulations for filing complaints and conducting inquiry. Paragraph 9 of this regulation deals with interim redressal in which the complainant or the respondent can be transferred to another department and restricts the respondent from evaluating the work or performance of the complainant. Paragraph 10 of the regulation mentions punishment and compensation, which provides for a respondent who is a student to be deprived of access to the library and for their entry onto campus to be suspended for a given period of time.

Thus, UGC guidelines along with the POSH Act provide for a comprehensive framework for addressing cases of sexual harassment. This is in addition to any other mechanisms that might be available at any given time. Section 28 of the POSH Act states that “[t]he provisions of this Act shall be in addition to and not in derogation of the provisions of any other law for the time being in force.” Therefore, any workplace without other applicable laws must necessarily comply with the POSH Act. On the other hand, workplaces subject to other applicable laws for dealing with this issue must comply with the provisions of the Act in addition to other laws.

4. IMPLEMENTATION OF UGC REGULATIONS, 2015: A QUANTITATIVE ANALYSIS OF THE ANNUAL REPORTS ON SEXUAL HARASSMENT IN HIGHER EDUCATIONAL INSTITUTIONS

The present section of this paper seeks to undertake a qualitative analysis of the sexual harassment data provided by higher educational institutions to the University Grants Commission (UGC). In 2015, the UGC issued the “UGC (Prevention, Prohibition and Redressal of Sexual Harassment of Women Employees and Students in Higher Educational Institutions) Regulations.”¹ Along with the POSH Act of 2013, the UGC regulations of 2015 take note of the peculiar nature of sexual harassment at universities and colleges and provide for various mechanisms to address it.

As such, all higher educational institutions need to prepare a yearly report. This report must provide details regarding the number of complaints received and disposed every year. These reports, available from 2015-2020, were accessed under the Right to Information Act

...

¹ Available at: https://www.ugc.ac.in/pdfnews/7203627_UGC_regulations-harassment.pdf.

of 2005.² The regulations also provide for all higher educational institutions to constitute an ICC for redressal of complaints and to conduct sensitization and awareness workshops.³

On the basis of these guidelines, the present study undertakes an analysis of reports specifically on the following parameters:

- number of universities/colleges that have filed annual reports;
- total number of sexual harassment complaints received by universities/colleges;
- whether an Internal Complaints Committee (ICC) has been constituted or not; and
- number of awareness workshops conducted during the year.

For the sake of clarity, the data has been organized in a manner to address each concern across different levels. It begins with an analysis of the number of universities and colleges that have filed annual reports with the UGC and further analyzes the total number of cases reported by universities and colleges across the country and within the state of Gujarat (as well as within law institutions in Ahmedabad).⁴ Similarly, the presence of ICCs is also investigated across Gujarat-wide universities and colleges and at Ahmedabad-specific law institutions. This is followed by an analysis of the awareness programmes conducted at various universities and colleges.

In addition to the reports made available by the UGC, a survey of students at a specific law school was also carried out.

4.1. ANNUAL REPORTS ON SEXUAL HARASSMENT

The annual data received from the UGC broadly divides itself into two different categories: universities and colleges. As per the UGC guidelines, all universities and colleges are required to have a sexual harassment complaints mechanism at their students' disposal. As of 2021, 988 universities in India are recognized by the UGC (see Graph 1).

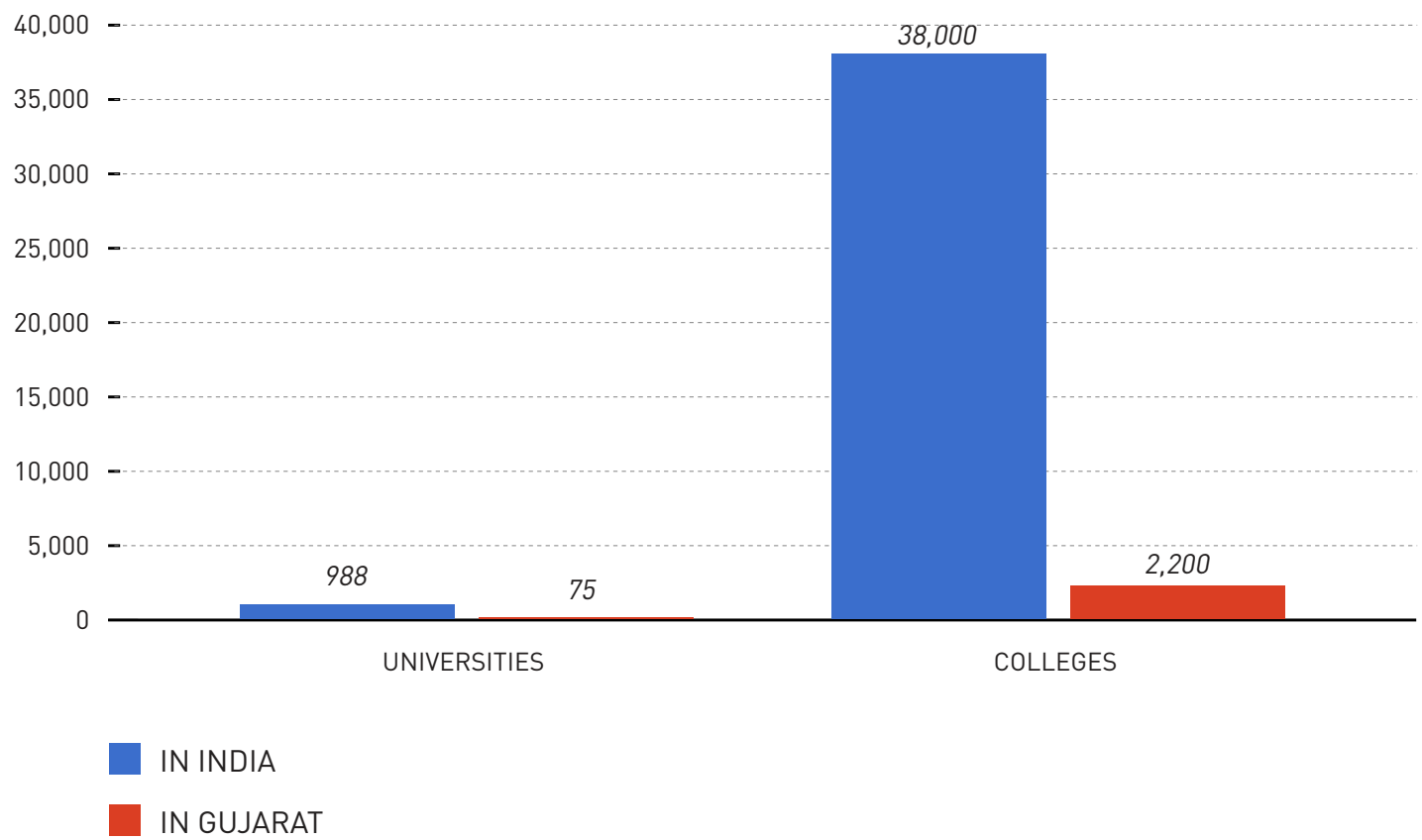
...

² Registration number DOHED/R/E/21/00632/4 and DOHED/R/E/21/00632/8 dated 09.03.2021. Available at: https://www.ugc.ac.in/subpage/Gender_Sensitization_Data.aspx.

³ Registration number DOHED/R/E/21/00632/4 and DOHED/R/E/21/00632/8 dated 09.03.2021. Available at: https://www.ugc.ac.in/subpage/Gender_Sensitization_Data.aspx.

⁴ There are a total of 13 law institutions (includes colleges and universities offering a course of Law in Ahmedabad).

GRAPH 1 — **TOTAL UNIVERSITIES AS OF 2021**



Source: UGC. Available at: <https://www.ugc.ac.in/oldpdf/Consolidated%20list%20of%20All%20Universities.pdf>.

As far as the number of colleges is concerned, from 2015 onwards, there was a total of 36,000 in the country.⁵ Within the state of Gujarat, specifically, there are about 75 universities⁶ and over 200 colleges across different areas of study (see Graph 2).⁷

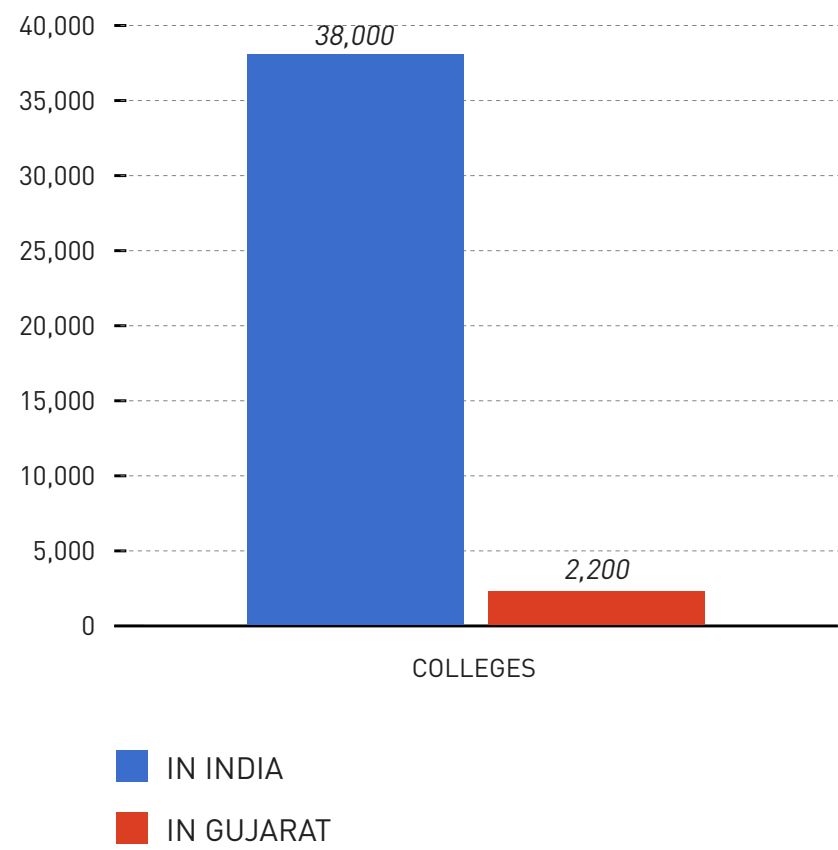
...

⁵ Available at: <https://aiu.ac.in/documents/index/All%20India%20Survey%20of%20Higher%20Education.pdf>.

⁶ Available at: <https://aiu.ac.in/documents/index/All%20India%20Survey%20of%20Higher%20Education.pdf>.

⁷ Available at: <https://thewire.in/education/how-did-india-end-up-with-over-36000-colleges>.

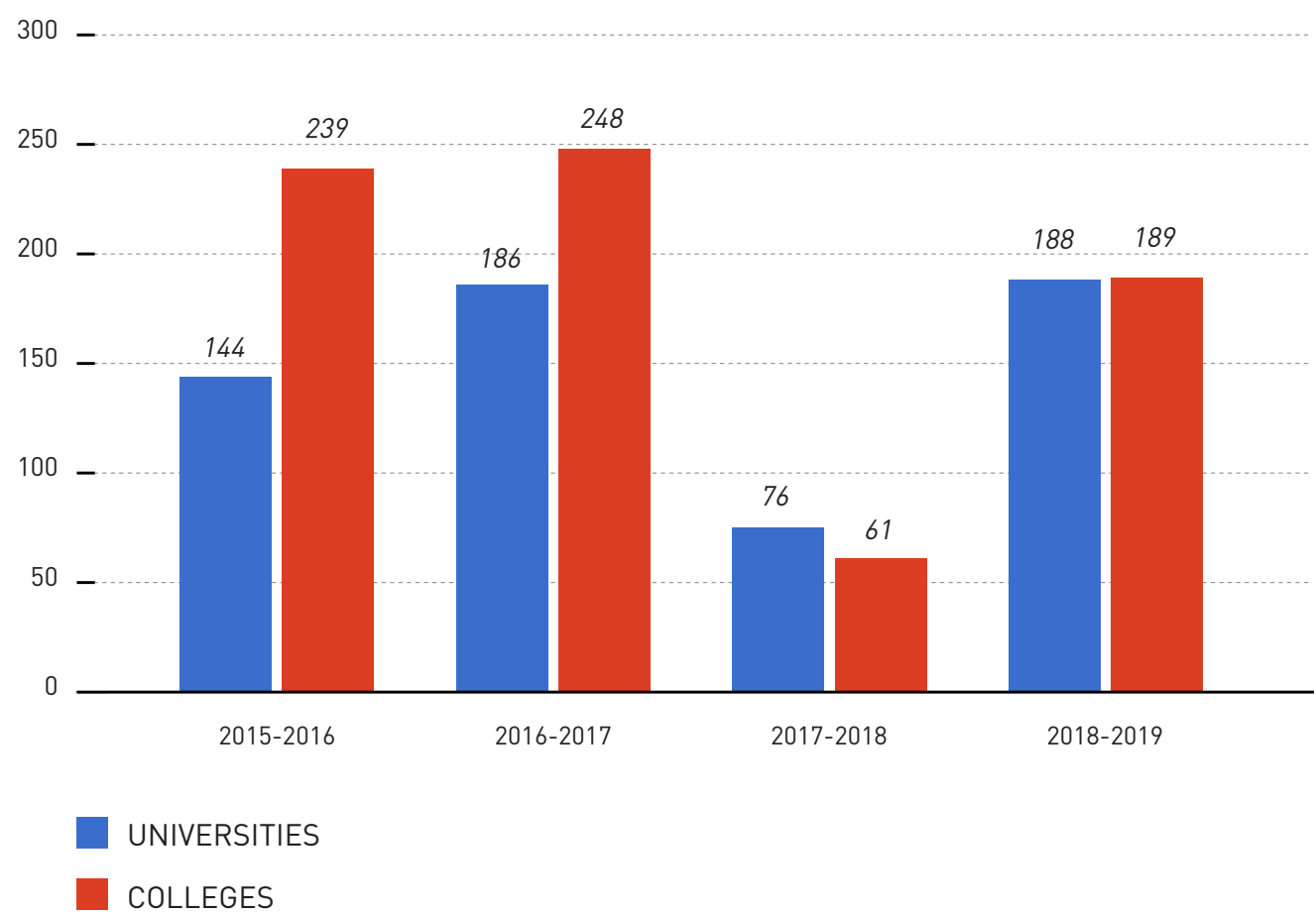
GRAPH 2 – TOTAL COLLEGES AS OF 2015



Source: Authors’ own elaboration.

However, the number of universities and colleges that have responded to UGC’s demand to provide annual reports is much lower. Starting from the years of 2015-2016, only 144 universities and 239 colleges provided annual reports. In 2016-2017, the number of universities and colleges that responded to the call for annual reports was 186 and 248, respectively. In 2017-2018, only 76 universities and 61 colleges submitted their reports and, in 2018-2019 (and up to January 2020), 188 universities and 189 colleges filed annual reports on sexual harassment (see Graph 3).

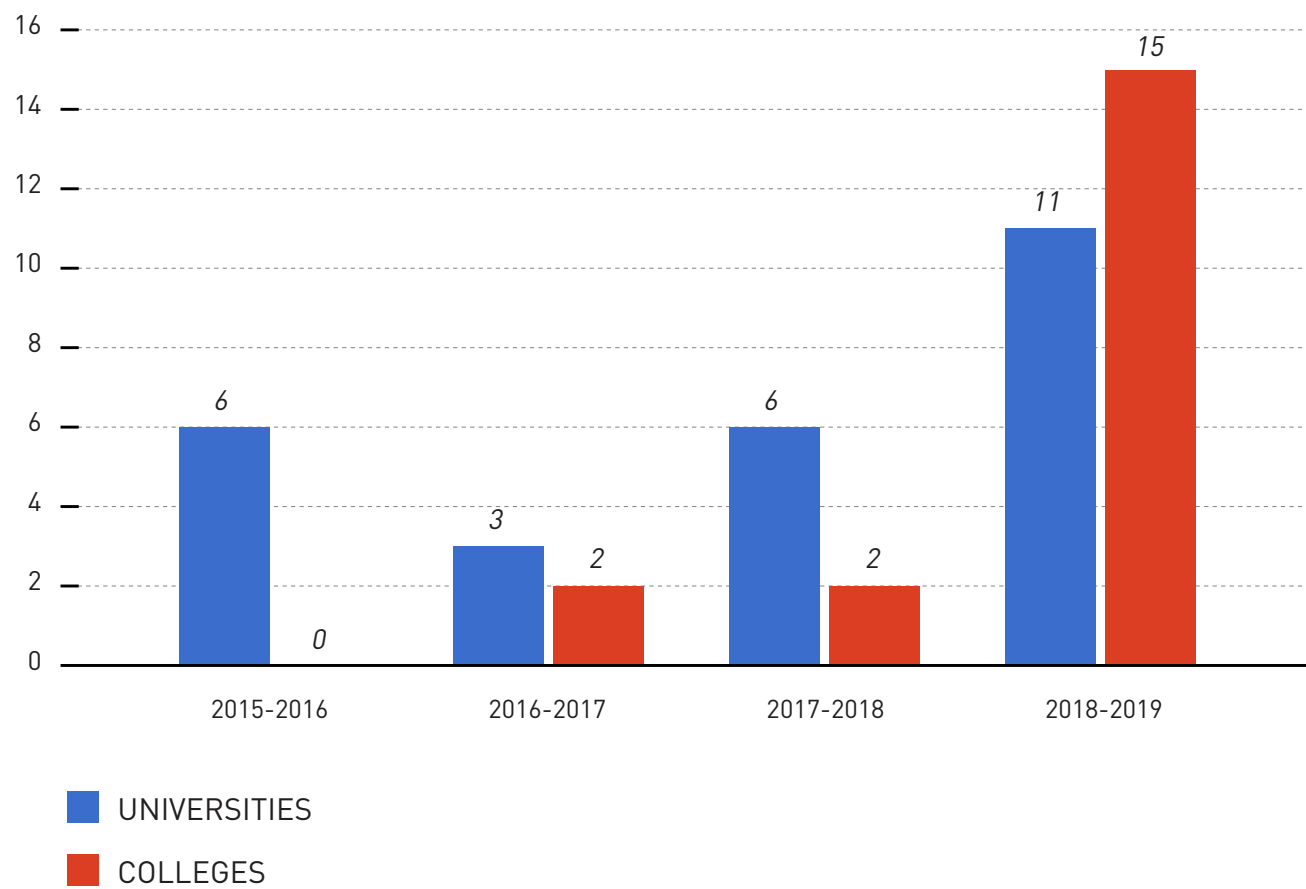
GRAPH 3 – **TOTAL UNIVERSITIES / COLLEGES THAT FILED ANNUAL RETURN ON SEXUAL HARASSMENT**



Source: Authors’ own elaboration.

The numbers are even more surprising for the state of Gujarat. In the years of 2015-2016, only 6 universities filed annual reports, and very few universities and colleges have done the same in subsequent years. In 2016-2017, only 3 universities and 2 colleges filed their annual reports; in 2017-2018, that number was 6 and 2, respectively and, in 2018-2019, 11 and 15, respectively (see Graph 4).

GRAPH 4 — **TOTAL UNIVERSITIES / COLLEGES IN GUJARAT THAT FILED ANNUAL RETURN ON SEXUAL HARASSMENT**

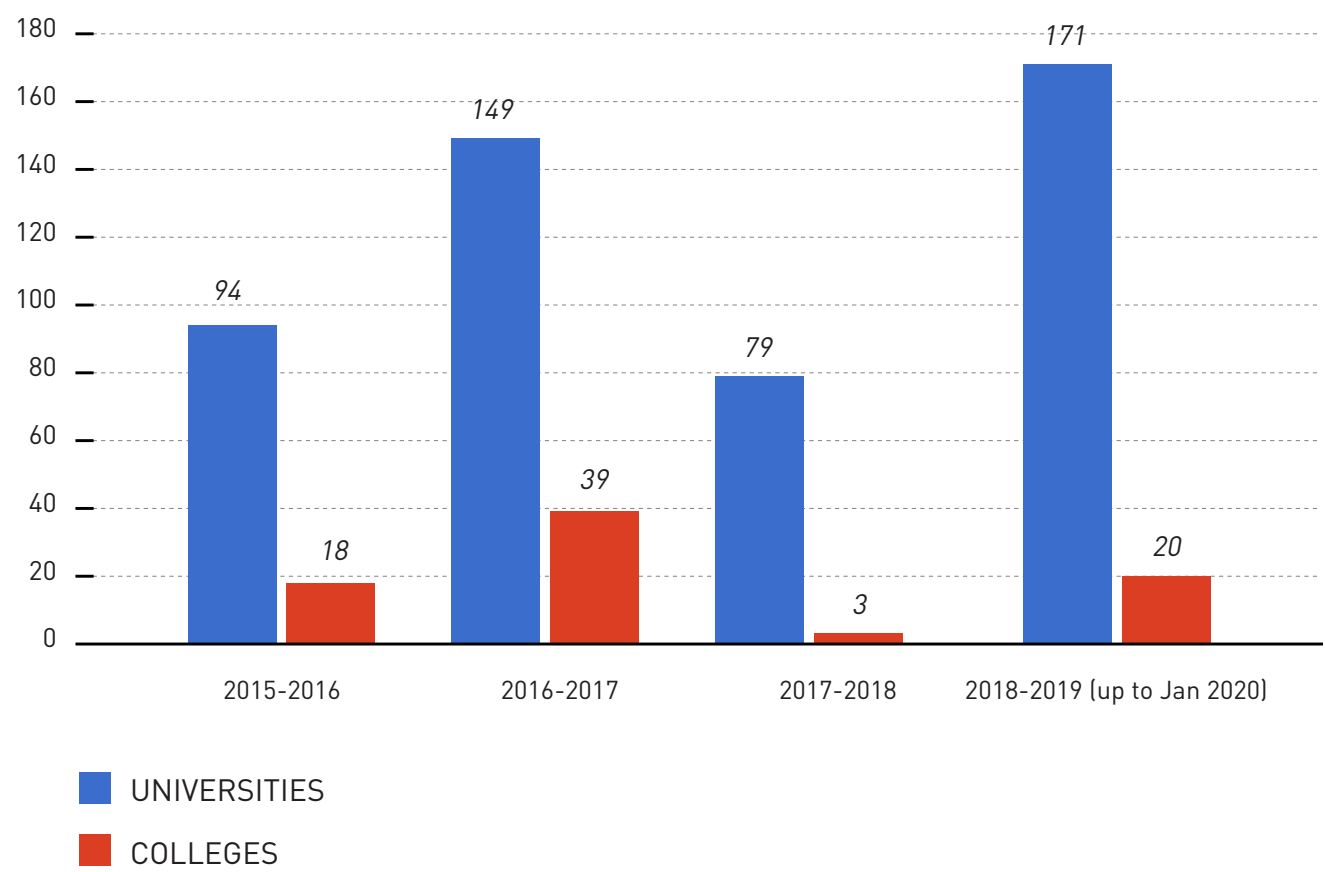


Source: Authors’ own elaboration.

4.2. NUMBER OF SEXUAL HARASSMENT CASES RECEIVED

In terms of the annual number of cases reported, in the years of 2015-2016, a total of 112 complaints of sexual harassment were received by those universities and colleges that filed annual reports. Similarly, in the years of 2016-2017, the number of complaints reported was 187; in the years of 2017-2018, that number was 82 and, in 2018-2019 (up to January 2020), the number reached 181 (see Graph 5). We must keep in mind that these numbers only include those universities and colleges that filed their annual reports. There remains a large chunk of universities and colleges that chose not to do so. Thus, there is no way of knowing the exact number of sexual harassment complaints received across all institutions.

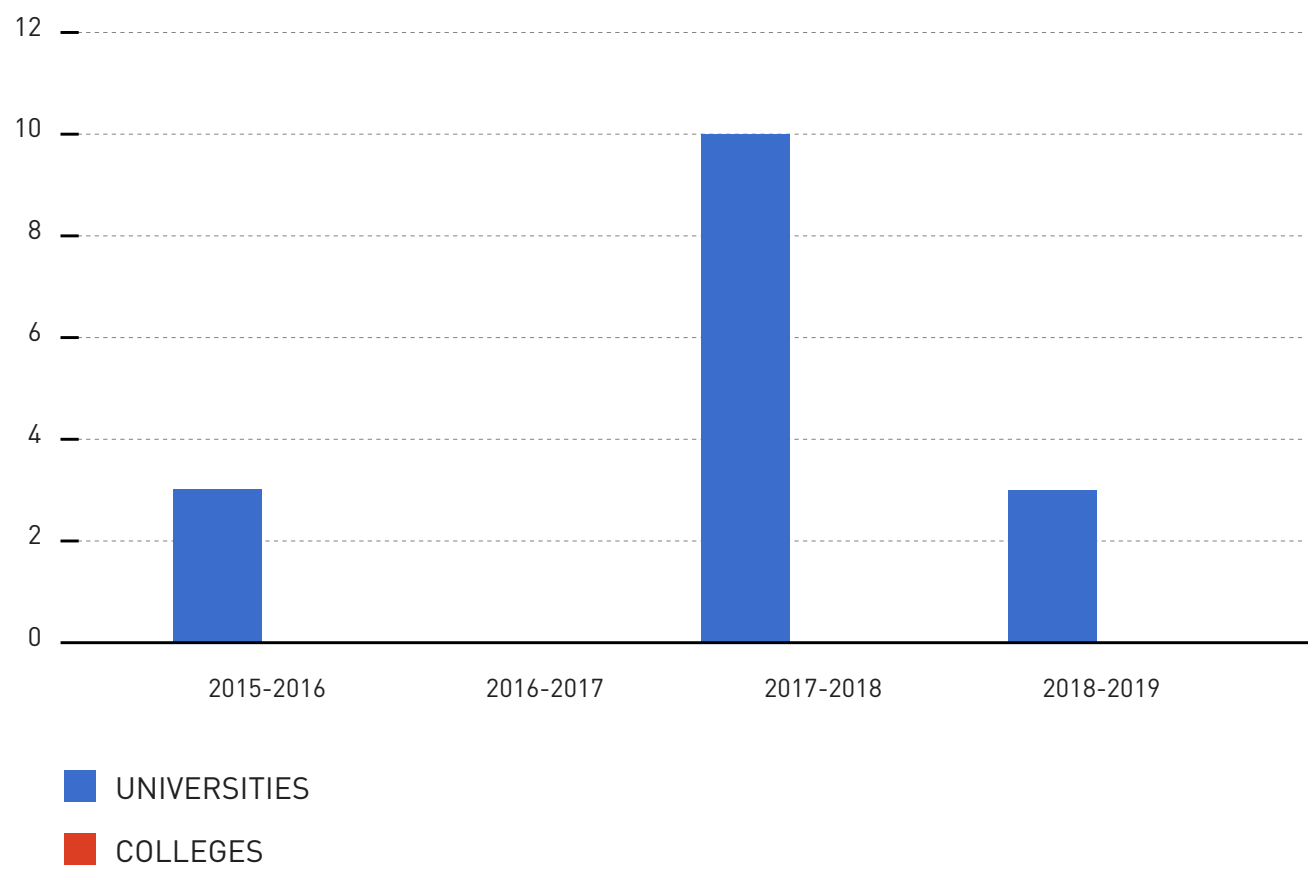
GRAPH 5 — **TOTAL NUMBER OF SEXUAL HARASSMENT COMPLAINTS REPORTED IN THE ANNUAL REPORT**



Source: Authors’ own elaboration.

As far as the universities and colleges of the state of Gujarat are concerned, only 3 complaints were reported in the years of 2015-2016 and 2018-2019, whereas 10 complaints were filed in the years of 2017-2018. Meanwhile, in the years of 2016-2017, not a single complaint of sexual harassment was reported across all colleges and universities in the state (see Graph 6).

GRAPH 6 — **TOTAL SEXUAL HARASSMENT COMPLAINTS REPORTED IN GUJARAT**

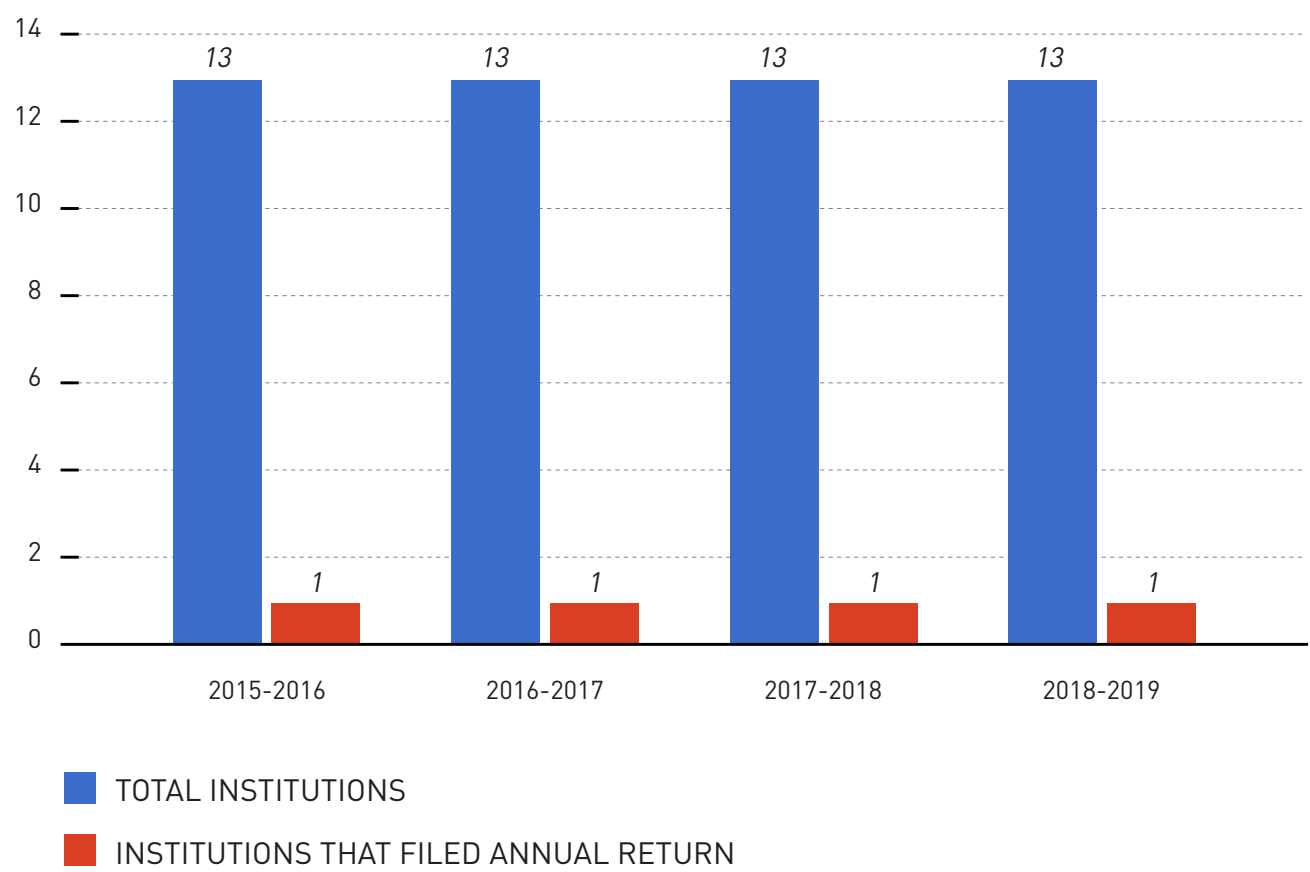


Source: Authors’ own elaboration.

4.3. REPORTED SEXUAL HARASSMENT CASES IN AHMEDABAD

The data provided by the UGC also provides a glimpse of the sexual harassment cases reported by various law institutions in the city of Ahmedabad. There are a total of 13 law institutions (which includes colleges and universities offering the course of law) in Ahmedabad out of which, in 2015-2016, only 1 institution filed an annual report on sexual harassment with the UGC. In subsequent years, that number has remained the same. Only 1 institution has filed the annual report with the UGC from 2016 to 2019 (see Graph 7).

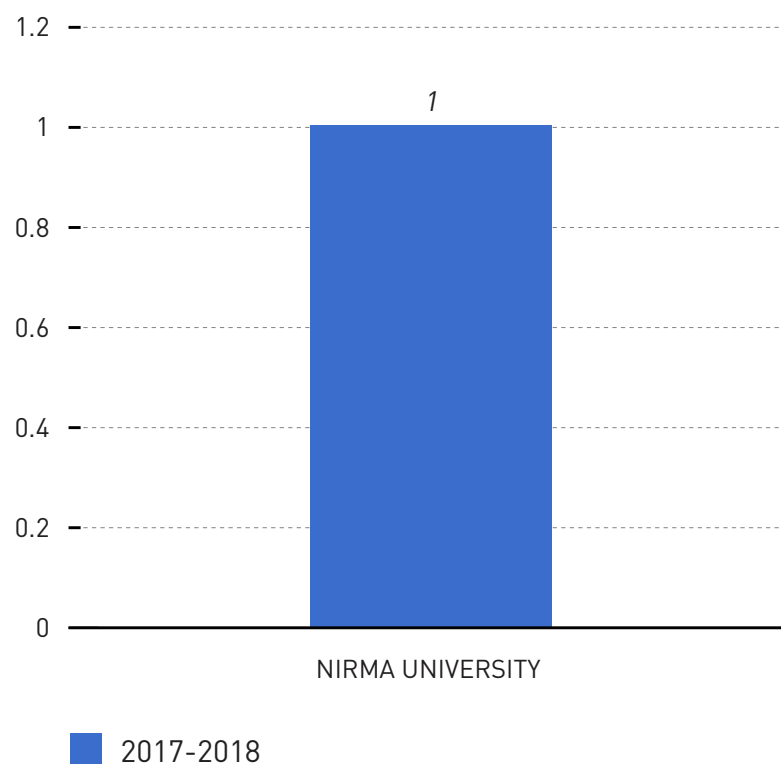
GRAPH 7 – **TOTAL LAW INSTITUTIONS IN AHMEDABAD THAT FILED ANNUAL RETURN ON SEXUAL HARASSMENT**



Source: Authors’ own elaboration.

Out of these, only one has reported a case of sexual harassment which occurred in 2017-2018. Other than this, no legal institution in Ahmedabad has reported any cases of sexual harassment between the years of 2015 to 2019 (and up to January 2020) (see Graph 8).

GRAPH 8 — **INSTITUTION-WIDE NUMBER OF CASES OF SEXUAL HARASSMENT IN AHMEDABAD**

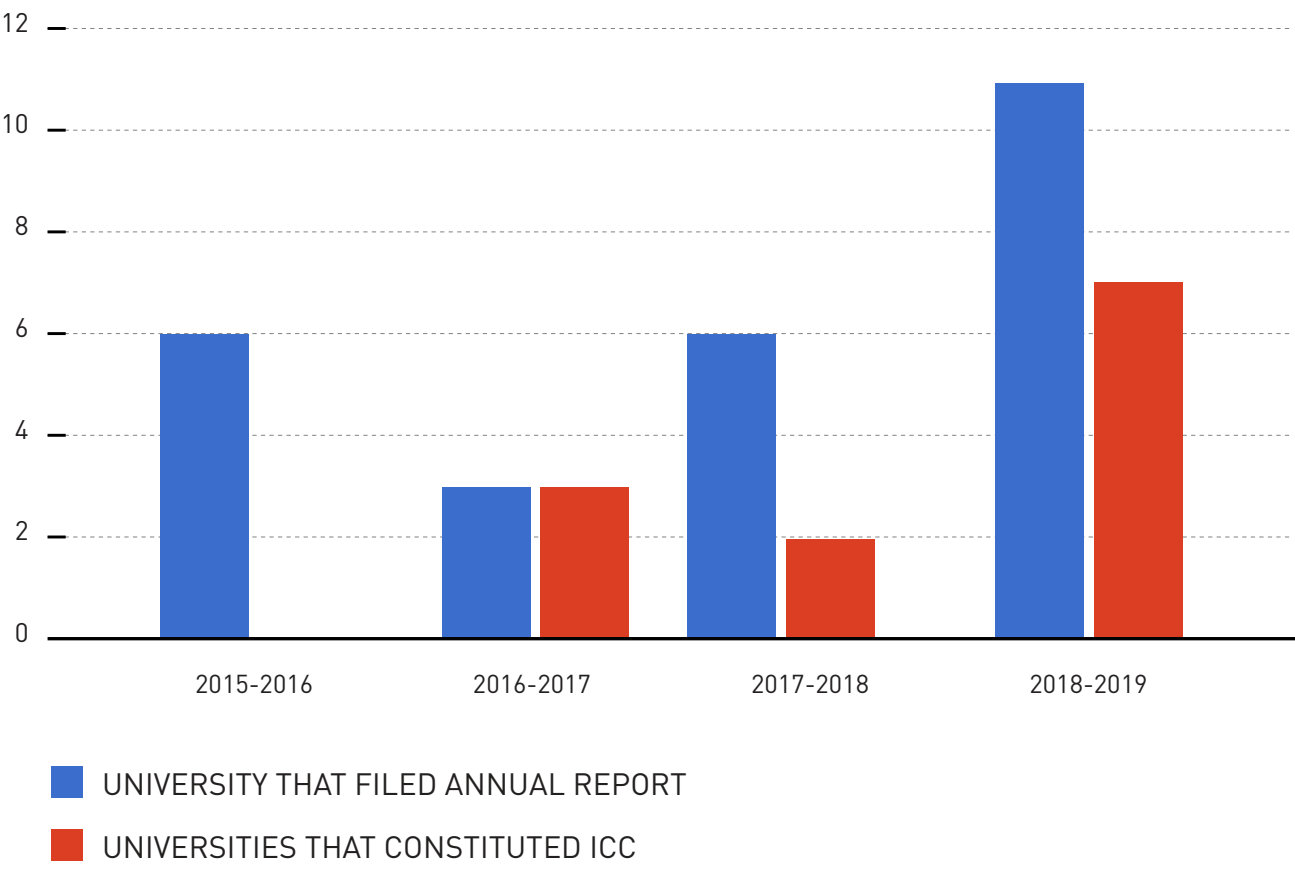


Source: Authors' own elaboration.

4.4. CONSTITUTION OF INTERNAL COMPLAINT COMMITTEES – ENFORCEMENT

The UGC guidelines of 2015 mandate the constitution of Internal Complaints Committees (ICC) for redressal of sexual harassment complaints. However, very little data is available with regard to whether or not ICCs have been constituted by universities and colleges. In 2015-2016, despite 6 universities in Gujarat have actually filed their annual reports, no data was requested nor provided on whether the ICC had been implemented. In 2016-2017, 3 universities filed their annual report and all of them confirmed to have constituted an ICC. However, in 2017-2018, out of the 6 universities that filed annual reports, only 2 confirmed to have constituted an ICC, while the others did not provide any information regarding such implementation. Similarly, in 2018-2019, out of the 11 universities that filed annual returns on sexual harassment, only 7 universities had constituted an ICC; 2 universities denied having constituted one, while the remaining 2 did not provide any information regarding the formation of an ICC. (See Graph 9.)

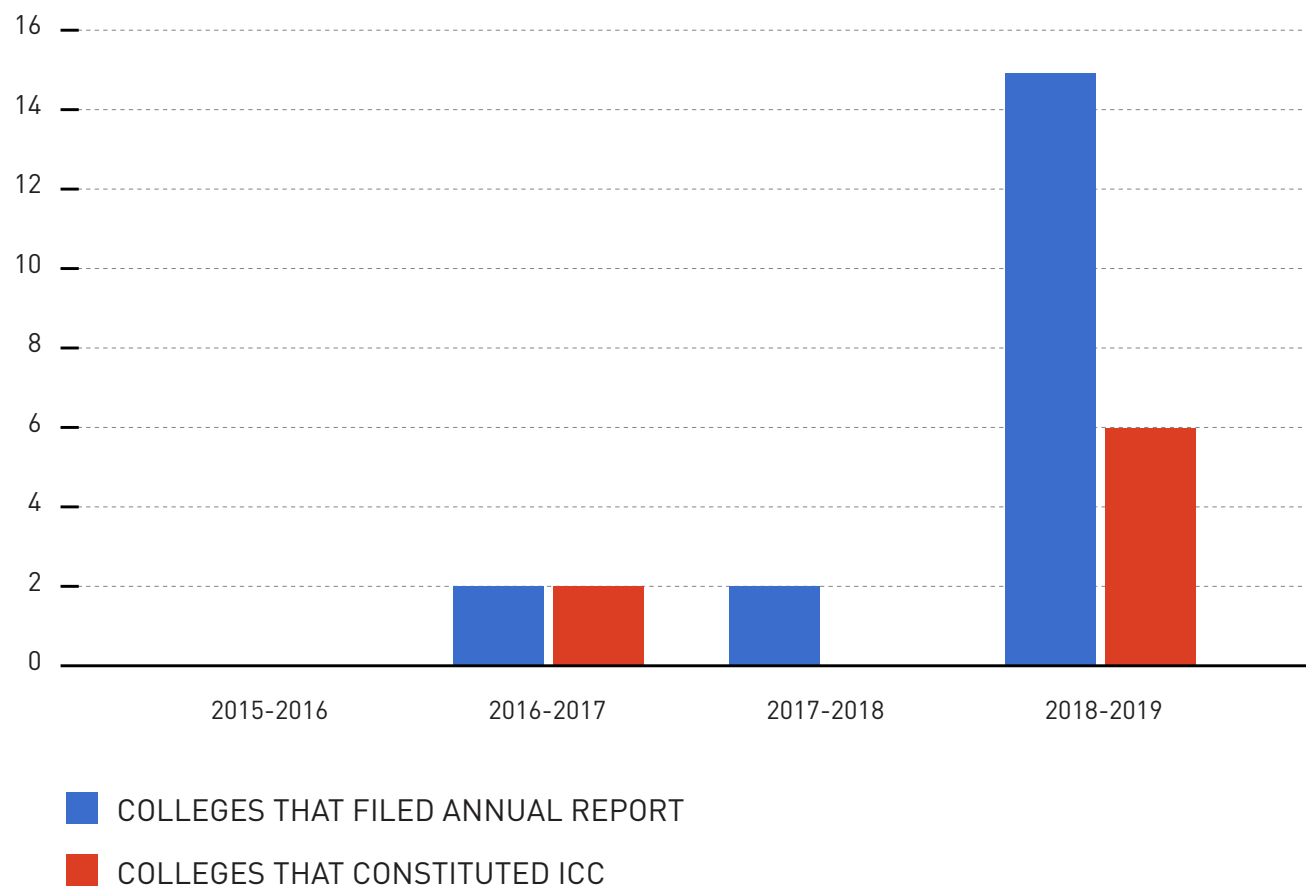
GRAPH 9 — **TOTAL UNIVERSITIES IN GUJARAT THAT HAVE CONSTITUTED INTERNAL COMPLAINTS COMMITTEES**



Source: Authors’ own elaboration.

With regard to colleges in Gujarat, in 2015-2016 and 2017-2018, no data related to the constitution of an ICC was requested or provided by any of the state’s colleges. In 2016-2017, 2 colleges filed annual data, and both affirmed the constitution of an ICC. In 2018-2019, 15 colleges filed annual reports, out of which only 6 affirmed the constitution of an ICC, while others failed to provide any data on the issue (see Graph 10).

GRAPH 10 – **TOTAL COLLEGES IN GUJARAT THAT HAVE CONSTITUTED INTERNAL COMPLAINTS COMMITTEES**



Source: Authors’ own elaboration.

Among the legal institutions in Ahmedabad, specifically, only 1 institution in 2016-2017 provided information and affirmed the constitution of an ICC.

4.5. WORKSHOPS AND AWARENESS PROGRAMMES CONDUCTED

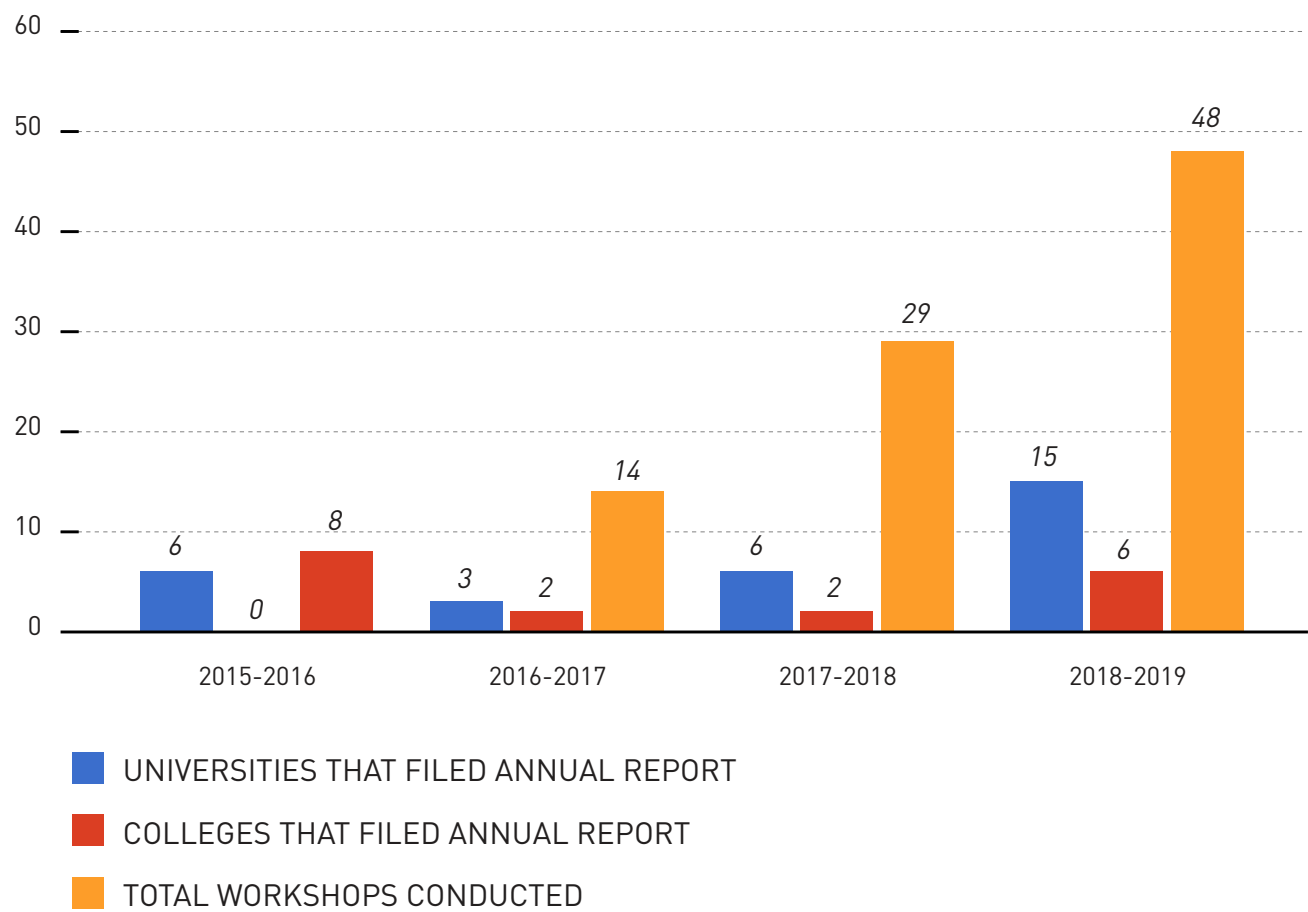
Data was also collected on the total number of awareness programmes conducted at each university in Gujarat and, specifically, in Ahmedabad. In 2015-2016, a total of 8 workshops were conducted across 6 universities that filed annual reports. In 2016-2017, a total of 14 workshops were conducted across the 3 universities and 2 colleges that filed the annual report.

In 2017-2018, the total number of workshops conducted across 8 colleges and universities was 29 and, in 2018-2019, the total number of workshops conducted was 48 across 21 universities and colleges that filed the annual report.

The total number of workshops conducted, however, fails to reflect the true scenario. While some universities and colleges have conducted multiple workshops in a given year, others have failed to conduct even a single workshop or awareness event. For instance, out of the 48 workshops conducted in 2018-2019, 30 were carried out by just 3 universities, while 9 colleges and 3 universities failed to conduct even a single workshop during that year.

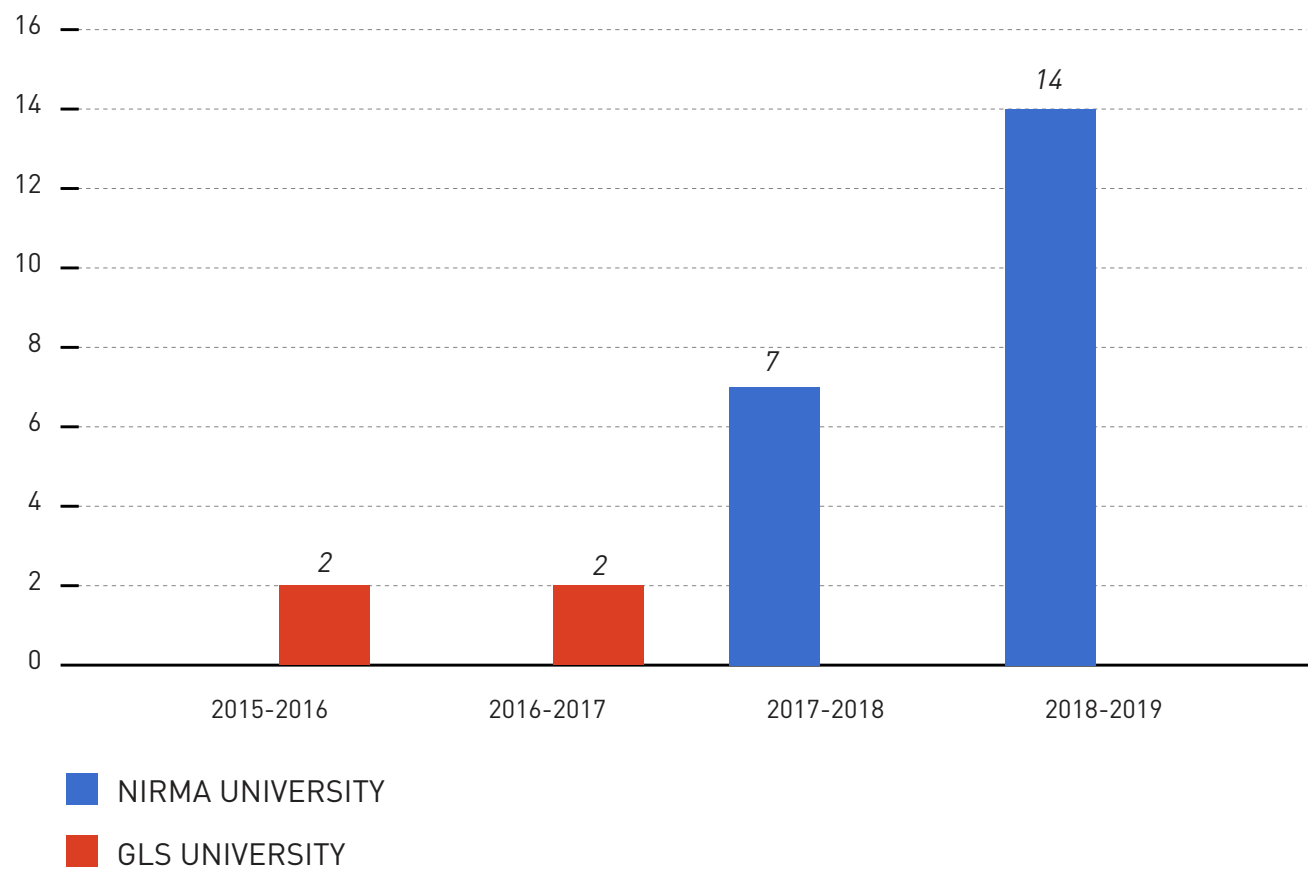
Within the legal institutions in Ahmedabad, specifically, a total of 25 workshops were conducted by 2 universities between 2015 and 2019. See Graphs 11 and 12.

GRAPH 11 – **TOTAL WORKSHOPS CONDUCTED AT UNIVERSITIES IN GUJARAT**



Source: Authors’ own elaboration.

GRAPH 12 — **INSTITUTION-WIDE NUMBER OF WORKSHOPS ON SEXUAL HARASSMENT IN AHMEDABAD**

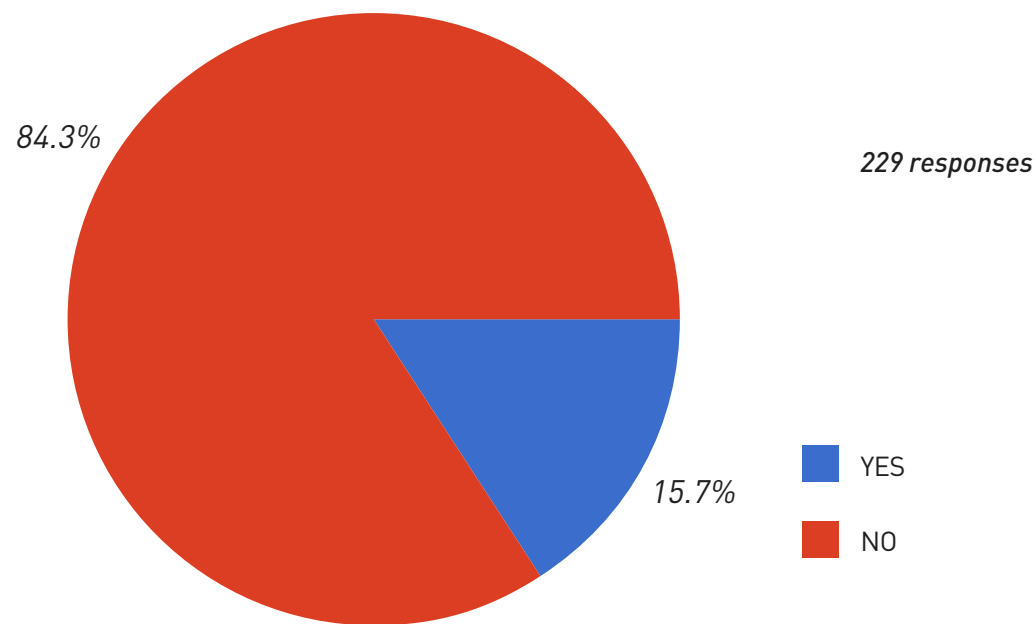


Source: Authors’ own elaboration.

4.6. SURVEY CONDUCTED AMONG STUDENTS

In addition to the data made available by the UGC, an internal survey was also conducted among students at one particular law school, which produced some interesting results. With regard to workshops, 84.3% of the students failed to attend any workshops organized by the university (see Graph 13).

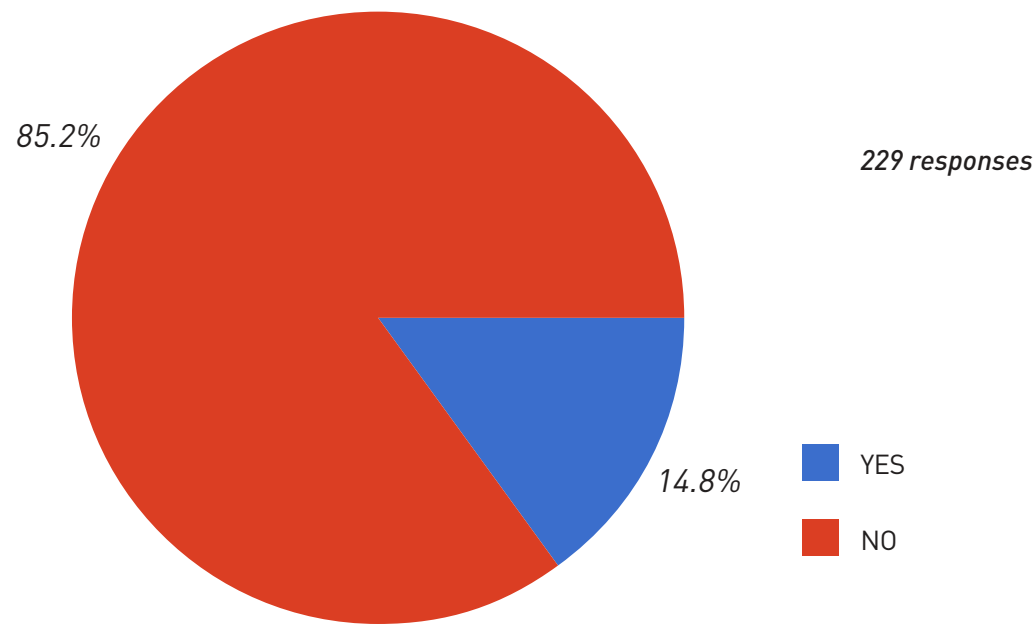
GRAPH 13 — **HAVE YOU ATTENDED ANY WORKSHOP / AWARENESS DRIVE ORGANIZED BY YOUR UNIVERSITY ON POSH ACT?**



Source: Authors' own elaboration.

Also, with regard to the availability of information regarding the UGC regulations of 2015, 85.2% denied having seen any information available on the notice boards at the institution (see Graph 14).

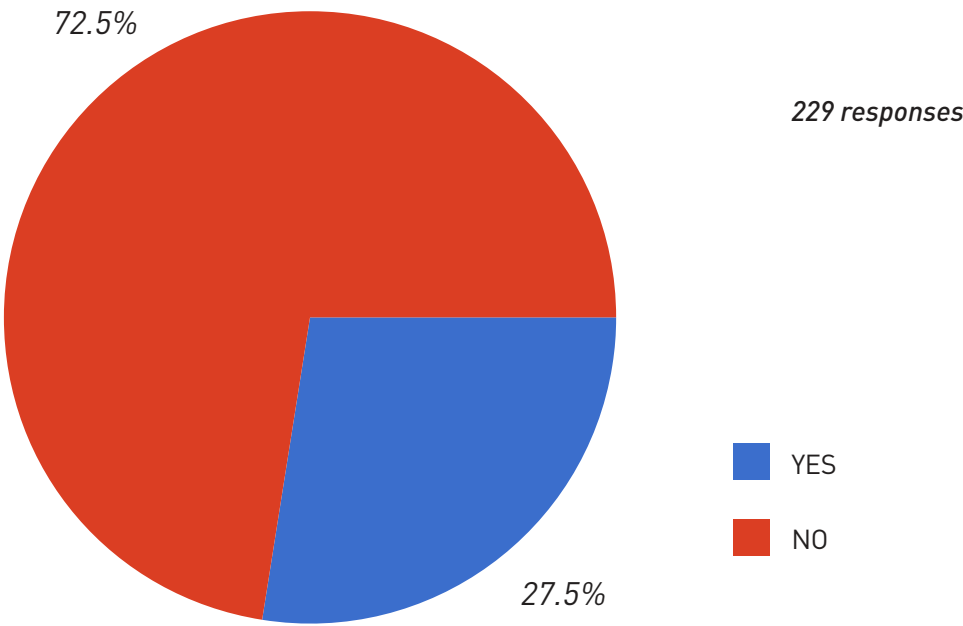
GRAPH 14 — **HAVE YOU SEEN ANY NOTIFICATION REGARDING THE 2015 UGC REGULATION ON THE NOTICE BOARD OF YOUR INSTITUTION?**



Source: Authors' own elaboration.

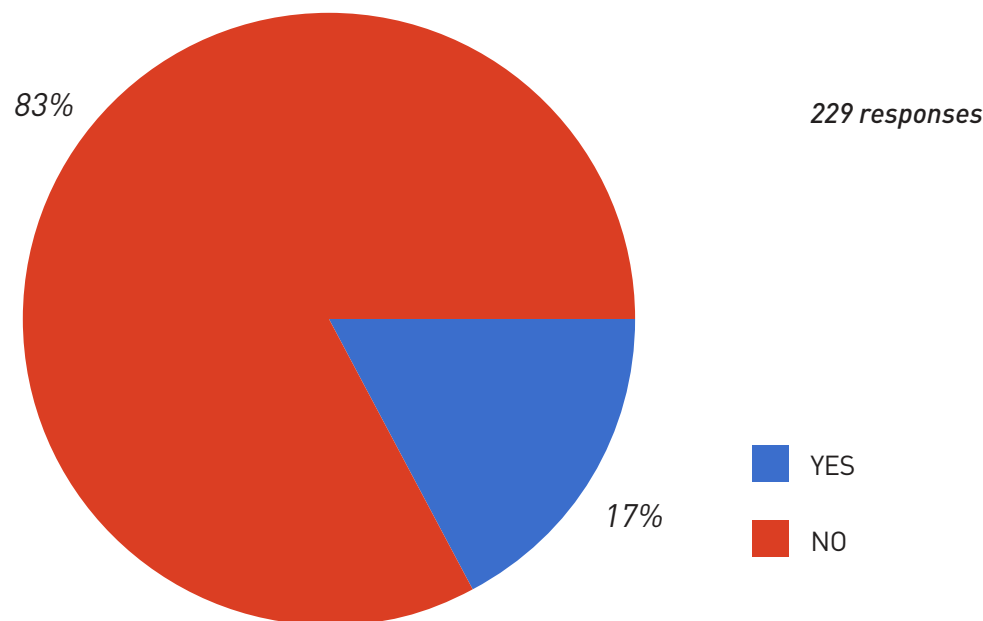
With regard to awareness of the UGC guidelines, 72.5% of the respondents denied having read the 2015 UGC regulations (see Graph 15).

GRAPH 15 – **HAVE YOU READ THE UGC REGULATION ON 2015 POSH ACT?**



Source: Authors' own elaboration.

Awareness regarding members of the ICC was also quite low among students, as 83% of the respondents did not know who the members of the ICC at their institute were (see Graph 16).

GRAPH 16 – **DO YOU KNOW THE MEMBERS OF ICC CONSTITUTED IN YOUR INSTITUTION?**

Source: Authors' own elaboration.

4.7. DISCUSSIONS AND FINDINGS

The available data on the UGC portal and the survey conducted among law students highlight serious issues with regard to the implementation of the UGC regulations at HEIs. Moreover, many universities and colleges have failed to file their annual reports and the number of complaints received is quite low. The same pattern is reflected across the state of Gujarat.

Only a few universities have complied with the mandate to file annual returns or conduct regular workshops. The survey conducted among students also corroborates a lack of awareness drives and workshops on the part of the universities and colleges. Moreover, many students do not know the details regarding ICC membership and their role.

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

A quantitative analysis of the data made available by universities and colleges across the country is insubstantial in terms of transparency and implementation of the 2015 UGC regulations. It is also important to note that the survey was carried out at only one law school, as pandemic-induced lockdown and restrictions on mobility prevented the authors from conducting extensive field surveys at different law schools and institutions. However, the results of such survey do corroborate the data collected from secondary sources.

I. INCENTIVES FOR COMPLIANCE

One of the patterns that has emerged in the analysis of the data is that most universities

and colleges have not complied with regulations when it comes to filing annual reports. By observing the data available it is clear that the majority of the universities have failed to file annual reports in any given year. When it comes to colleges, the numbers are even lower. The same trend continues with universities and colleges in the state of Gujarat. Among the responding higher education institutions, many of them have not provided crucial details pertaining to the constitution of an ICC or the implementation of any workshops and awareness campaigns.

Given the low compliance rates, it is suggested the development of institutional mechanisms to ensure such compliance by universities and colleges that have failed to conform to the requirement of annual reporting. While the UGC Regulations of 2015 already provide for consequences for non-compliance,⁸ adopting an *incentive-based approach* might also be helpful. Institutions following best practices in relation to UGC regulations can be eligible for special grants and prestigious recognitions. Specific importance is given to these recognitions as a criterion for assessment and accreditation of universities as well.

The issues dealt with by the ICC are extremely sensitive and are not often properly dealt. Adequate training needs to be provided to the members of the ICC to ensure effective discharge of their duties under the regulations. The entire system, in fact, needs to be survivor-centric and made in tune with the objectives of the regulations (PATHAK, 2022).

II. EXPLORING POSSIBILITIES OF AN INDEPENDENT GRIEVANCE REDRESSAL MECHANISM

One of our main concerns is the low number of reported cases, in comparison to some other studies conducted across universities and colleges (BAPAI, 1999; SRIKANTH, 2018; DASGUPTA and MUKHERJEE, 2020). While in 2015-2016, a total of 112 complaints of sexual harassment were received by universities and colleges that filed annual reports, in 2016-2017, the number was 187; in the year of 2017-2018, it was 82 and in 2018-2019 (and up to January 2020), 181. Upon a closer look at the available data, it is clear that a significant majority of universities received only one complaint of sexual harassment within a given year. While this low number may initially inspire optimism, a more thorough look at the information available raises questions about the low number of complaints and possible underreporting.

The studies cited above highlight several reasons for underreporting of instances of sexual harassment. One of the crucial factors attributable to this issue is the intimidating presence of institutional employees, including deans or professors, on the ICC responsible for dealing with complaints of sexual harassment. Many of the victims do not report instances of sexual

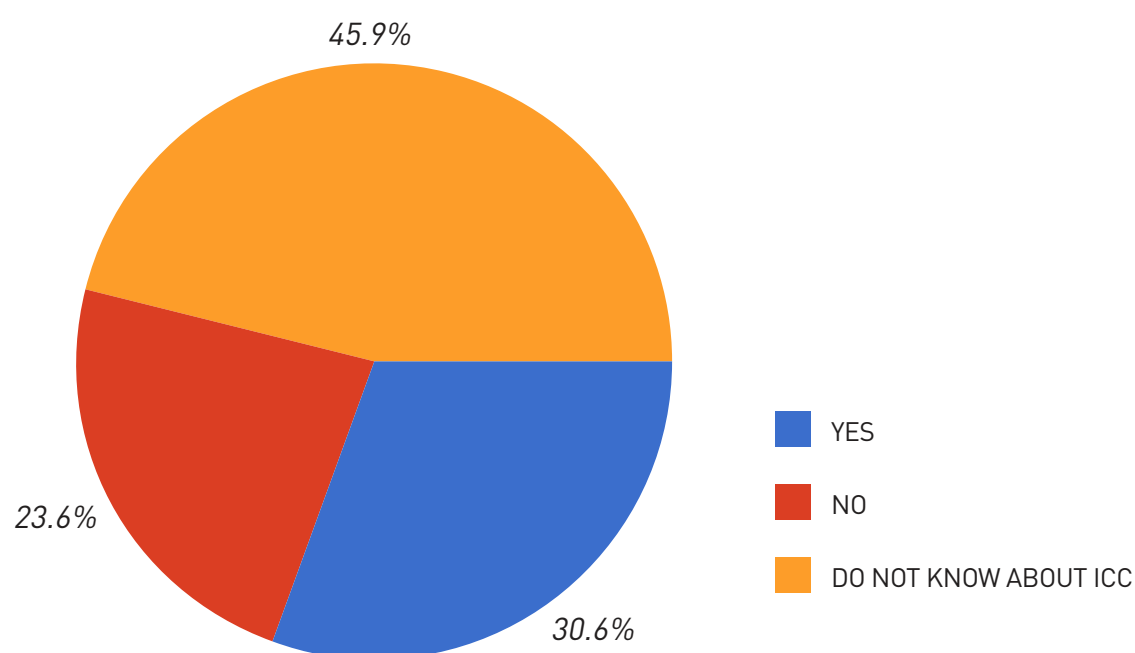
...

⁸ Section 12 of the 2015 UGC guidelines.

harassment, as they feel apprehensive for their future due to the presence of their faculty on the committee. This debilitating effect on the ICC has also been raised in the Supreme Court of India through a Public Interest Litigation (PIL) filed on an analogous issue, one of addressing caste-based discrimination in higher educational institutions.⁹ The PIL claims that the presence of faculty members makes students fear for their academic results, impacting their actions on the matter of the harassment.

While the UGC Regulations of 2015 provide for a comprehensive framework to deal with instances of sexual harassment, the smaller number of cases and documented concerns of students fearing for their academic futures in the presence of faculty members on committees begs for measures to make the ICCs more accessible and inclusive in their functioning. Further reasons for not approaching the committee with complaints include lack of faith in the committee's actions and a lack of awareness about available mechanisms, as pointed out by the reports cited above. Lack of faith in the functioning of the ICC has been corroborated to a certain extent by the internal survey conducted as part of the project. Out of the 229 responses received, 54 students do not trust the functionality of the ICC. In response to the same question, 45.9% stated that they were not even aware of the ICC (see Graph 17).

GRAPH 17 — **DO YOU THINK INTERNAL COMPLAINT COMMITTEES WORK IN A FAIR AND INDEPENDENT MANNER?**



Source: Authors' own elaboration.

...

⁹ Available at: <https://www.livelaw.in/top-stories/sc-issues-notice-on-pil-by-mothers-of-rohit-vemula-and-dr-payal-tadvi—148270>.

In light of these responses, exploring an alternative mechanism that fulfills the criteria of good faith and inclusivity will help highlight the extent of the problem that sexual harassment poses across higher educational institutions. An attempt was made for a more inclusive mechanism through a student-elected body at Jawaharlal Nehru University. The university holds a student-elected committee, the Gender Sensitization Committee against Sexual Harassment (GSCASH),¹⁰ which was later replaced with the ICC. While GSCASH included members of the faculty, the strong presence of elected student members ensured that all cases of sexual harassment were dealt with in a fair and transparent manner. These concerns of transparency and fairness were raised by many individuals, as the GSCASH was replaced by the ICC, including mostly teachers and university administrators.¹¹ These concerns are further aggravated as the university fails to meet strict punishment guidelines even in cases reported to the ICC.¹² It is equally important that the members of the ICC have a good understanding of societal hierarchies such as gender, caste, religion, etc. (THAKUR and KUMAR, 2019). The regulations envision that the selection of ICC members shall be made from among individuals who possess a sound understanding of gender construct and not merely from among those occupying pivotal positions in the organization. Only after that ICC can be called independent.

III. PROVISIONS FOR CONTINUOUS MONITORING

While the UGC has provided for the constitution of ICCs, the regulations do not provide for a mechanism of continuous monitoring that might assess whether or not the regulations are being implemented. Non-compliance by many universities and colleges, related to setting up ICCs, is an evidence that not all universities and colleges have conformed to the regulations. In light of this, an oversight or monitoring mechanism to continuously evaluate the implementation of regulations, both in letter and spirit, would be greatly beneficial in addressing concerns related to sexual harassment.

The problem of non-compliance exceeds the constitution of ICCs and also involves lack of regular awareness activities and workshops, as well as of sexual harassment-education materials available to students, among other issues. Many of the universities and colleges

...

¹⁰ An archive of GSCASH is available at <https://www.jnu-gscash-archive.org/the-gscash-rules-a-history-in-docum>.

¹¹ <https://thewire.in/education/how-dismantling-of-gscash-has-impacted-the-dignity-and-freedom-of-women-in-jnu>

¹² Some of the universities and colleges filing the annual report have mentioned that they have dealt with the issues by giving the accused a warning or making them apologize to the victim. Reports are available at https://www.ugc.ac.in/pdfnews/7203627_UGC_regulations-harassment.pdf.

that have filed annual reports admitted not having conducted any workshops on sexual harassment over their academic year, a fact corroborated by internal survey, wherein 94% of the students denied having attended any workshops. Also, students responding to the survey reported an absence of information on UGC regulations across notice boards at the institution.

In light of such findings, it is suggested that a monitoring mechanism to oversee the implementation of UGC regulations will assist in creating awareness and ensuring effective implementation.

ACKNOWLEDGEMENTS

The authors would like to thank Nirma University for the research funding.

REFERENCES

ABRAHAM, J. *et al.* Sexual Harassment in Delhi University: A Report. Gender Study Group, Delhi, 1996. *Indian Journal of Gender Studies*, v. 5, n. 1, p. 116-121, 1998.

AINA, Adetutu Deborah; KULSHRESTHA, Pradeep. Sexual Harassment in Educational Institutions in Delhi-NCR (India): Level of Awareness, Perception and Experience. *Sexuality & Culture*, [s.l.], v. 22, n. 1, p. 106-126, 2018.

BAPAI, Asha. Sexual Harassment in University and College Campuses in Mumbai. *The Indian Journal of Social Work*, Mumbai, v. 60, n. 4, 1999. p. 608-609.

BHARAMGOUDAR, Ratna R. Sexual Harassment at Workplace: A Dignity Wrong on Women. *Indian Journal of Law & Justice*, West Bengal, v. 6, n. 2, p. 5-14, 2015.

BONDESTAM, Fredrik; LUNDQUIST, Maja. Sexual Harassment in Higher Education: A Systematic Review. *European Journal of Higher Education*, [online], v. 10, n. 4, p. 397-419, 2020.

CHADHA, Anuradha. Law Relating to Sexual Harassment of Women at the Workplace in India: A Critical Review. *SSRN*, [online], May 12th, 2018. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3171264. Accessed on: Aug. 22th, 2020.

CHOPRA, Radhika. Three Texts, One Issue Vishaka and Others vs State of Rajasthan and Others. Judgement dated 13 August 1997. *Scale*, v. 5, 1997.

DASGUPTA, Satyaki; MUKHERJEE, Annesha. Survey of 500 Women Finds 1 in 10 Had Been Sexually Assaulted in Higher Education Institutions. *The Wire*, Oct. 4th 2020. Available at: <https://thewire.in/women/sexual-assault-higher-education-institution>. Accessed on: Oct. 19th, 2023.

HASPELS, Nelien *et al.* *Action against Sexual Harassment at Work in Asia and the Pacific*. Bangkok: International Labour Office, 2001.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Guidelines on Prevention of Sexual Harassment at Workplace in India*. 2013. Available at: https://www.ilo.org/newdelhi/whatwedo/publications/WCMS_630227/lang--en/index.htm. Accessed on: Oct. 18th, 2023.

JAISING, Indira. *Sexual Harassment at Workplace*. 2nd ed. New Delhi: Universal Law Publishing House, 2014.

JOHN, Mary E. Feminism, Sexual Violence, and the Times of #MeToo in India. In: FERNANDES, Leela. *Routledge Handbook of Gender in South Asia*. 2nd ed. London: Routledge, 2021. p. 335-350.

MEDIRATTA, Surinder. *Oxford Handbook of Law, Women, and Employment: Policies, Issues, Legislation and Case Law*. New Delhi: Oxford University Press, 2009.

MENON, Nivedita. Sexual Violence and the Law in India. In: WEST, Robin; BROWMAN, Cynthia Grant (eds.). *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 184-212.

PATEL, Vibhuti. A Brief History of the Battle Against Sexual Harassment at the Workplace. *Infochange News & Features*, 2005.

PATHAK, Disha. Evaluating the Effectiveness of UGC's Policy to Prevent Sexual Harassment: A Systematic Review. *Artha Journal of Social Sciences*, [s.l.], v. 21, n. 1, p. 43-68, 2022.

PRASAD, Shivangi; MUKHERJEE, Attreyi. *Handbook on the Law of Sexual Harassment at Work Place*. New Delhi: Thomson Reuters, 2015.

SRIKANTH, Ali. Incidents of Sexual Harassment at Educational Institutions in India: Preventive Measures and Grievance Handling. *Asian Review of Social Sciences*, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 108-113, 2018.

THAKUR, Sai; KUMAR, Shewli. Sexual Harassment in Academic Spaces: A Comparative Analysis of Legal Processes in India and Pakistan. *Jindal Global Law Review*, [s.l.], v. 10, n. 2, p. 173-196, 2019.

VISHAKAHA vs. State of Rajshtan (1997) 6 SCC 241.

HOW TO QUOTE THIS ARTICLE:

UPADHYAY, Vikash Kumar; TRIVEDI, Vikas; MOLIA, Tarkesh. Redressal of Sexual Harassment at Workplace: A Study of Legal Educational Institutions at Ahmedabad, Gujarat. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2342, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202342>

Vikash Kumar Upadhyay

ASSISTANT PROFESSOR (LAW) AT THE INSTITUTE OF LAW, NIRMA UNIVERSITY, AHMEDABAD. PHD IN LAW FROM BABASAHEB BHIMRAO AMBEDKAR UNIVERSITY, (A CENTRAL UNIVERSITY) LUCKNOW, INDIA.

vgupadhyay@gmail.com

Vikas Trivedi

ASSISTANT PROFESSOR (LAW) AT THE INSTITUTE OF LAW, NIRMA UNIVERSITY, AHMEDABAD. PHD IN LAW FROM LAL SUKHADIA UNIVERSITY, UDAIPUR, INDIA.

trivedivikas99@gmail.com

Tarkesh Molia

ASSOCIATE PROFESSOR (LAW) AT THE SCHOOL OF LAW FORENSIC JUSTICE & POLICY STUDIES, NATIONAL FORENSIC SCIENCE UNIVERSITY, GANDHINAGAR. PHD IN LAW FROM SAURASHTRA UNIVERSITY.

tarkeshpatel1@gmail.com

V. 19

2023

ISSN 2317-6172

44

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS