2024

ISSN 2317-6172

v. 20

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV

Revista

FGV DIREITO SP

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

v. 20 | 2024

PUBLICAÇÃO DA

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS.
- V. 20 (2024) - SÃO PAULO : FGV DIREITO SP, 2024-
V.

ANUAL
EDITORES: PEDRO SALOMON BEZERRA MOUALLEM, 2024-(ATUAL); CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014-2023; JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005-2014.
VERSÃO DIGITAL A PARTIR DE 2016
DISPONÍVEL EM: HTTP://BIBLIOTECADIGITAL.FGV.BR/OJS/INDEX.PHP/REVDIREITOGV/INDEX
ISSN 2317-6172

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. MOUALLEM, PEDRO SALOMON BEZERRA. II. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 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 ATTRIBUTION 4.0 INTERNATIONAL (CC BY)**, EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, EM QUALQUER MEIO OU FORMATO, SEM RESTRIÇÕES, DESDE QUE O TRABALHO ORIGINAL SEJA CORRETAMENTE CITADO. AUTORES DE TEXTOS PUBLICADOS PELA *REVISTA DIREITO GV* MANTÊM OS DIREITOS AUTORAIS DE SEUS TRABALHOS.

CORRESPONDÊNCIA
RUA DR. PLÍNIO BARRETO, 365 – BELA VISTA
CEP 01313-020 – SÃO PAULO – SP – BRASIL
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR
DIREITOSP.FGV.BR

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172 v. 20 | 2024

EDITOR-CHEFE

PEDRO SALOMON BEZERRA MOUALLEM

EDITORA-CHEFE

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

LUCIANA GROSS CUNHA

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

ALITA BALBI, ANA PAULA CORRADINI, BÁRBARA PILOTO SINCERRE, DOMINIKA PICCO, JENNIFER BONVENUTO, JORGELINA RIVERA, LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA, PAULA BRITO ARAÚJO, PAULA VERA-BUSTAMANTE E TEREZA GOUVEIA

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 2023 E PERSPECTIVAS PARA 2024 **: e2400**

REVISTA DIREITO GV IN NUMBERS:
2023 BALANCE SHEET AND OUTLOOK FOR 2024 **: e2401**

REVISTA DIREITO GV *EN NÚMEROS: RETROSPECTIVA DE 2023 Y PERSPECTIVAS PARA 2024*

PEDRO SALOMON BEZERRA MOUALLEM, LUCIANA GROSS CUNHA,
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, HENRIQUE CRUZ NOYA E LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN

RETHINKING INEQUALITIES THROUGH VOICES FROM THE SOUTH **: e2444**

REPENSANDO DESIGUALDADES A PARTIR DE VOZES DO SUL **: e2445**

REPENSAR LAS DESIGUALDADES A TRAVÉS DE VOCES DEL SUR

LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN AND SIRI GLOPPEN

ARTIGOS

UMA PESSOA TRABALHADORA E "FAMÍLIA": A IDENTIDADE
CONCURSEIRA NAS REPRESENTAÇÕES DE INSTAGRAM **: e2402**

A FAMILY HARD WORKER: CONCURSEIRA´S IDENTITY ON PRESENTATIONS FROM INSTAGRAM

UNA PERSONA TRABAJADORA Y "FAMILIA": LA IDENTIDAD "CONCURSEIRA" EN LAS REPRESENTACIONES DE INSTAGRAM

MÁRIO S. F. MAIA E LUCAS G. D. NERIS

EXECUÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS: ANÁLISE GERENCIAL E CRIMINOLÓGICA **: e2403**

EXECUTION OF ALTERNATIVE PENALTIES: MANAGEMENT AND CRIMINOLOGICAL ANALYSIS

EJECUCIÓN DE PENAS ALTERNATIVAS: ANÁLISIS GERENCIAL Y CRIMINOLÓGICO

RICARDO GAGLIARDI E PATRÍCIA MEDINA

JUDICIALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA: O PERFIL DOS SEGURADOS
E DAS DEMANDAS POR INCAPACIDADE **: e2404**

SOCIAL SECURITY LITIGATION: THE PROFILE OF INSURED AND DEMANDS FOR DISABILITY

JUDICIALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL PERFIL DE LOS ASEGURADOS Y LAS RECLAMACIONES POR INVALIDEZ

DANIELA ZARZAR PEREIRA DE MELO QUEIROZ, ADRIANA CONRADO DE ALMEIDA
E GABRIELA GRANJA PORTO

NORMAS DE GÊNERO EM GRADUAÇÃO EM DIREITO **: e2405**

GENDER NORMS IN LAW UNDERGRADUATION

NORMAS DE GÉNERO EN CURSOS DE DERECHO

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS, JOÃO MANUEL DE OLIVEIRA
E MARIA JURACY FILGUEIRAS TONELI

AS TRÊS PROGRAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS CONTRA CRISES POLÍTICAS: SISTEMAS DE GOVERNO E ESTABILIDADE GOVERNAMENTAL EM GRANDES DEMOCRACIAS **: e2406**

THREE CONSTITUTIONAL PROGRAMS APPLIED AGAINST POLITICAL CRISIS: SYSTEMS OF GOVERNMENT AND GOVERNMENTAL STABILITY IN LARGE DEMOCRACIES

TRES PROGRAMAS CONSTITUCIONALES APLICADOS CONTRA LA CRISIS POLÍTICA: SISTEMAS DE GOBIERNO Y ESTABILIDAD GUBERNAMENTAL EN GRANDES DEMOCRACIAS

AUGUSTO NEFTALI CORTE DE OLIVEIRA

OS NEGROS NAS FACULDADES DE DIREITO DO BRASIL NO SÉCULO XIX: EXCLUSÃO, PRECONCEITO E APAGAMENTO **: e2407**

BLACK PEOPLE IN BRAZILIAN LAW SCHOOLS IN THE NINETEENTH CENTURY: EXCLUSION, PREJUDICE AND ERASURE

LOS NEGROS EN LAS FACULTADES DE DERECHO BRASILEÑAS EN EL SIGLO XIX: EXCLUSIÓN, PREJUICIO Y APAGAMIENTO

ARIEL ENGEL PESSO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: DE DEFENSOR DE DIREITOS A COMBATENTE DA CORRUPÇÃO (1988-2018) **: e2408**

THE BRAZILIAN FEDERAL PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE: FROM DEFENDER OF RIGHTS TO ANTICORRUPTION FIGHTER (1988-2018)

EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL: DE DEFENSOR DE DERECHOS A COMBATIENTE DE LA CORRUPCIÓN (1988-2018)

FÁBIO KERCHE E RAFAEL RODRIGUES VIEGAS

DO NEGRO-VIDA AO PRETUGUÊS: CONTRIBUIÇÕES DO PENSAMENTO SOCIAL BRASILEIRO NEGRO PARA O DIREITO **: e2409**

FROM NEGRO-VIDA TO PRETUGUÊS: CONTRIBUTIONS OF BRAZILIAN BLACK SOCIAL THOUGHT TO LAW

DE LO NEGRO-VIDA AL PRETUGUÊS: CONTRIBUCIÓN DEL PENSAMIENTO SOCIAL BRASILEÑO A LO DERECHO

JULIA DOS SANTOS DRUMMOND E LUCIANO SANTANA PINHEIRO

JUDGE'S MANAGERIAL COMPETENCES: A CASE STUDY OF A HIGH-PERFORMANCE COURT **: e2410**

COMPETENCIAS GERENCIALES DEL JUEZ: UN ESTUDIO DE CASO EN UN JUZGADO DE ALTO DESEMPEÑO

COMPETÊNCIAS GERENCIAIS DO JUIZ: UM ESTUDO DE CASO EM UMA VARA DE ALTA PERFORMANCE

LIVIA LÚCIA OLIVEIRA BORBA, FABRICIO CASTAGNA LUNARDI AND TOMAS AQUINO GUIMARÃES

O *BACKLASH* ANTIDIGNIDADE MENSTRUAL NO EXECUTIVO BRASILEIRO: QUANDO FALTA DINHEIRO PARA COMIDA, ABSORVENTE É ARTIGO DE LUXO **: e2411**

THE ANTI-MENSTRUAL DIGNITY BACKLASH IN THE BRAZILIAN EXECUTIVE: WHEN MONEY FOR FOOD IS LACKING, SANITARY PADS ARE A LUXURY ITEM

LA REACCIÓN CONTRA LA DIGNIDAD MENSTRUAL EN EL EJECUTIVO BRASILEÑO: CUANDO NO HAY DINERO PARA COMIDA, LAS COMPRESAS SON ARTÍCULOS DE LUJO

LORENNA MEDEIROS TOSCANO DE BRITO E MARIANA DE SIQUEIRA

O ARRENDAMENTO DE TERRAS PARA PRODUÇÃO DE ENERGIA EÓLICA: UM NOVO CAPÍTULO DA QUESTÃO AGRÁRIA BRASILEIRA **: e2413**

THE LEASING OF LAND FOR WIND ENERGY PRODUCTION: A NEW CHAPTER OF THE BRAZILIAN AGRICULTURAL ISSUE

EL ARRENDAMIENTO DE TIERRAS PARA LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA EÓLICA: UN NUEVO CAPÍTULO DE LA CUESTIÓN AGRARIA BRASILEÑA

FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA, MARCELA PEIXOTO BATISTA, TARCÍSIO AUGUSTO ALVES DA SILVA E DAMIÁN COPENA RODRÍGUEZ

A EVOLUÇÃO DA PRODUÇÃO NORMATIVA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (1988-2020): ANÁLISE EMPÍRICA E IMPLICAÇÕES REGULATÓRIAS **: e2414**

THE EVOLUTION OF NORMATIVE PRODUCTION OF THE FEDERAL REVENUE OF BRAZIL (1988-2020): EMPIRICAL ANALYSIS AND REGULATORY IMPLICATIONS

LA EVOLUCIÓN DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LA RECEITA FEDERAL DE BRASIL (1988-2020): ANÁLISIS EMPÍRICO E IMPLICACIONES REGULATORIAS

LUCAS THEVENARD GOMES E LUIZ FELIPE MONTEIRO SEIXAS

O SIGILO NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS: NORMAS E PROCEDIMENTOS PARA CLASSIFICAR INFORMAÇÕES COM BASE NA SEGURANÇA DO ESTADO E DA SOCIEDADE **: e2415**

SECRECY IN THE BRAZILIAN ARMED FORCES: RULES AND PROCEDURES FOR CLASSIFYING INFORMATION BASED ON THE SECURITY OF THE STATE AND SOCIETY

CONFIDENCIALIDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS BRASILEÑAS: NORMAS Y PROCEDIMIENTOS PARA CLASIFICAR INFORMACIÓN BASADA EN LA SEGURIDAD DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD

KARINA FURTADO RODRIGUES

UMA ALÍQUOTA UNIFORME NA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO BENEFICIA OS MAIS POBRES: APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DO DEBATE INTERNACIONAL **: e2416**

A UNIFORM RATE ON CONSUMPTION TAXATION BENEFITS THE POOREST: PRESENTATION AND ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL DEBATE **: e2421**

UNA TASA UNIFORME EN LA TRIBUTACIÓN AL CONSUMO BENEFICIA A LOS MÁS POBRES: PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DEL DEBATE INTERNACIONAL

LEONEL CESARINO PESSÔA

O ICMS ECOLÓGICO COMO UM INSTRUMENTO DE POLÍTICA AMBIENTAL NO BRASIL **: e2417**

THE ECOLOGICAL ICMS AS AN INSTRUMENT OF ENVIRONMENTAL POLICY IN BRAZIL

EL ICMS ECOLÓGICO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA AMBIENTAL EN BRASIL

LIZANDRO LUI E PATRÍCIA ASSUNÇÃO

FROM THE CRIMINALIZATION OF SUBSTANCES TO THE "WAR ON DRUGS" POLICY: A CENTURY OF PROHIBITIONISM IN BRAZIL **: e2418**

DESDE LA CRIMINALIZACIÓN DE SUSTANCIAS HASTA LA POLÍTICA DE "GUERRA CONTRA LAS DROGAS": UN SIGLO DE PROHIBICIONISMO EN BRASIL

DA CRIMINALIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS À POLÍTICA DE "GUERRA ÀS DROGAS": UM SÉCULO DE PROIBICIONISMO NO BRASIL

JOSÉ GUILHERME MAGALHÃES E SILVA, LUÍS FELIPE ZILLI AND LETÍCIA GODINHO DE SOUZA

A DEGENERAÇÃO DA POLÍTICA FEDERAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA AMAZÔNIA **: e2419**

THE DEGENERATION OF THE FEDERAL LAND REGULARIZATION POLICY IN THE AMAZON

LA DEGENERACIÓN DE LA POLÍTICA FEDERAL DE REGULARIZACIÓN DE TIERRAS EN LA AMAZONÍA

DOMINGOS DANIEL MOUTINHO

ARGENTINA: BETWEEN ANIMAL RIGHTS RECOGNITION AND ANIMAL FARMING INTENSIFICATION **: e2420**

ARGENTINA: ENTRE EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PARA LOS ANIMALES Y LA INTENSIFICACIÓN DE LA GANADERÍA

ARGENTINA: ENTRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS E A INTENSIFICAÇÃO DA PECUÁRIA

SILVINA PEZZETTA

RACISMO CREDITÍCIO NO BRASIL E NOS EUA: RISCO DISCRIMINATÓRIO NO ACESSO A CRÉDITO **: e2422**

CREDIT RACISM IN BRAZIL AND THE USA: DISCRIMINATORY RISK IN ACCESS TO CREDIT

RACISMO CREDITICIO EN BRASIL Y ESTADOS UNIDOS: RIESGO DISCRIMINATORIO EN EL ACCESO AL CRÉDITO

THIAGO AMPARO E VIVIANE MULLER PRADO

POLÍTICA AUTOCOMPOSITIVA: CÂMARAS PRIVADAS NO CENÁRIO NACIONAL **: e2423**

SELF-COMPOSITION POLICY: PRIVATE CHAMBERS IN THE NATIONAL SCENARIO

POLÍTICA DE AUTOCOMPOSICIÓN: CÁMARAS PRIVADAS EN EL ESCENARIO NACIONAL

GISELE LUIZA SOARES MOURA E SIMONE CRISTINA DUFLOTH

A INFORMATIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E AS MUDANÇAS NA BUROCRACIA JUDICIÁRIA: LINEARIDADE E INSTANTANEIDADE OBSERVADAS COM A AJUDA DA METODOLOGIA DO *TEXT MINING* **: e2424**

COMPUTERIZATION OF THE BRAZILIAN COURTS AND CHANGES IN THE JUDICIAL BUREAUCRACY: LINEARITY AND INSTANTANEITY OBSERVED WITH THE HELP OF THE TEXT MINING METHODOLOGY

LA INFORMATIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES BRASILEÑOS Y LOS CAMBIOS EN LA BUROCRACIA JUDICIAL: LINEALIDAD E INSTANTANEIDAD OBSERVADAS CON LA AYUDA DE LA METODOLOGÍA DE MINERÍA DE TEXTO

LUCIANA YEUNG E PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

BETTER THAN NOTHING? THE IDEA OF "ROUGH JUSTICE" FOR INDIVIDUAL COMPENSATION IN DISASTER CASES **: e2425**

¿MEJOR QUE NADA? LA IDEA DE "JUSTICIA POSIBLE" PARA LA COMPENSACIÓN INDIVIDUAL EN CASOS DE DESASTRES

MELHOR DO QUE NADA? A IDEIA DE "JUSTIÇA POSSÍVEL" PARA A COMPENSAÇÃO INDIVIDUAL EM CASOS DE DESASTRES

THAIS TEMER, KARINA DENARI GOMES DE MATTOS AND MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI

UM PAÍS REFÉM DO CONCEITO DE CRIME DE CORRUPÇÃO E DE SUA PROVA **: e2426**

A COUNTRY DETERMINED BY THE CONCEPT OF BRIBERY AND ITS EVIDENCE

UN PAÍS REHÉN DEL CONCEPTO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN Y SU PRUEBA

ARTHUR GUERRA FILHO

A COMPETIÇÃO POLÍTICA NA SUPERVISÃO JUDICIAL DO PROCESSO DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO STF NA ADI N. 4.650 **: e2427**

POLITICAL COMPETITION IN THE JUDICIAL OVERSIGHT OF THE DEMOCRATIC PROCESS: AN ANALYSIS BASED ON THE DECISION OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN ADI NO. 4.650

LA COMPETENCIA POLÍTICA EN LA SUPERVISIÓN JUDICIAL DEL PROCESO DEMOCRÁTICO: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL STF EN LA ADI N. 4.650

HELENA HIME FUNARI E PEDRO MARQUES NETO

A ESCUTA ATIVA NA MEDIAÇÃO JUDICIAL *ON-LINE* **: e2428**

ACTIVE LISTENING IN THE ONLINE LEGAL MEDIATION

ESCUCHA ACTIVA EN LA MEDIACIÓN JUDICIAL EN LÍNEA

DANIELA RABELLO DA CUNHA, JULIANA LOPES FERREIRA E PAULO CORTES GAGO

PAST RULES: USES OF HISTORY IN BRAZILIAN LEGAL HERMENEUTICS (1850S-1915) **: e2429**

EL PASADO Y SUS REGLAS: USOS DE LA HISTORIA EN LA HERMENÉUTICA JURÍDICA BRASILEÑA (1850-1915)

O PASSADO E SUAS REGRAS: USOS DA HISTÓRIA NA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA (1850-1915)

ARTHUR BARRÊTTO DE ALMEIDA COSTA

ECONOMÍA CIRCULAR EN CONTEXTOS LOCALES: CASO ECUADOR **: e2430**

CIRCULAR ECONOMY IN LOCAL CONTEXTS: THE ECUADOR CASE

ECONOMIA CIRCULAR EM CONTEXTOS LOCAIS: O CASO EQUADOR

WILMA MATILDE GUERRERO-VILLEGAS, MÓNICA CECILIA GALLEGOS-VARELA, PIEDAD MARIBEL ROSERO-ROSERO Y LUCÍA MARIBEL PINARGOTE-YÉPEZ

TRADITIONAL KNOWLEDGE AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN LATIN AMERICA: TOWARDS A DECOLONIAL APPROACH **: e2431**

CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN AMÉRICA LATINA: HACIA UN ENFOQUE DECOLONIAL

CONHECIMENTO TRADICIONAL E DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NA AMÉRICA LATINA: RUMO A UMA ABORDAGEM DECOLONIAL

ELIEZER SÁNCHEZ-LASABALLETT AND YBISKAY GONZÁLEZ

DISOLUCIÓN POR CAUSA GRAVE DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES CHILENA: CONTRATOS INCOMPLETOS PARA PARTES SUPUESTAMENTE SOFISTICADAS **: e2436**

INVOLUNTARY DISSOLUTION OF THE CHILEAN SOCIEDAD POR ACCIONES: INCOMPLETE CONTRACTS FOR SUPPOSED-TO-BE SOPHISTICATED PARTIES

DISSOLUÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL DA SOCIEDAD POR ACCIONES CHILENA: CONTRATOS INCOMPLETOS PARA PARTES SUPOSTAMENTE SOFISTICADAS

PABLO MANTEROLA

LYRICS AS LAW: TEACHING THE SOUTH AFRICAN CONSTITUTION THROUGH SOCIALLY CONSCIOUS SONGS **: e2437**

LETRA DE MÚSICA COMO LEY: ENSEÑANDO LA CONSTITUCIÓN SUDAFRICANA A TRAVÉS DE CANCIONES SOCIALMENTE CONSCIENTES

LETRA DE MÚSICA COMO LEI: ENSINO DA CONSTITUIÇÃO SUL-AFRICANA POR MEIO DE CANÇÕES COM CONSCIÊNCIA SOCIAL

MUTONDI MULAUDZI AND BABATUNDE FAGBAYIBO

BICAMERALISMO E TRAMITAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS: O PAPEL DO SENADO FEDERAL COMO ATOR INSTITUCIONAL COM PODER DE VETO **: e2438**

BICAMERALISM AND EXECUTIVE PROVISIONAL MEASURES: THE ROLE OF FEDERAL SENATE AS AN INSTITUTIONAL ACTOR WITH VETO POWER

BICAMERALISMO Y LA TRAMITACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: EL PAPEL DEL SENADO FEDERAL COMO ACTOR INSTITUCIONAL CON PODER DE VETO

GABRIELLE TATITH PEREIRA, FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI E PEDRO MIGUEL ALVES RIBEIRO CORREIA

A PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS TRANSIDENTIDADES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **: e2440**

THE LEGAL-CONSTITUTIONAL PROTECTION OF TRANSIDENTITIES BY THE SUPREME COURT

LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LAS TRANSIDENTIDADES POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL

MATHEUS DE SOUZA SILVA, LÍDIA NASCIMENTO GUSMÃO DE ABREU E KARYNA BATISTA SPOSATO

A REGULAMENTAÇÃO DAS LOTERIAS E DE OUTROS JOGOS DE AZAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE EXPLORATÓRIA **: e2442**

THE REGULATION OF LOTTERIES AND OTHER GAMBLING GAMES IN BRAZIL: AN EXPLORATORY ANALYSIS

LA REGULACIÓN DE LOTERÍAS Y OTROS JUEGOS DE APUESTAS EN BRASIL: UN ANÁLISIS EXPLORATORIO

DALSON BRITTO FIGUEIREDO FILHO, LUCAS EMANUEL DE OLIVEIRA SILVA, ANTÔNIO ALVES TÔRRES FERNANDES E LUCAS BORBA

REFLEXÕES SOBRE O LEGADO BRASILEIRO PARA CONSOLIDAÇÃO DE OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS EXTRATERRITORIAIS EM SAÚDE GLOBAL **: e2443**

REFLECTIONS ON THE BRAZILIAN LEGACY FOR CONSOLIDATION OF EXTRATERRITORIAL INTERNATIONAL OBLIGATIONS IN GLOBAL HEALTH

REFLEXIONES SOBRE EL LEGADO BRASILEÑO PARA CONSOLIDACIÓN DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES EXTRATERRITORIALES EN SALUD MUNDIAL

JOSÉ GUILHERME FERRAZ DA COSTA

RETHINKING INEQUALITIES THROUGH VOICES FROM THE SOUTH

LEGAL OPPORTUNITY STRUCTURE AND LEGAL BATTLES OVER SEX EDUCATION AND LGBTQ STUDENTS IN BRAZIL AND COLOMBIA **: e2432**

ESTRUCTURA DE OPORTUNIDAD LEGAL Y BATALLAS LEGALES SOBRE LA EDUCACIÓN SEXUAL Y LOS ESTUDIANTES LGBTQ EN BRASIL Y COLOMBIA

ESTRUTURA DE OPORTUNIDADE JURÍDICA E BATALHAS JUDICIAIS SOBRE EDUCAÇÃO SEXUAL E ESTUDANTES LGBTQ NO BRAZIL E NA COLOMBIA

ANA DE MELLO CORTES AND JULIANA JARAMILLO

SYSTEMIC BARRIERS AND UNFAIRNESS: ACCESS TO JUSTICE IN ZIMBABWE AND BEYOND **: e2433**

BARRERAS SISTÉMICAS E INJUSTICIA: ACCESO A LA JUSTICIA EN ZIMBABUE Y MÁS ALLÁ

BARREIRAS SISTÊMICAS E INJUSTIÇA: ACESSO À JUSTIÇA NO ZIMBÁBUE E ALÉM

WESLEY MARAIRE

CLIMATE CHANGE AND INEQUALITY: PUSHING THE BOUNDARIES OF JUDICIALIZATION **: e2434**

CAMBIO CLIMÁTICO Y DESIGUALDAD: AMPLIANDO LOS LÍMITES DE LA JUDICIALIZACIÓN

MUDANÇA CLIMÁTICA E DESIGUALDADE: EXPANDINDO OS LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO

THALIA VIVEROS UEHARA

YOUNG BRAZILIAN WIVES: CHILD MARRIAGE, GIRLS' MARGINALISATION, AND AGENCY **: e2435**

JÓVENES ESPOSAS BRASILEÑAS: MATRIMONIO INFANTIL, MARGINACIÓN DE LAS NIÑAS Y AGENCIA

JOVENS ESPOSAS BRASILEIRAS: CASAMENTO INFANTIL, MARGINALIZAÇÃO FEMININA E AGÊNCIA

LARISSA CRISTINA MARGARIDO

MATERNAL HEALTH FINANCING AND POSTPARTUM DETENTIONS: POLITICAL WILL AS AN UNDERLYING DETERMINANT FOR RESPECTFUL MATERNITY CARE IN KENYA **: e2439**

FINANCIAMIENTO DE LA SALUD MATERNA Y DETENCIONES POSPARTO: LA VOLUNTAD POLÍTICA COMO DETERMINANTE SUBYACENTE PARA LA ATENCIÓN RESPETUOSA DE LA MATERNIDAD EN KENIA

FINANCIAMENTO DA SAÚDE MATERNA E DETENÇÕES PÓS-PARTO: VONTADE POLÍTICA COMO DETERMINANTE SUBJACENTE PARA CUIDADOS DE MATERNIDADE RESPEITOSOS NO QUÊNIA

KERIGO ODADA

EVALUATING INDIA'S ENGAGEMENT WITH THE UNIVERSAL PERIODIC REVIEW: A FOCUS ON WOMEN'S RIGHTS **: e2441**

EVALUACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE INDIA EN LA REVISIÓN PERIÓDICA UNIVERSAL: UN ENFOQUE EN LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

AVALIAÇÃO DO ENGAJAMENTO DA ÍNDIA COM A REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL: UM FOCO NOS DIREITOS DAS MULHERES

BHAVYA GUPTA

RESENHAS

TÉCNICAS SUBLIMINARES, O DIREITO E OS SENTIDOS **: e2412**

SUBLIMINAL TECHNIQUES, THE LAW AND THE SENSES

TÉCNICAS SUBLIMINALES, LA LEY Y LOS SENTIDOS

CÉLIA F. MATIAS

CC BY
ISSN 2317-6172

REVISTA DIREITO GV EM NÚMEROS: BALANÇO DE 2023 E PERSPECTIVAS PARA 2024

REVISTA DIREITO GV *IN NUMBERS: 2023 BALANCE SHEET AND OUTLOOK FOR 2024*

REVISTA DIREITO GV *EN NÚMEROS: RETROSPECTIVA DE 2023 Y PERSPECTIVAS PARA 2024*

https://doi.org/10.1590/2317-6172202400

Pedro Salomon Bezerra Mouallem, Luciana Gross Cunha, Catarina Helena Cortada Barbieri, Henrique Cruz Noya e Lívia Gonçalves Buzolin

Resumo

Este editorial oferece um balanço de 2023 da *Revista Direito GV*, com dados gerais relativos ao fluxo de manuscritos submetidos à revista durante o ano. Expõe também as perspectivas editoriais para 2024, concluído o processo de adaptação à nova Política Editorial. Desde 2017, temos apresentado, por meio de dados quantitativos, as várias dimensões do trabalho editorial, como número de submissões recebidas, distribuição geográfica dos autores e das autoras e quantidade de pareceres emitidos. Mais recentemente, buscamos incorporar a dimensão de gênero nos dados. O objetivo geral é prestar informações à comunidade da revista, manter um histórico de seus principais marcos e assegurar 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.

Abstract

This editorial provides an overview of the year 2023 at Revista Direito GV, *offering general data on the flow of manuscripts submitted to the journal over the course of the year. It also presents the editorial outlook for 2024, considering that the process of adapting to the new Editorial Policy has been finalized. Since 2017, we have presented, through quantitative data, the various aspects of editorial work, such as the number of submissions received, the geographical distribution of authors and the number of reviews issued. More recently, we have sought to incorporate the gender-related data into our analysis. The overall aim is to provide information to the journal community, keep a record of its main milestones and offer broad transparency of our editorial processes, always with a view to improving editorial work as a whole and raising the quality of the articles published.*

Keywords

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

Resumen

Este editorial ofrece una retrospectiva del año 2023 de *Revista Direito GV*, con datos generales relativos al flujo de manuscritos enviados al periódico durante el año. También presenta las perspectivas editoriales para 2024, una vez finalizado el proceso de adaptación a la nueva Política Editorial. Desde 2017, presentamos, a través de datos cuantitativos, las diversas dimensiones del trabajo editorial, como el número de envíos recibidos, la distribución geográfica de los autores y el número de opiniones emitidas. Más recientemente, buscamos incorporar la dimensión de género en los datos. El objetivo general es proporcionar información a la comunidad del periódico, mantener un historial de sus principales hitos y ofrecer una amplia transparencia de nuestros procesos editoriales, siempre con la vista de mejorar el trabajo editorial en su conjunto y aumentar la calidad de los artículos publicados.

Palabras clave

Derecho; publicación científica; envío de artículos; revisión por pares; género.

Introdução

A *Revista Direito GV* realiza um balanço de suas atividades ao longo de 2023 e apresenta as perspectivas editoriais para 2024. Como em editoriais anteriores, propomo-nos ao exercício de

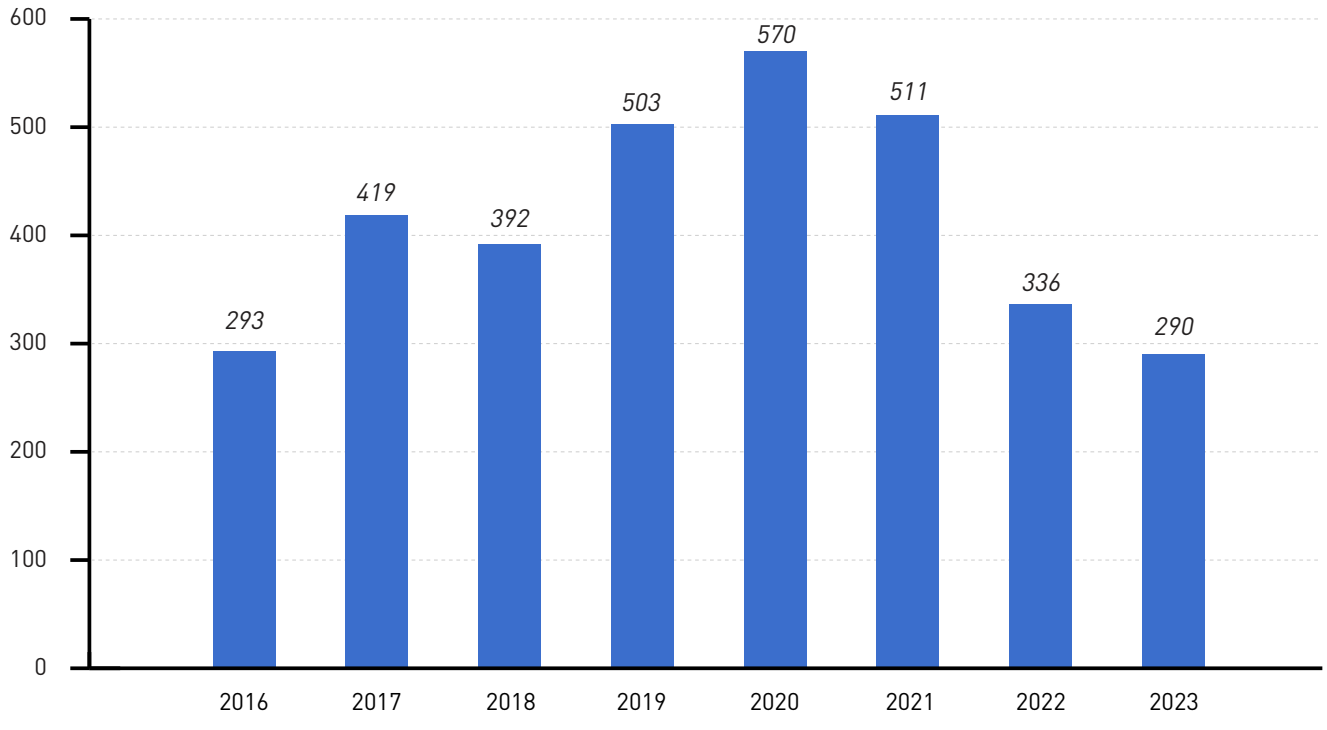
prestar informações objetivas à comunidade de autoras e autores, avaliadoras e avaliadores e leitoras e leitores sobre o funcionamento da revista, dando ampla transparência aos nossos processos editoriais. Reúnem-se aqui, entre outras informações, estatísticas a respeito do número de submissões recebidas, distribuição geográfica e gênero dos autores e das autoras, quantidade de pareceres emitidos e tempo médio de avaliação. Com esses editoriais anuais, esperamos também manter um histórico das principais mudanças e dos projetos implementados.

Em 2023, a *Revista Direito GV* iniciou a implementação de sua nova Política Editorial (Revista Direito GV, 2023), que restringiu seu escopo editorial e incorporou algumas das boas práticas de Ciência Aberta. As alterações demandaram adaptação do processo editorial, refletindo sobre alguns indicadores. Outra mudança significativa na governança da revista foi a saída da então editora-chefe, Catarina Helena Cortada Barbieri, à frente da revista desde setembro de 2014, e a entrada do novo editor-chefe Pedro Salomon Bezerra Mouallem. Também foi criado o cargo de presidente do Conselho Editorial, assumido por Luciana Gross Cunha. A transição para a nova Política Editorial e para a nova equipe editorial, contudo, chega ao fim em 2024, com a consolidação das novas práticas e da nova equipe, e as perspectivas são as melhores possíveis. A revista planeja manter a trajetória de excelência que construiu ao longo dos anos e expandir seu impacto acadêmico.

1. Submissões

O Gráfico 1, a seguir, apresenta a quantidade de submissões de novos artigos à *Revista Direito GV* desde o ano de 2016. Essas submissões representam todos os artigos novos de cada ano, abrangendo tanto artigos originais (submetidos pela primeira vez) quanto as ressubmissões (artigos que receberam decisão de "*reject and resubmit*" e voltaram alterados).

GRÁFICO 1 – **SUBMISSÕES NOVAS**



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

Como se pode notar, após três anos consecutivos com um número de submissões novas acima de 500 artigos anuais (2019, 2020 e 2021), houve uma queda no número de submissões nos anos de 2022 e 2023. Essa diminuição não foi uma exclusividade da *Revista Direito GV*: de acordo com o SciELO, a produção científica comunicada pelos periódicos da coleção SciELO Brasil caiu sistematicamente após a pandemia. Entre 2022 e 2023, ainda segundo o SciELO, houve uma redução na média anual de 13% no total de artigos. Essa é uma tendência, aliás, não apenas brasileira, mas que atingiu diversos países (Elsevier-Bori, 2023).

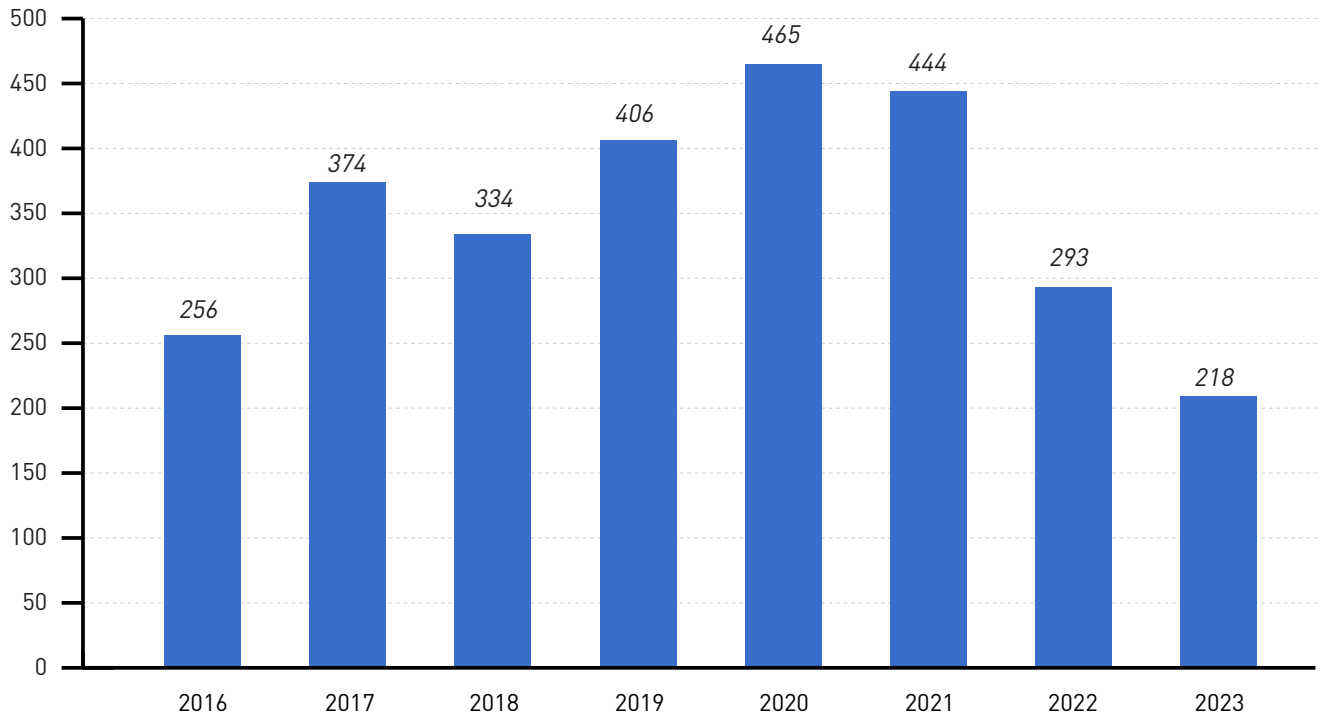
De qualquer modo, a redução no número de submissões era esperada: a partir de 2023, entrou em vigor a nova Política Editorial (Revista Direito GV, 2023), que instituiu critérios mais rígidos para submissões de artigos, a exemplo do *afunilamento do escopo editorial* da revista e da exigência de titulação mínima para autores (título de mestre, para artigos de autoria única e, nos casos de artigos em coautoria, ao menos um coautor com título de doutor) (Barbieri; Noya; Buzolin, 2023).

Não apenas esperada, a diminuição no número de submissões era também desejada: como afirmamos no Editorial anterior, as mudanças no escopo e na titulação visavam "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" (Barbieri;

Noya; Buzolin, 2023). Como se verificará mais adiante, consideramos que tais objetivos foram satisfatoriamente alcançados.

É importante observar que nem todas as novas submissões prosseguem para a fase de avaliação preliminar (*desk review*). Isso porque há uma grande quantidade de manuscritos que, após análise dos requisitos formais mínimos, são devolvidos aos autores para a realização de ajustes e nunca retornam. O Gráfico 2, a seguir, expressa o número de submissões que prosseguiram para o processo de avaliação.

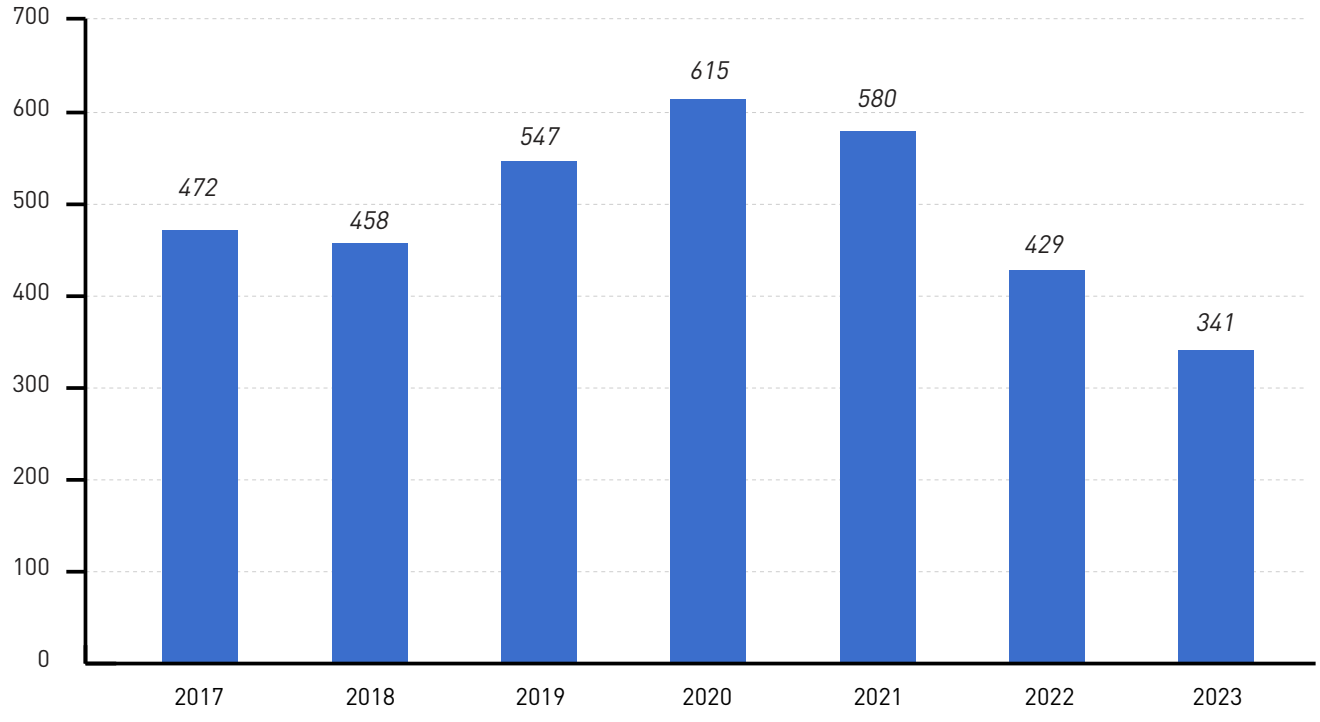
GRÁFICO 2 – **SUBMISSÕES QUE PROSSEGUIRAM EM AVALIAÇÃO**



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

Esses dados, no entanto, ainda não refletem o número total de submissões que ocorrem a cada ano, uma vez que, além de submissões novas, recebemos também uma quantidade considerável de revisões, após a avaliação por pares. O Gráfico 3, a seguir, retrata o número de submissões totais (artigos novos acrescidos de revisões), o que pode ser considerado o *volume total de trabalho anual* da revista.

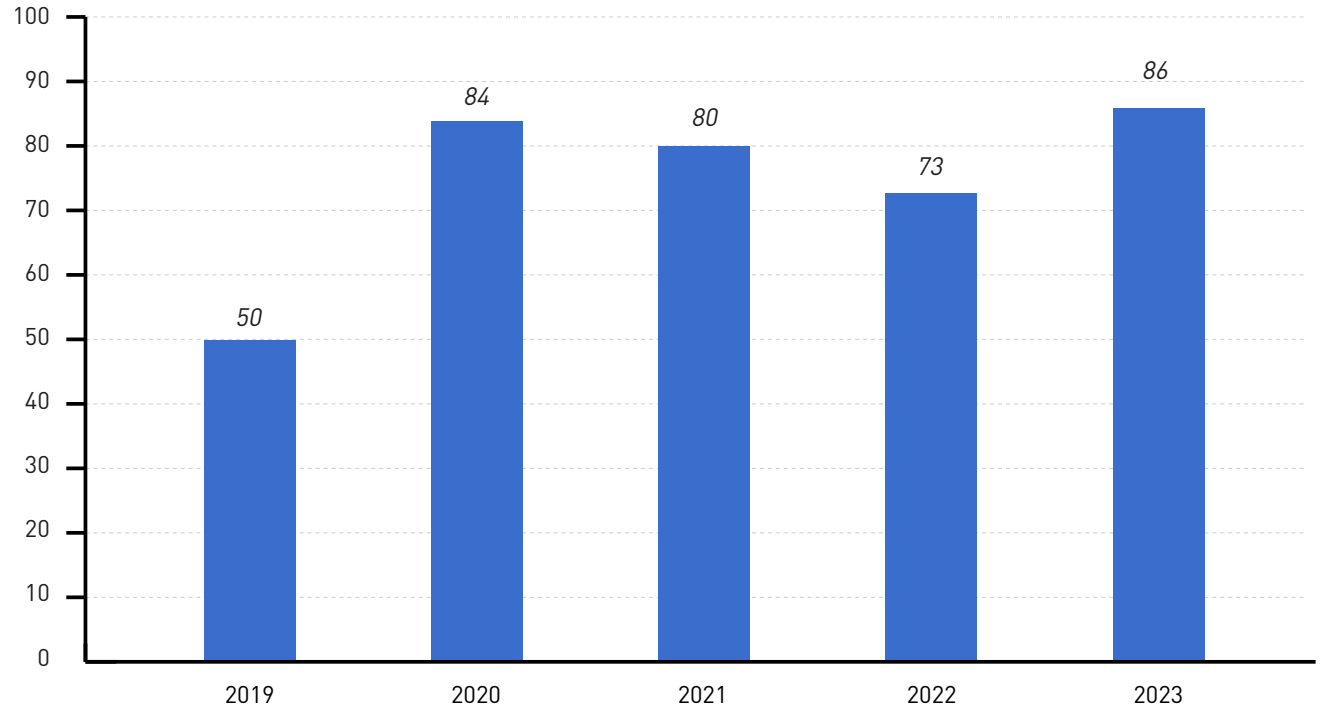
GRÁFICO 3 – **SUBMISSÕES TOTAIS**



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

Conforme mencionado anteriormente, a queda no número de submissões – que pode ter ocorrido tanto em razão dos critérios mais rígidos da nova Política Editorial quanto por fatores exógenos – foi recebida pela revista com bons olhos, tendo em vista a necessidade de garantir níveis ótimos de qualidade e responsividade no trabalho editorial. Além disso, as referidas mudanças (como o afunilamento de escopo e a exigência de titulação mínima) influenciaram positivamente a qualidade dos artigos submetidos. Um dado que corrobora essa avaliação é expresso no Gráfico 4, a seguir, que representa o número de artigos enviados a avaliadores.

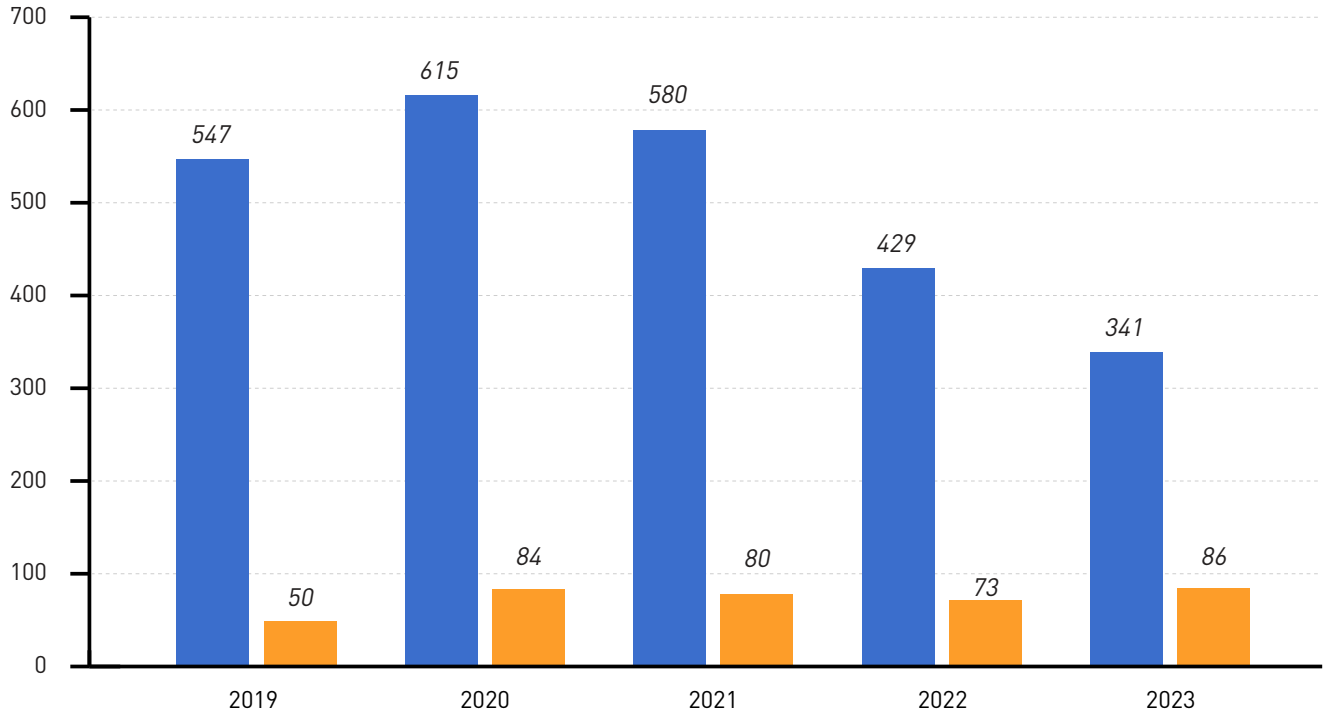
GRÁFICO 4 – **NÚMERO DE ARTIGOS ENVIADOS A AVALIADORES**



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

O objetivo de concentrar esforços e recursos em submissões com maior potencial de publicação foi alcançado a contento: embora o número de submissões totais tenha diminuído, o número de artigos que se mostraram aptos a prosseguir na avaliação por pares aumentou em 2023. Isso também fica evidente no Gráfico 5, que mostra a relação entre o número de submissões totais (Gráfico 3) e a quantidade total de artigos enviados a avaliadores (Gráfico 4).

GRÁFICO 5 – **SUBMISSÕES TOTAIS *VERSUS* NÚMERO DE ARTIGOS ENVIADOS A AVALIADORES**



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

Ainda é fato que uma parcela significativa de submissões não passa das fases iniciais de análise, seja pelo descumprimento dos requisitos formais, seja pela inadequação do conteúdo à nova Política Editorial. Nesses casos, a avaliação é encerrada antes mesmo da avaliação por pares (rejeição em *desk review*). Autores e autoras devem se atentar para a alta taxa de rejeição inicial. A preparação cuidadosa da submissão e a leitura atenta da política editorial do periódico são fundamentais para uma avaliação exitosa.

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 o período de um ano. Permanece uma estimativa confiável, no entanto, que o percentual de artigos publicados, diante dos artigos recebidos, não ultrapassa um limiar de 10%.

Quanto à origem dos autores que submeteram artigos para avaliação em 2023, os dados são os seguintes: São Paulo manteve-se como o estado com maior número de submissões (representando 24% do total), seguido por Distrito Federal (12%), Minas Gerais (9%), Rio Grande do Sul (8%) e Paraná (6%) – os cinco estados brasileiros com o número mais elevado de submissões. A região Sudeste foi responsável por 43,1% das submissões. Em segundo lugar, a região Sul (com 19%), seguida das regiões Centro-Oeste (16,9%), Nordeste (15,5%) e Norte (5,3%).

Autores e autoras de 19 países diferentes submeteram manuscritos à *Revista Direito GV* em 2023. O Brasil, naturalmente, aparece em primeiro lugar no número de submissões, seguido de Portugal (10 submissões), Chile (5 submissões), Estados Unidos (4 submissões) e África do Sul (3 submissões). Outros países foram: Alemanha, Austrália, Cazaquistão, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Espanha, Rússia, Itália, Macau, Países Baixos, Peru e Ucrânia.

2. Tempos médios

A Tabela 1, a seguir, revela que a média (em dias) de avaliação de todos os manuscritos, entre a submissão e a decisão final, estava em queda desde que começamos a aferir esse dado. Porém, para o ano de 2023, essa média teve um aumento. Isso já era esperado, como indicamos anteriormente, devido à necessária adaptação às mudanças da nova Política Editorial, que tornaram o processo editorial mais minucioso e complexo. Esse tempo médio, no entanto, ainda está próximo dos 6 meses recomendados pelo SciELO (SciELO, 2022).

TABELA 1 – **MÉDIA (EM DIAS) DE AVALIAÇÃO DE MANUSCRITOS ENTRE SUBMISSÃO E DECISÃO FINAL (2016-2023)**

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
TEMPO MÉDIO (DIAS)	200	177	170	131	141	136	122	206

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

O tempo médio para o processamento de manuscritos entre submissão e publicação, em 2023, foi de aproximadamente 23 meses, conforme é possível observar na Tabela 2, a seguir. A meta da revista, seguindo as recomendações de boas práticas do SciELO (SciELO, 2022), é chegar à média de 12 meses. Consolidando as novas práticas editoriais e aprimorando seus processos internos, a revista pretende reverter esse movimento de aumento das médias nos próximos anos.

TABELA 2 – **MÉDIA (EM DIAS) DE AVALIAÇÃO DE MANUSCRITOS ENTRE SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO (2018-2023)**

	2018	2019	2020	2021	2022	2023
TEMPO MÉDIO (DIAS)	480	416	453	465	576	691

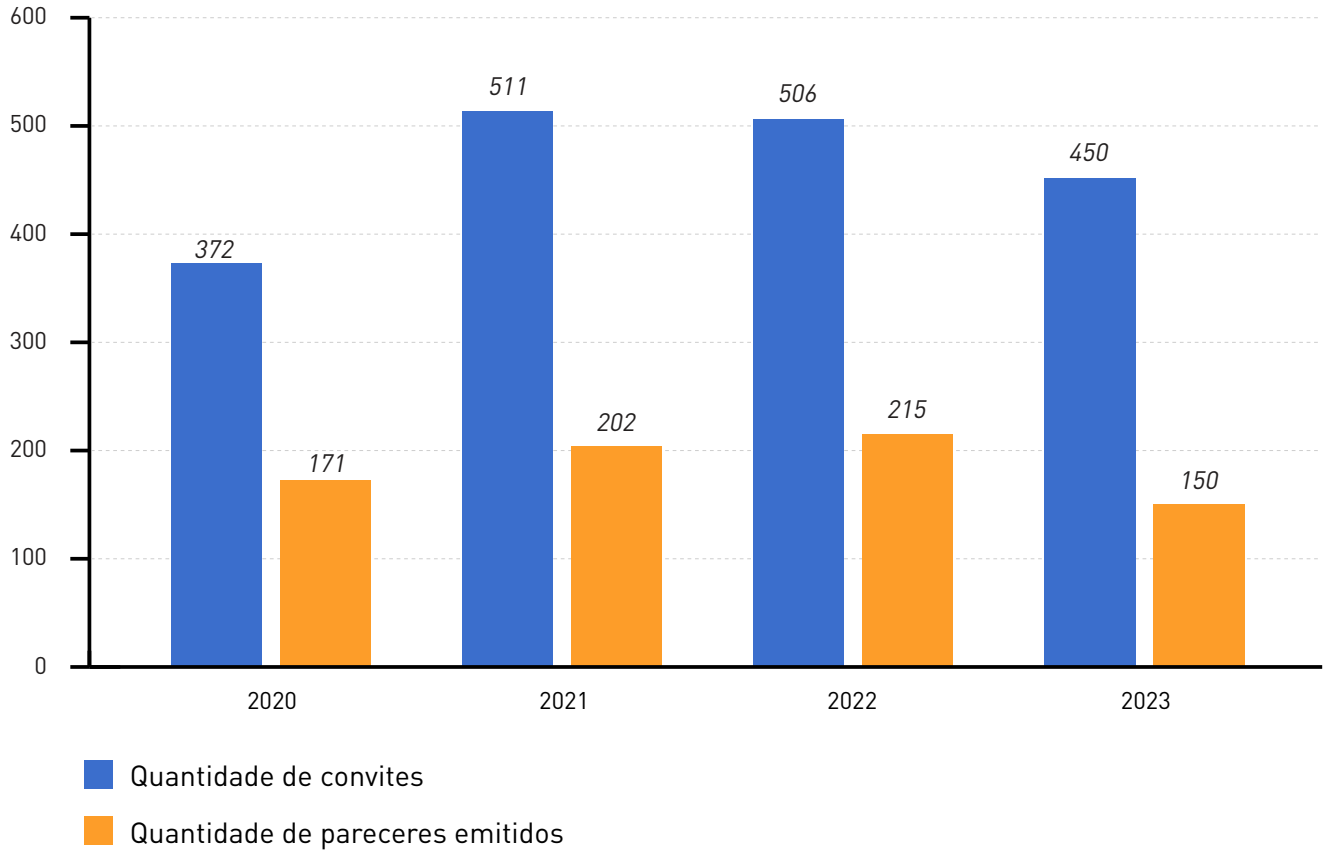
Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

3. Avaliação por pares

O número de convites realizados na etapa de *double blind peer review* em 2023 foi de 450 para a emissão de 150 pareceres. Apesar de o número de convites ter diminuído em 2023 quando comparado aos anos de 2021 e 2022 – em que foram realizados 511 e 506 convites, respectivamente –, houve um aumento na média de convites necessários para a elaboração de um único parecer.

Conforme demonstrado no Gráfico 6, a seguir, esse gargalo no processo editorial persiste e acentuou-se em 2023, pois, enquanto em 2021 e 2022 foi necessária uma média de 2,5 convites para a elaboração de um parecer, em 2023, esse número saltou para 3 convites para cada parecer emitido, havendo casos extremos da necessidade de mais de 10 convites.

GRÁFICO 6 – **QUANTIDADE DE CONVITES A PARECERISTAS *VERSUS* QUANTIDADE DE PARECERES EMITIDOS (2020-2023)**



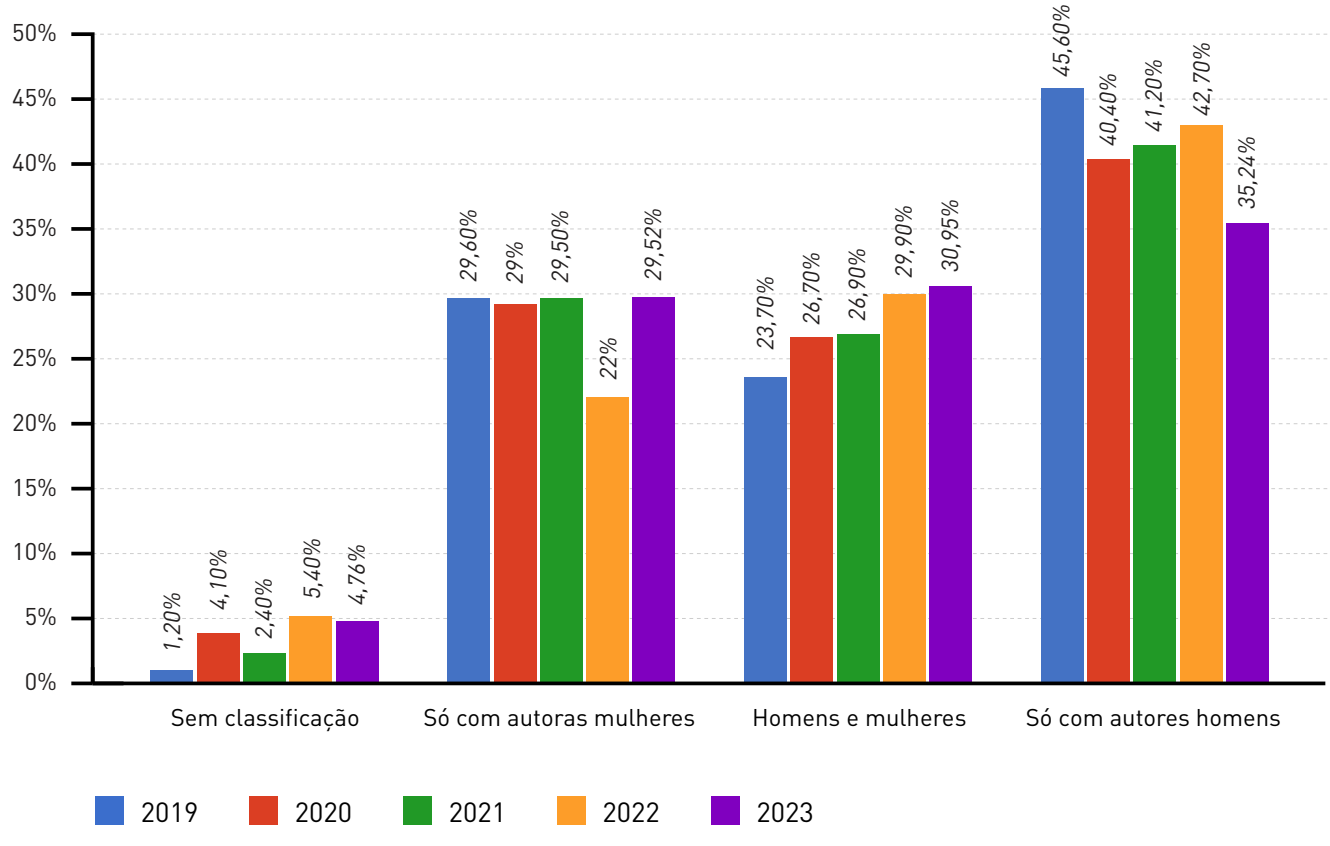
Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV* e no ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

4. Distribuição de gênero

A desigualdade de gênero na submissão à revista, ou seja, a disparidade entre autoras e autores dos manuscritos submetidos, continua sendo uma realidade e já foi objeto de editoriais anteriores.

Contudo, pela primeira vez desde 2019, houve uma diminuição na diferença entre a porcentagem de artigos submetidos com apenas autores homens e com apenas autoras mulheres. Essa diminuição deve-se tanto à diminuição do número de artigos submetidos apenas por homens quanto ao ligeiro aumento de artigos submetidos apenas por autoras mulheres. No ano de 2022, a proporção de artigos submetidos apenas por autoras mulheres subiu para 29% – voltando ao patamar que já era registrado desde 2019 – ao passo que o percentual de artigos submetidos apenas por autores homens caiu de 43%, em 2022, para 35%, em 2023. O Gráfico 7, a seguir, ilustra esse cenário.

GRÁFICO 7 – **PERCENTUAL DE SUBMISSÕES POR GÊNERO DOS AUTORES E AUTORAS (2019-2023)**



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

A diferença na proporção entre pareceristas homens e mulheres esteve próxima ao padrão dos últimos anos, mas teve um pequeno aumento com relação ao ano de 2022, conforme demonstrado na Tabela 3, a seguir. O gargalo em conseguir o aceite de pareceristas é uma das explicações para essa persistente diferença. A revista continuará sua política de igualdade de gênero, nesse contexto, para reduzir a disparidade.

TABELA 3 – **AVALIADORES, POR GÊNERO**

	2019	2020	2021	2022	2023
HOMENS	57%	62%	56%	58%	62%
MULHERES	43%	38%	44%	42%	38%

Fonte: Elaboração própria, com base nos arquivos da *Revista Direito GV*.

5. PERSPECTIVAS PARA 2024

A *Revista Direito GV*, em 2024, vem passando por mudanças em sua governança. Pedro Mouallem assumiu a posição de editor-chefe, em substituição à Catarina Barbieri, que esteve à frente do periódico de setembro de 2014 a dezembro de 2023, e a professora e pesquisadora Luciana Gross Cunha assumiu a presidência do Conselho Editorial da revista. A nova gestão tem por missão seguir o legado de rigor e excelência construído nos últimos anos e aprofundar as mudanças sinalizadas pela Política Editorial em vigor. Para tanto, a revista avançará duas principais agendas de mudanças.

Primeiro, irá consolidar as alterações editoriais iniciadas em 2023. No que diz respeito à avaliação anônima por pares, a revista buscará fortalecer e aprimorar sua relação com revisores, de modo a facilitar a obtenção de bons pareceres e reduzir os tempos médios das decisões editoriais. A revista está em processo de modificar a sistemática de convites, para expandir o contingente de especialistas, visando promover a maior paridade entre homens e mulheres pareceristas e garantir a excelência nos pareceres. Quanto ao processo de editoração, a *Revista Direito GV* concluirá sua adaptação às exigências da nova Política Editorial, em especial em termos de maior transparência e detalhamento de informações em cada publicação, e com isso reduzirá substancialmente o tempo médio entre decisão final e publicação até o próximo ano. Também buscando acelerar o tempo da comunicação científica, a nova gestão considera implementar a prática de depositar manuscritos aprovados em servidores de *preprints*, como o SciELO Preprints. No conjunto, as mudanças objetivam agilizar o processo editorial da *Revista Direito GV*.

Segundo, a revista buscará refinar sua interlocução com os campos de conhecimento definidos por sua Política Editorial, isto é, "direito e desenvolvimento", "direito e sociedade", e "direito e economia". Isso passará pelo aprimoramento de sua comunicação científica por meio dos canais oficiais da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) e de plataformas parceiras, bem como pela promoção e participação de eventos acadêmicos que debatam suas publicações e/ou comuniquem pesquisas com potencial de publicação futura. Ademais, a *Revista Direito GV* buscará estimular projetos aderentes ao seu escopo editorial, tais como dossiês e entrevistas. Vale destacar que essa agenda demandará maior articulação da revista com redes nacionais e internacionais de pesquisa. Enfim, todas as mudanças em curso fazem parte de um esforço continuado de aprimoramento de nosso trabalho, visando preservar e fortalecer sua coerência editorial, bem como ampliar seu impacto científico.

CONCLUSÃO

Expressamos nossa profunda gratidão pelas contribuições inestimáveis da comunidade responsável pela contínua manutenção e aperfeiçoamento da *Revista Direito GV*: autoras e autores, avaliadoras e

avaliadores, leitoras e leitores. Reconhecemos que, sem o comprometimento e a dedicação de todas e todos, o trabalho desta revista não seria possível.

O balanço de 2023 sugere que, em um ano de transição para a nova Política Editorial, a *Revista Direito GV* começou a colher frutos positivos em termos de qualidade dos artigos submetidos e publicados, assim como maior transparência em nosso processo editorial. A revista foi capaz de consolidar mudanças importantes, mantendo seu padrão de excelência em trajetória ascendente. Felizmente, nossa base de leitores continua a crescer e a manter-se engajada. Por todas essas razões, compartilhamos uma perspectiva otimista para 2024.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; NOYA, Henrique Cruz; BUZOLIN, Lívia 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

ELSEVIER-BORI. *Análise da produção científica de 1996-2022*: queda inédita no número de artigos científicos do Brasil. Relatório técnico. 2023. Disponível em: https://abori.com.br/publicacoes/. Acesso em: 24 abr. 2024.

REVISTA DIREITO GV. *Política Editorial*. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2023. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/politicaeditorial. Acesso em: 24 abr. 2024.

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: 24 jun. 2024.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

MOUALLEM, Pedro Salomon Bezerra *et al. Revista Direito GV* em números: balanço de 2023 e perspectivas para 2024. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2400, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202400

Pedro Salomon Bezerra Mouallem

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, SÃO PAULO, SÃO PAULO, BRASIL

https://orcid.org/0000-0002-2549-230X

EDITOR-CHEFE DA *REVISTA DIREITO GV*. DOUTOR E MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).

pedro.mouallem@fgv.br

Luciana Gross Cunha

Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil

https://orcid.org/0000-0002-7396-1879

Presidente de Conselho Editorial da *Revista Direito GV*. Doutora e mestra em Ciência Política pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

luciana.cunha@fgv.br

Catarina Helena Cortada Barbieri

Peace Research Institute Oslo, Oslo, Noruega

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

Research Manager no Peace Research Institute Oslo. Editora-chefe da *Revista Direito GV* de setembro de 2014 a dezembro de 2023. Doutora e mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

catbar@prio.org

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 Universidade de São Paulo (USP). Mestre na mesma área pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

henrique.noya@fgv.br

Lívia Gonçalves Buzolin

Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil

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

Assistente editorial da *Revista Direito GV*. Doutora e mestra em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

livia.buzolin@fgv.br

CC BY

ISSN 2317-6172

***REVISTA DIREITO GV IN NUMBERS*: 2023 BALANCE SHEET AND OUTLOOK FOR 2024**

REVISTA DIREITO GV *EN NÚMEROS: RETROSPECTIVA DE 2023 Y PERSPECTIVAS PARA 2024*
REVISTA DIREITO GV *EM NÚMEROS: BALANÇO DE 2023 E PERSPECTIVAS PARA 2024*

https://doi.org/10.1590/2317-6172202401

Pedro Salomon Bezerra Mouallem, Luciana Gross Cunha, Catarina Helena Cortada Barbieri, Henrique Cruz Noya e Lívia Gonçalves Buzolin

Abstract
This editorial provides an overview of the year 2023 at *Revista Direito GV*, offering general data on the flow of manuscripts submitted to the journal over the course of the year. It also presents the editorial outlook for 2024, considering that the process of adapting to the new Editorial Policy has been finalized. Since 2017, we have presented through quantitative data, the various aspects of editorial work, such as the number of submissions received, the geographical distribution of authors and the number of reviews issued. More recently, we have sought to incorporate the gender-related data into our analysis. The overall aim is to provide information to the journal community, keep a record of its main milestones and offer broad transparency of our editorial processes, always with a view to improving editorial work as a whole and raising the quality of the articles published.

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

Resumen
Este editorial ofrece una retrospectiva del año 2023 de Revista Direito GV, *con datos generales relativos al flujo de manuscritos enviados al periódico durante el año. También presenta las perspectivas editoriales para 2024, una vez finalizado el proceso de adaptación a la nueva Política Editorial. Desde 2017, presentamos, a través de datos cuantitativos, las diversas dimensiones del trabajo editorial, como el número de envíos recibidos, la distribución geográfica de los autores y el número de opiniones emitidas. Más recientemente, buscamos incorporar la dimensión de género en los datos. El objetivo general es proporcionar información a la comunidad del periódico, mantener un historial de sus principales hitos y ofrecer una amplia transparencia de nuestros procesos editoriales, siempre con la vista de mejorar el trabajo editorial en su conjunto y aumentar la calidad de los artículos publicados.*

Palabras clave
Derecho; publicación científica; envío de artículos; revisión por pares; género.

Resumo
Este editorial oferece um balanço de 2023 da Revista Direito GV, *com dados gerais relativos ao fluxo de manuscritos submetidos à revista durante o ano. Expõe também as perspectivas editoriais para 2024, concluído o processo de adaptação à nova Política Editorial. Desde 2017, temos apresentado, por meio de dados quantitativos, as várias dimensões do trabalho editorial, como número de submissões recebidas, distribuição geográfica dos autores e das autoras e quantidade de pareceres emitidos. Mais recentemente, buscamos incorporar a dimensão de gênero nos dados. O objetivo geral é prestar informações à comunidade da revista, manter um histórico de seus principais marcos e assegurar 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.

Introduction

Revista Direito GV takes stock of its activities throughout 2023 and presents its editorial outlook for 2024. As in previous editorials, we have set out to provide objective information to

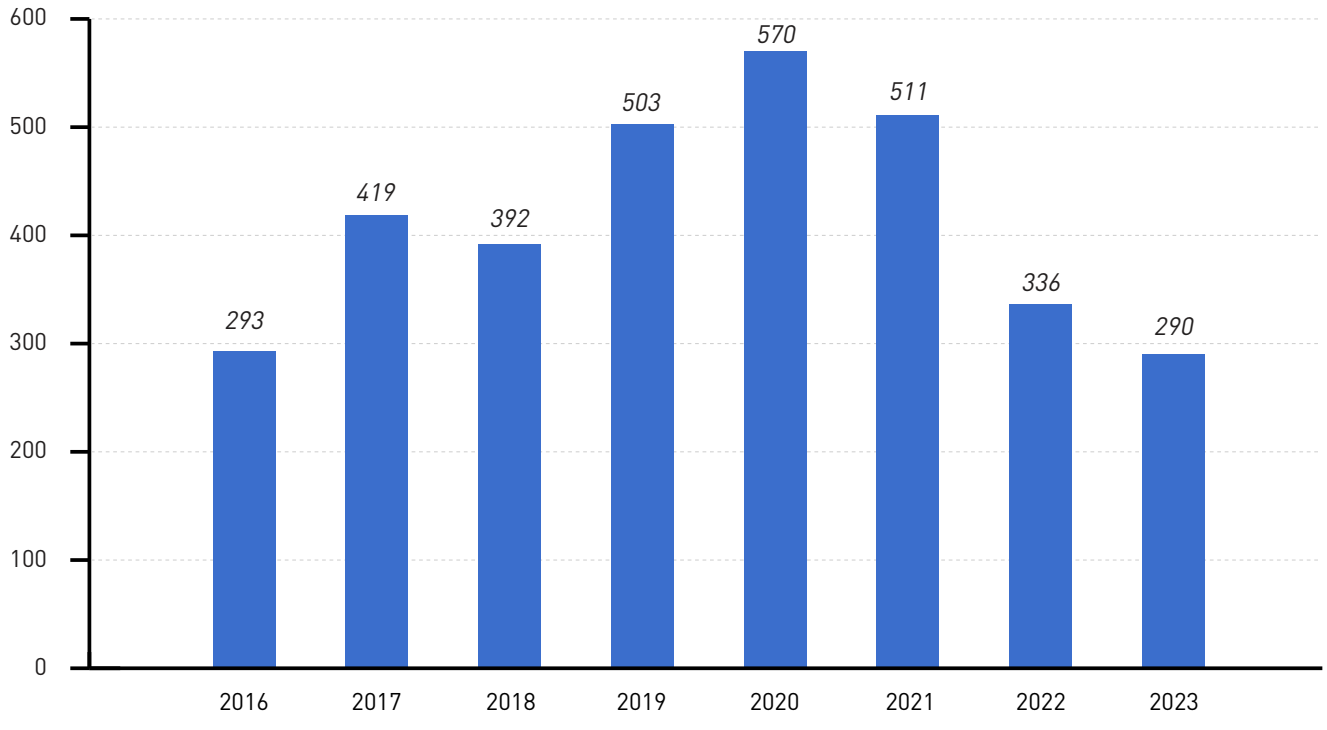
the community of authors, evaluators and readers regarding the functioning of the journal, giving ample transparency to our editorial processes. Among other details, not only do we provide statistics on the number of submissions received, but also on the geographical distribution and gender of the authors, as well as on the number of opinions issued and the average evaluation time. With these annual editorials, we also aim to maintain a record of the main changes and projects implemented.

In 2023, *Revista Direito GV* began implementing its new Editorial Policy (Revista Direito GV, 2023), which restricted its editorial scope and incorporated some of the good practices of Open Science. The changes required adaptation of the editorial process, reflecting on some indicators. Another important change in the journal's governance was the departure of the then editor-in-chief, Catarina Helena Cortada Barbieri, who had been in charge of the journal since September 2014, and the arrival of the new editor-in-chief Pedro Salomon Bezerra Mouallem. The Chair position of the Editorial Board was also created, and Luciana Gross Cunha assumed it. The transition to the new Editorial Policy and to new team, however, comes to an end in 2024, with the consolidation of new practices and team. The outlook is promising, and the journal plans to continue on the path of excellence it has built over the years and to expand its academic impact.

1. Submissions

Graph 1 below illustrates the number of new articles submitted to *Revista Direito GV* since 2016. These submissions represent all new articles each year, covering both original articles (submitted for the first time) and resubmissions (articles that received a "*reject and resubmit*" decision and came back amended).

GRAPH 1 – **NEW SUBMISSIONS**



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

As evidenced above, after three consecutive years with a number of new submissions exceeding 500 articles per year (2019, 2020 and 2021), there was a drop in those numbers in 2022 and 2023. This is not exclusive to *Revista Direito GV*: according to SciELO, the scientific production reported by journals in the SciELO Brazil collection fell systematically, following the pandemic. Between 2022 and 2023, according to SciELO, there was an average annual drop of 13% in the total number of articles. This is a trend not only observed in Brazil, but also affecting several countries (Elsevier-Bori, 2023).

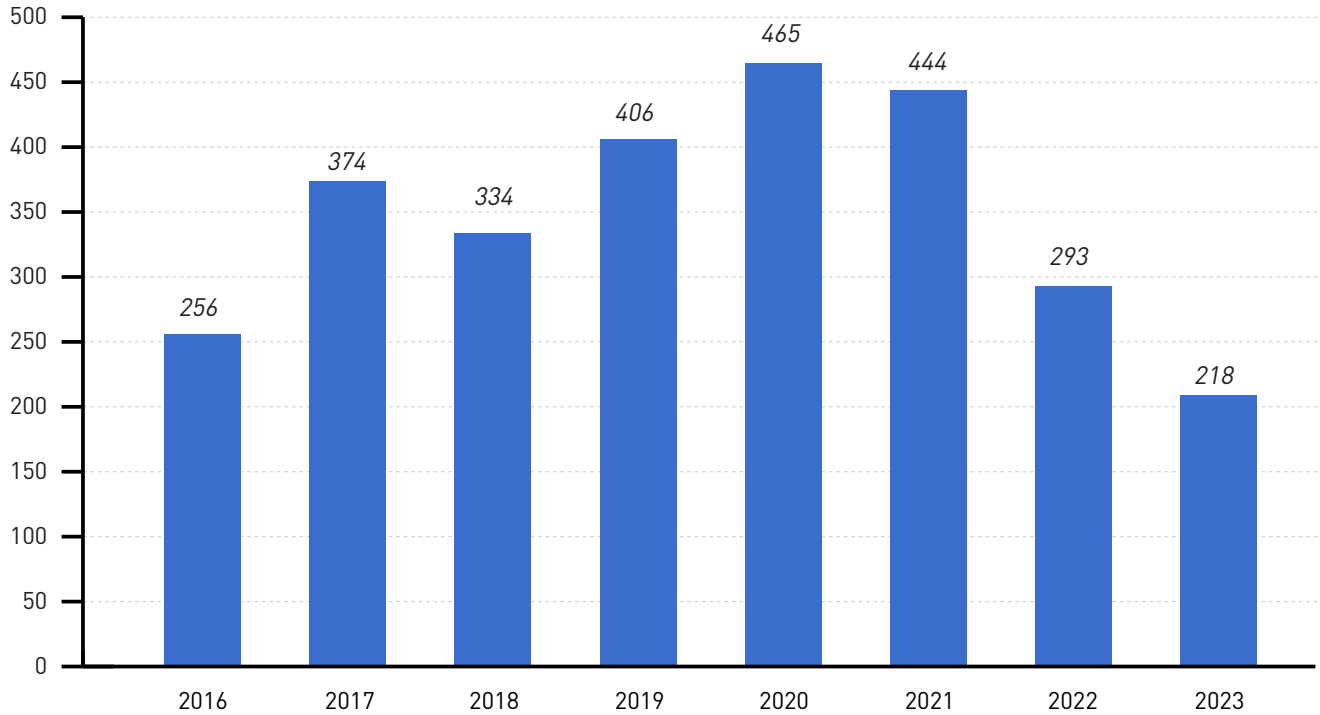
Nevertheless, the decrease in the number of submissions was anticipated: as of 2023, the new Editorial Policy came into force (Revista Direito GV, 2023), which instituted stricter criteria for article submissions, such as the *narrowing of the journal's editorial scope* and the requirement of a *minimum level of qualification* for authors (Master's Degree for single-author articles and, in the case of co-authored ones, at least one co-author with a doctorate) (Barbieri; Noya; Buzolin, 2023).

The reduction in the number of submissions was not only expected, but also desired: as stated in the previous Editorial, the changes in scope and title were intended to "attempt to circumvent the immense number of articles submitted without publication potential, concentrating energy and resources on the appreciation of cutting-edge research and more experienced researchers"

(Barbieri; Noya; Buzolin, 2023). As evidenced below, we consider that these objectives were satisfactorily achieved.

It is important to note that not all new submissions undergo *desk review*. This is because there are a large number of manuscripts which, after analysis of the minimum formal requirements, returned to the authors for adjustments and are not resubmitted. Graph 2 below shows the number of submissions that proceeded to the evaluation process.

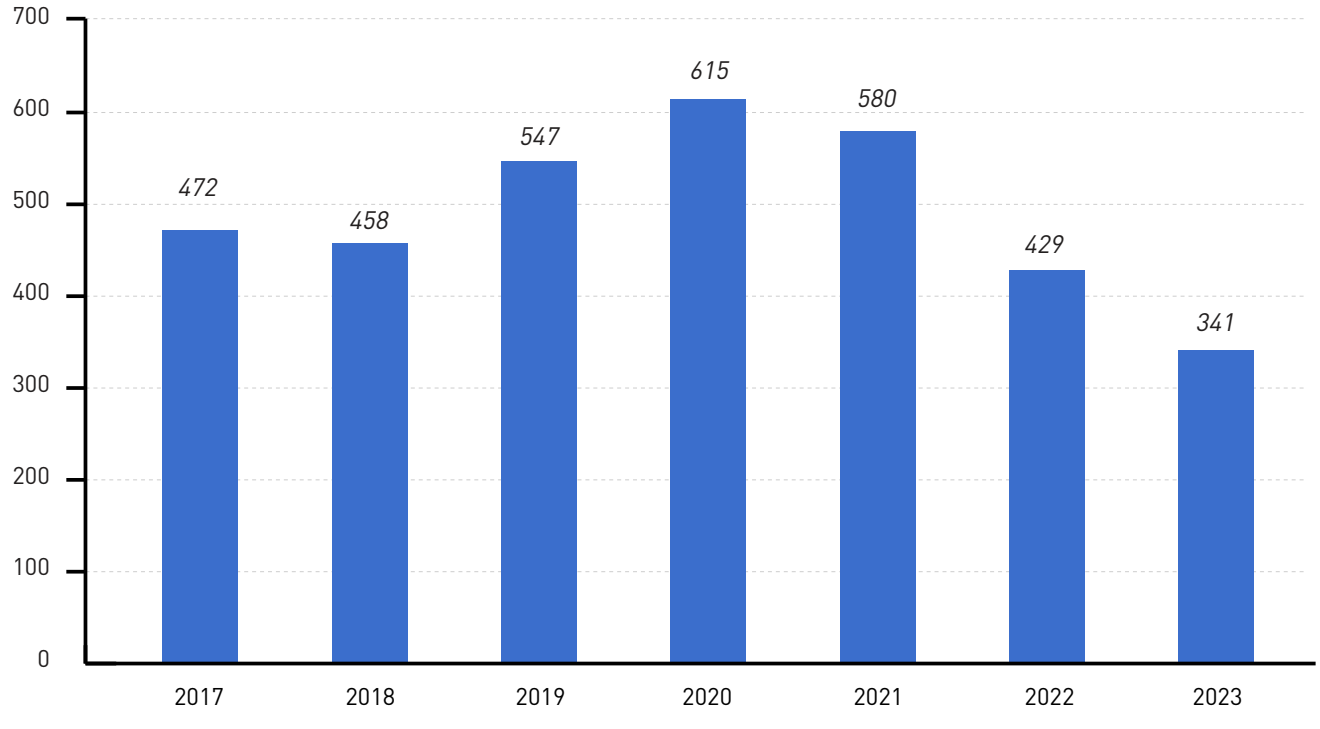
GRAPH 2 – **SUBMISSIONS THAT PROCEEDED TO EVALUATION**



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

These figures, however, do not yet reflect the total number of submissions received each year, since, in addition to new submissions, we also receive a considerable number of revisions after peer review. Graph 3 below shows the number of total submissions (new articles plus revisions), representing the *journal's total annual workload*.

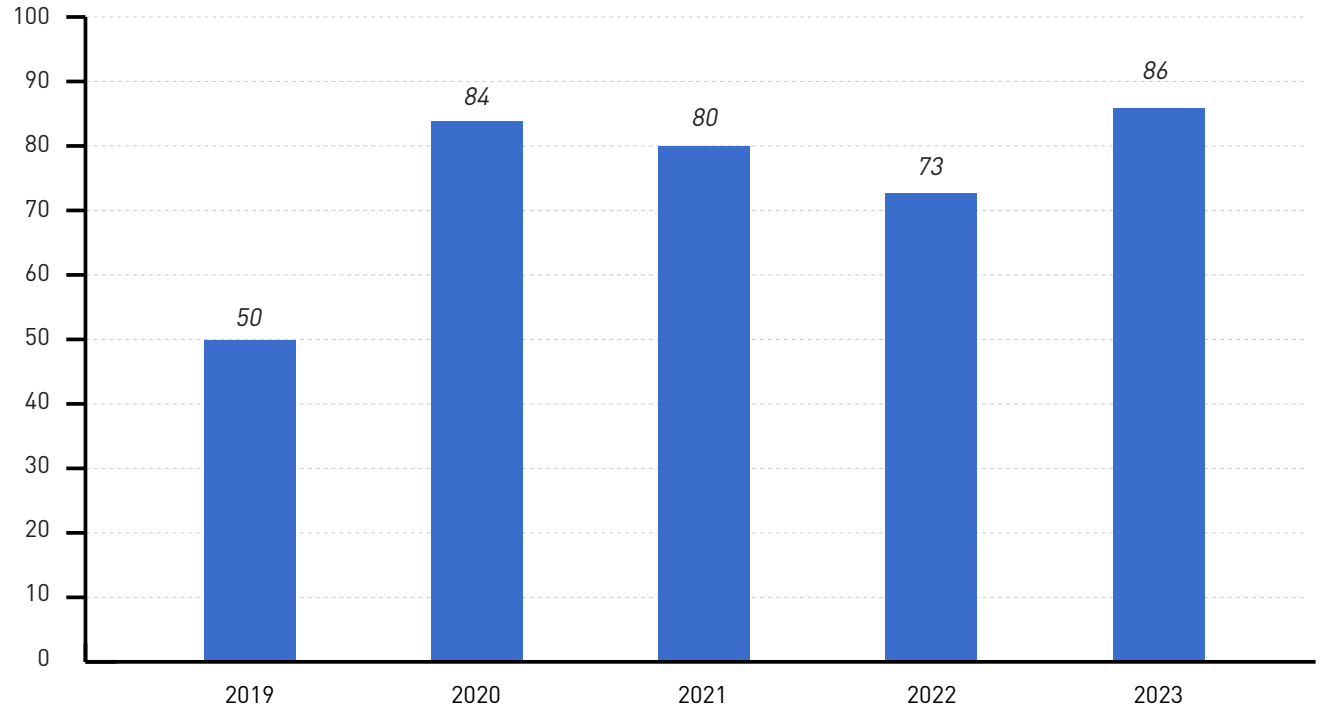
GRAPH 3 – **TOTAL SUBMISSIONS**



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

As previously stated, the decrease in submissions, potentially influenced by both the stricter criteria of the new Editorial Policy and exogenous factors, was positively received by the journal. Such reduction aligns with our commitment to maintaining optimal levels of quality and responsiveness in editorial work. In addition, these changes (such as the narrowing of the scope and the minimum level of qualification requirement) have had a positive influence on the quality of the articles submitted. One piece of data that confirms this assessment is shown in Graph 4 below, illustrating the number of articles sent to reviewers.

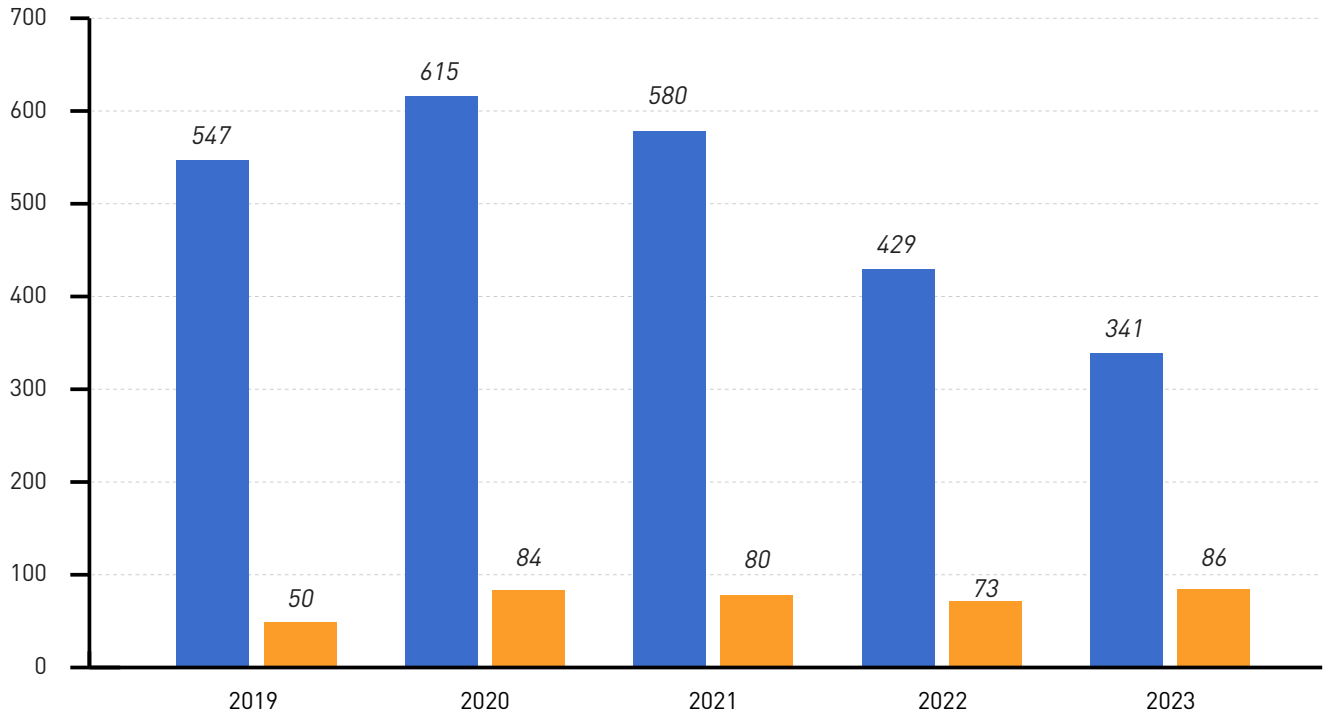
GRAPH 4 – **NUMBER OF ARTICLES SENT TO REVIEWERS**



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

The goal of concentrating efforts and resources on submissions with the greatest potential for publication has been satisfactorily achieved: although the number of total submissions has decreased, the number of articles that have proven suitable for further peer review has increased in 2023. This is also evident in Graph 5, illustrating the relationship between the number of total submissions (Graph 3) and the total number of articles sent to peer reviewers (Graph 4).

GRAPH 5 – **TOTAL SUBMISSIONS VERSUS NUMBER OF ARTICLES SENT TO REVIEWERS**



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

It remains true that a significant number of submissions do not progress beyond the initial stages of analysis, either because they don't comply with the formal requirements or because the content is unsuitable for the new Editorial Policy. In these cases, the evaluation is closed before the peer review stage (*desk review* rejection). Authors should be aware of the high initial rejection rate. Careful preparation of the submission and careful reading of the journal's editorial policy are essential for a successful evaluation.

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, not infrequently, exceed the period of one year. It remains a reliable estimate that the percentage of published articles, in relation to those received, does not exceed a threshold of 10%.

As for the geographic origins of the authors who submitted articles for evaluation in 2023, the data is as follows: São Paulo remained the state with the highest number of submissions (accounting for 24% of the total), followed by the Federal District (12%), Minas Gerais (9%), Rio Grande do Sul (8%) and Paraná (6%) – the top five Brazilian states with the highest number of submissions. The Southeast region was responsible for 43.1% of the submissions received. In second place was the South (19%), followed by the Midwest (16.9%), Northeast (15.5%) and North (5.3%).

Authors from 19 different countries submitted manuscripts to *Revista Direito GV* in 2023. Brazil led with the number of submissions, followed by Portugal (10 submissions), Chile (5 submissions), the United States (4 submissions) and South Africa (3 submissions). Other entries included: Germany, Australia, Kazakhstan, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Spain, Russia, Italy, Macau, the Netherlands, Peru and Ukraine.

2. Average Times

Table 1 below illustrates a downward trend in the average time (in days) taken to evaluate all manuscripts, from submission to final decision, since the commencement of this data measurement. However, for the year of 2023, the average increased. This was expected, as we pointed out earlier, due to the need to adapt to the changes in the new Editorial Policy, which have resulted in a more detailed and complex editorial process. Nevertheless, the average evaluation time remains close to the six months period recommended by SciELO (SciELO, 2022).

TABLE 1 – **AVERAGE MANUSCRIPT EVALUATION TIME (IN DAYS) FROM SUBMISSION TO FINAL DECISION (2016-2023)**

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
AVERAGE TIME (DAYS)	200	177	170	131	141	136	122	206

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

The average time taken to process manuscripts from submission to publication in 2023 was approximately 23 months, as can be seen in Table 2 below. The journal's goal, following SciELO's best practice recommendations (SciELO, 2022), is to reduce the average processing time to 12 months. By consolidating the new editorial practices and improving its internal processes, the journal intends to reverse the upward trend in averages over the next few years.

TABLE 2 – **AVERAGE MANUSCRIPT EVALUATION TIME (IN DAYS) FROM SUBMISSION TO PUBLICATION (2018-2023)**

	2018	2019	2020	2021	2022	2023
AVERAGE TIME (DAYS)	480	416	453	465	576	691

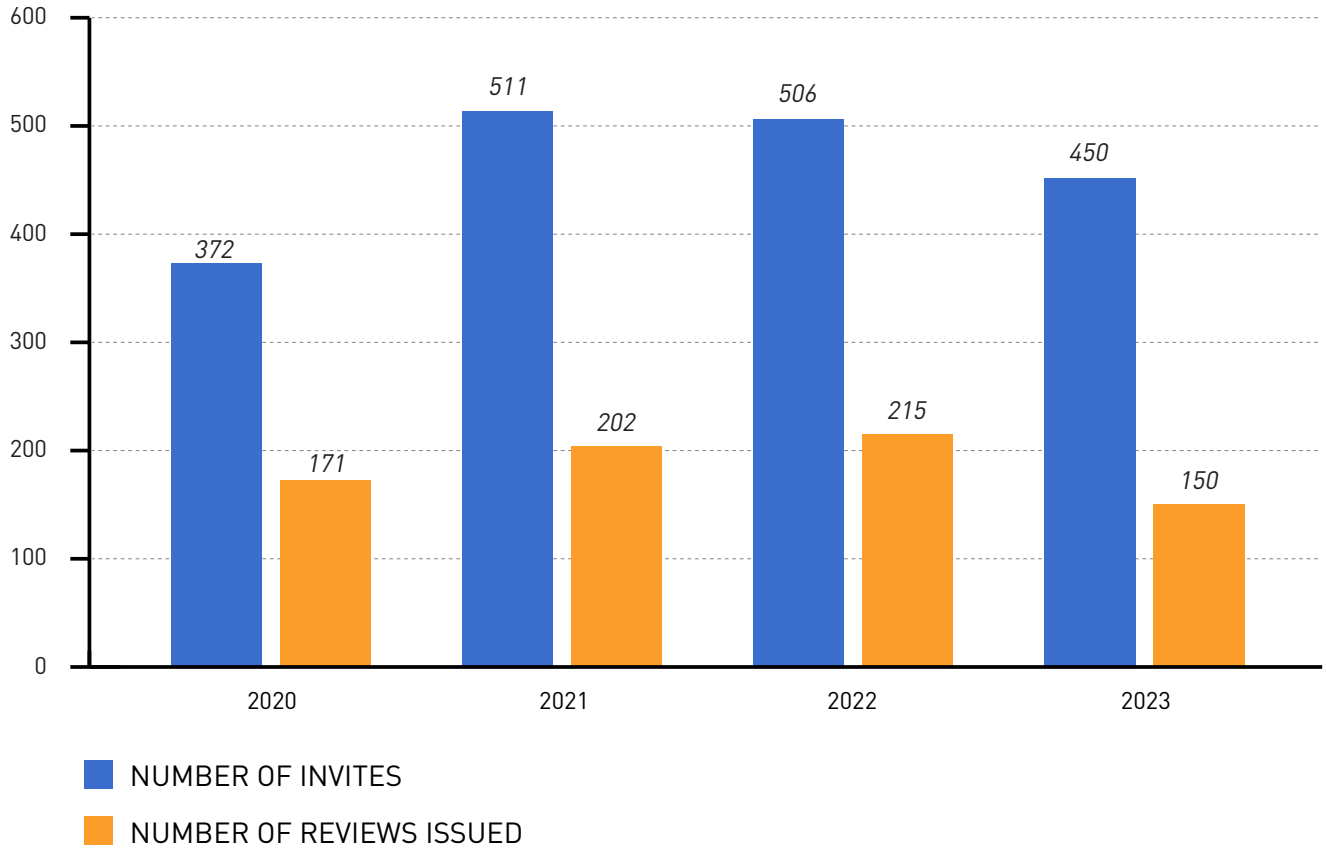
Source: In-house, based on the archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

3. Peer Review

The number of invitations issued at the *double blind peer review* stage in 2023 was of 450, resulting in 150 opinions being issued. Despite the lower number of invitations issued in 2023 compared to 2021 and 2022 – when 511 and 506 invitations were made, respectively –, there was an increase in the average number of invitations necessary to produce a single opinion.

As shown in Graph 6 below, the bottleneck in the editorial process persisted and worsened in 2023. While an average of 2.5 invitations were needed to generate an opinion in both 2021 and 2022, this number leapt to 3 invitations per opinion issued in 2023, with certain extreme cases requiring upwards of 10 invitations.

GRAPH 6 – **NUMBER OF REVIEWER INVITATIONS VERSUS NUMBER OF OPINIONS ISSUED (2020-2023)**



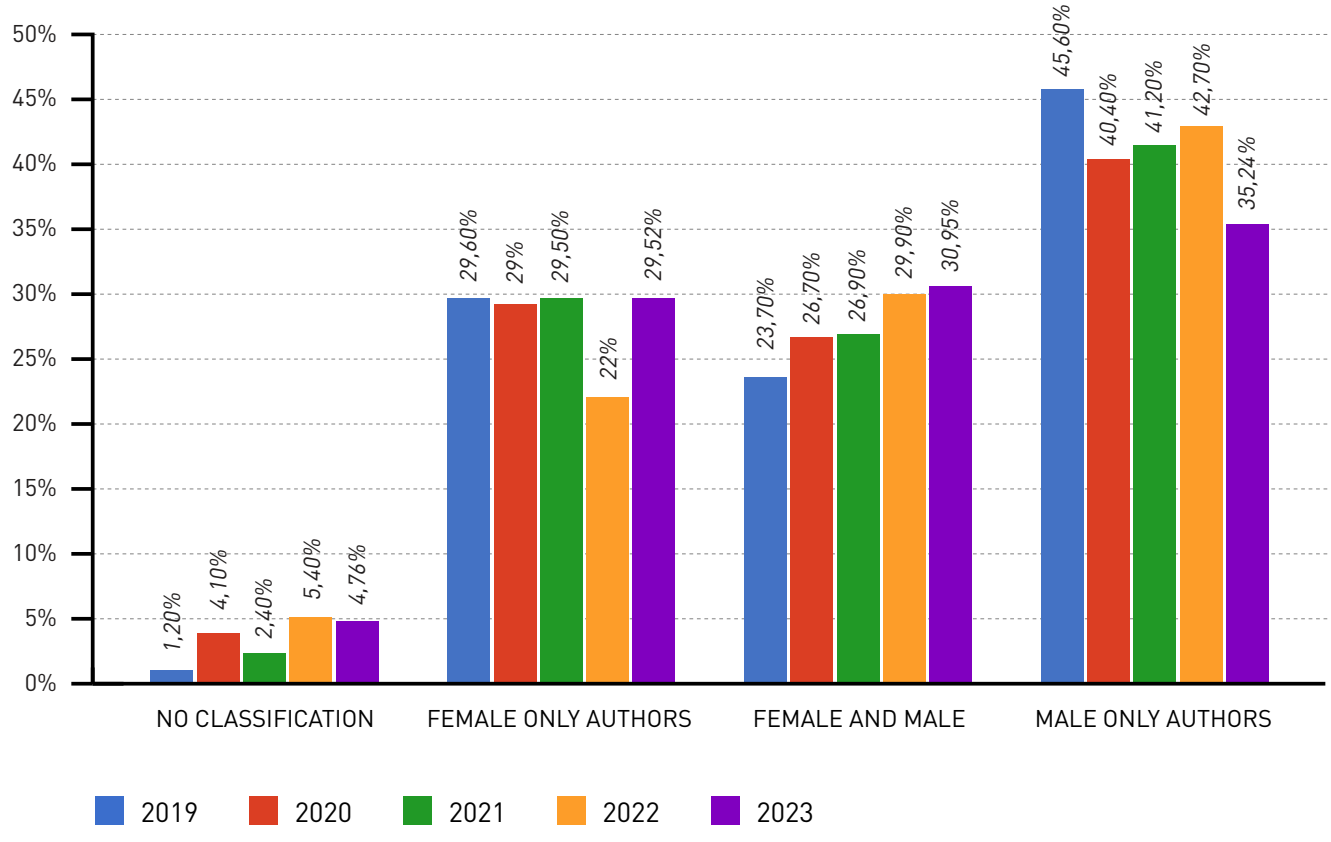
Source: In-house, based on the archives of *Revista Direito GV* and ScholarOne Manuscripts/Revista Direito GV.

4. Distribution by Gender

Gender inequality in submissions to the journal, when analyzing the authors of submitted manuscripts, continues to be a reality and has been the subject of past editorials.

However, for the first time since 2019, there has been a decrease in the disparity between the percentage of articles submitted by male-only authors and those submitted by female-only authors. This decrease is attributed to both the reduction in the number of male-only authored articles submitted and the slight increase in articles submitted by female authors. In 2022, the proportion of submitted articles written by female-only authors rose to 29% – returning to the level recorded since 2019 – while the percentage of articles submitted by exclusively male authors fell from 43% in 2022 to 35% in 2023. Graph 7 below illustrates this scenario.

GRAPH 7 – **PERCENTAGE OF SUBMISSIONS BY AUTHOR GENDER (2019 TO 2023)**



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

The disparity in the proportion of male and female reviewers closely followed the pattern of recent years, but it showed a slight increase compared to 2022, as shown in Table 3 below. The bottleneck in securing reviewer acceptance is one of the explanations for this persistent difference. The journal will continue its gender equality policy, working to reduce the gap.

TABLE 3 – **REVIEWERS, BY GENDER**

	2019	**2020**	**2021**	**2022**	**2023**
MEN	57%	62%	56%	58%	62%
WOMEN	43%	38%	44%	42%	38%

Source: In-house, based on the archives of *Revista Direito GV*.

5. Outlook for 2024

The *Revista Direito GV* is undergoing changes in its governance as of 2024. Pedro Mouallem has taken over as editor-in-chief, replacing Catarina Barbieri, who was in charge of the journal from September 2014 to December 2023, and professor and researcher Luciana Gross Cunha has taken over as Chair of the journal's Editorial Board. The new management's mission is to continue the legacy of rigor and excellence built over recent years, and to deepen the changes signaled by the current Editorial Policy. To this end, the journal will promote two main agendas for change.

Firstly, it will consolidate the editorial changes begun in 2023. As far as anonymous peer review is concerned, the journal will seek to strengthen and improve its relationship with reviewers in order to facilitate obtaining suitable opinions and reduce the average time needed for editorial decisions. The journal is in the process of modifying the system of invitations to expand its pool of experts, with the aim of promoting greater parity between men and women reviewers and ensuring excellence in the reviews. As for the editorial process, *Revista Direito GV* will complete its adaptation to the requirements of the new Editorial Policy, especially in terms of greater transparency and detailed information in each issue. By next year, this will substantially reduce the average time between final decision and publication. Also seeking to speed up scientific communication, the new management is considering implementing the practice of depositing approved manuscripts on *preprint servers*, such as SciELO Preprints. All in all, the changes are aimed at speeding up the editorial process at *Revista Direito GV*.

Secondly, the journal will seek to refine its dialogue with the fields of knowledge defined by its Editorial Policy, i.e., "law and development", "law and society", and "law and economy". This will involve improving its scientific communication through the official channels of the São Paulo Law School of the Getulio Vargas Foundation (FGV DIREITO SP) and partner platforms, as well as promoting and participating in academic events that debate its publications and/or communicate research with potential for future publication. In addition, *Revista Direito GV* will seek to stimulate projects that adhere to its editorial scope, such as dossiers and interviews. It is worth stating that this agenda will require the journal to work more closely with national and international research networks. In short, all the ongoing changes are part of an ongoing effort to improve our work, with the aim of preserving and strengthening the journal's editorial coherence, and increasing its scientific impact.

Conclusion

We would like to express our deep gratitude for the invaluable contributions of the community responsible for the continuous maintenance and improvement of *Revista Direito GV*: authors,

reviewers, readers. We recognize that, without their commitment and dedication, the work of this journal would not be possible.

The balance sheet for 2023 suggests that, in a year of transition to the new Editorial Policy, *Revista Direito GV* has begun to reap positive results in terms of the quality of the articles submitted and published, as well as greater transparency in our editorial process.

The journal was able to consolidate important changes while maintaining its standard of excellence on an upward trajectory. Fortunately, our reader base continues to grow and remain engaged. For all these reasons, we share an optimistic outlook for 2024.

REFERENCES

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; NOYA, Henrique Cruz; BUZOLIN, Lívia 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

ELSEVIER-BORI. *Análise da produção científica de 1996-2022*: queda inédita no número de artigos científicos do Brasil. Relatório técnico. 2023. Available at: https://abori.com.br/publicacoes/. Accessed on: Apr. 24th, 2024.

REVISTA DIREITO GV. *Política Editorial*. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2023. Available at: https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/politicaeditorial. Accessed on: Apr. 24th, 2024.

SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE (SCIELO). *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil*. São Paulo, Sep. 2022. Available at: https://www.scielo.br/media/files/20220900-criterios-scielo-brasil.pdf. Accessed on: Jun. 24th, 2024.

How to quote this editorial:

MOUALLEM, Pedro Salomon Bezerra *et al. Revista Direito GV* in Numbers: 2023 Balance Sheet and Outlook for 2024. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2401, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202401

Pedro Salomon Bezerra Mouallem

Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brazil

https://orcid.org/0000-0002-2549-230X

Editor-in-chief of *Revista Direito GV*. Doctor and Master in Law from the University of São Paulo (USP).

pedro.mouallem@fgv.br

Luciana Gross Cunha

Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brazil

https://orcid.org/0000-0002-7396-1879

President of the Editorial Board of *Revista Direito GV*. PhD and Master in Political Science from the Faculty of Philosophy, Letters and Human Sciences of the University of São Paulo (FFLCH-USP). Professor at the São Paulo Law School of the Getulio Vargas Foundation (FGV DIREITO SP).

luciana.cunha@fgv.br

Catarina Helena Cortada Barbieri

Peace Research Institute Oslo, Oslo, Norway

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

Research Manager at Peace Research Institute Oslo. Editor-in-chief of *Revista Direito GV* from September 2014 to December 2023. PhD and Master in Philosophy and General Theory of Law from the University of São Paulo (USP).

catbar@prio.org

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). Master in the same area from the Federal University of Minas Gerais (UFMG).

henrique.noya@fgv.br

Lívia Gonçalves Buzolin

Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brazil

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

Editorial Assistant at *Revista Direito GV*. PhD and master's in law from the São Paulo Law School of the Getulio Vargas Foundation (FGV DIREITO SP).

livia.buzolin@fgv.br

CC BY
ISSN 2317-6172

RETHINKING INEQUALITIES THROUGH VOICES FROM THE SOUTH

REPENSAR LAS DESIGUALDADES A TRAVÉS DE VOCES DEL SUR
REPENSANDO DESIGUALDADES A PARTIR DE VOZES DO SUL

https://doi.org/10.1590/2317-6172202444

Lívia Gonçalves Buzolin and *Siri Gloppen*

Abstract
Have you ever learned about inequality from Global South intellectuals? Probably not. To fill a gap in the literature, the special issue "Rethinking Inequalities through Voices from the South" is a result of a collaborative way of doing research. From case studies about Brazil, Colombia, Ecuador, India, Kenya, Mexico, and Zimbabwe, we present new perspectives to address different types of inequality, i.e., social, gender, sexual, economic and structural. The South-South Network is a Global South scholars collective that aims to build strategies to challenge the unequal environment that is part of academia, and this project is one way of doing that.

Keywords
Inequality; socio-legal studies; case study; Global South; academia.

Resumen
¿Alguna vez has aprendido sobre la desigualdad de la mano de intelectuales del Sur Global? Probablemente no. Para llenar un vacío en la literatura, la sección especial "Repensar las desigualdades a través de voces del Sur" es el resultado de una forma colaborativa de hacer investigación. A partir de estudios de caso realizados en Brasil, Colombia, Ecuador, India, Kenia, México y Zimbabue, presentamos nuevas perspectivas para abordar diferentes tipos de desigualdad, es decir, social, de género, sexual, económica y estructural. La Red Sur-Sur es un colectivo de académicas y académicos de Sur Global que tiene como objetivo desarrollar estrategias para desafiar el entorno desigual que forma parte del mundo académico, y este proyecto es una forma de hacerlo.

Palabras clave
Desigualdad; estudios socio jurídicos; estudio de caso; Sur Global; academia.

Resumo
Você já aprendeu sobre desigualdade com intelectuais do Sul Global? Provavelmente não. Para preencher uma lacuna na literatura, apresentamos o dossiê especial "Repensando desigualdades a partir de vozes do Sul", resultado de uma forma colaborativa de fazer pesquisa. A partir de estudos de caso sobre Brasil, Colômbia, Equador, Índia, Quênia, México e Zimbábue, trazemos novas perspectivas para abordar diferentes tipos de desigualdade, a saber, social, de gênero, sexual, econômica e estrutural. A Rede Sul-Sul é um coletivo de acadêmicas e acadêmicos do Sul Global que objetiva construir estratégias para desafiar o ambiente desigual que faz parte da academia, e esse projeto é uma forma de fazer isso.

Palavras-chave
Desigualdade; estudos sociojurídicos; estudo de caso; Sul Global; academia.

The tie that holds the special issue "Rethinking Inequalities through Voices from the South" together is a personal one. All the authors and one of the Guest Editors, Lívia Buzolin, are members of the South-South Network, a group of young Global South scholars from places like Brazil, Colombia, Kenya, Mexico, India, and Zimbabwe, who have joined forces to think and research collectively, in an organic and collaborative way, to empower one another to face the unequal environments in which we live.

The South-South Network was born in August 2022 at the Bergen Exchanges on Law & Social Transformation, which annually brings together scholars, PhD students, artists, and practitioners from across the globe to share insights on how rights and law shape societies and how legal mobilization and lawfare strategies are used as political tools. The Bergen Exchanges is convened by LawTransform[1]—the Christian Michelsen Institute (CMI) and University of Bergen (UiB) Centre on Law & Social Transformation—, a research centre with a broad and interdisciplinary global network of fellows and affiliates from which the South-South Network draws and extends. Engaging intensively with scholars from different parts of the Global South during the week of the Bergen Exchanges initiated an academic and personal relationship that has been vital for the current project. LawTransform director Siri Gloppen is the second Guest Editor of this special issue.

The name of the South-South Network is a reference to geopolitical power relations, "an entire history of colonialism, neo-imperialism, and differential economic and social change through which large inequalities in living standards, life expectancy, and access to resources are maintained" (Dados; Connell, 2012). We adopt the "Global South" terminology for two purposes. First, we are committed to understanding the inequalities that affect our homelands, viewed from the local perspective of those who experience this context firsthand. For us, it is a matter of going beyond economic struggle to explore different layers of inequality—social, gender, sexual, and structural—and how the different aspects of that inequality overlap. The second purpose of adopting a "Global South" terminology is to demarcate and critique the highly unequal academic relationship with the Global North. As the South-South Network, we build strategies to challenge the unequal environment that is part of academia, designing ways to value Global South scholars, while also drawing on the experience and resources of the Global North.

The issue "Rethinking Inequalities through Voices from the South" analyses global inequalities through multiple lenses. Wesley Maraire's article explores unequal access to justice in Zimbabwe, where colonial heritage is reflected in a justice system that prevents people from entering and navigating it, affecting especially the 40 percent of the population living below the poverty line. His analysis brings out the inherent and unacceptable risk of unfairness in the formal justice system and helps us to understand not only the Zimbabwean case but also other former colonies with plural cultural and legal systems.

1 We acknowledge the support from LawTransform (the CMI-UiB Centre on Law & Social Transformation in Bergen, Norway) and the Research Council of Norway (project n. 322644).

Local perspectives dialogue with international standards in Larissa Margarido and Kerigo Odada's research, which demonstrates how gender inequality can be addressed in diverse ways. Their respective articles on child marriage in Brazil and postpartum detention in health facilities in Kenya shed light on topics that are rarely explored in the literature, despite the profound ways in which these issues affect the lives of girls, women, and people who can become pregnant.

The interface between the global and the local, and how it affects inequality, is also explored in Bhavya Gupta's article. She seeks to understand what it means for a Global South country, in her case, India, to be assessed by an international audience and what the consequences are at the domestic level. Her focus is the United Nations' Universal Periodic Review—a process of state peer review intended to enhance human rights—and the assessment of India on issues related to women. In her analysis, she uses feminist methodology to explore promises, recommendations, and silences regarding sexual harassment, child marriage, marital rape, female infanticide, and young women trafficked for sex work.

In the special issue "Rethinking Inequalities through Voices from the South", South-South relations are put into academic practice, exemplifying how an alliance among Global South scholars can be beneficial to the knowledge field. An example is Ana de Mello Côrtes and Juliana Jaramillo Jaramillo's article on legal battles over sex education and LGBTQ students. In this study, a Brazilian and a Colombian scholar come together to explore how actors, Supreme Courts, and judicial cases have shaped the course and outcomes of legal mobilization in the two countries in different ways, such as serving as a locus of resistance to conservative attacks or broadening the use of litigation, to advance LGBTQ demands.

South-South comparison is also central in Thalia Viveros-Uehara's analysis of climate litigation in Mexico and Ecuador. Her article shows how climate litigation can address the complex realities of the most vulnerable and calls for a reimagined approach to the climate crisis that affects not only Mexicans and Ecuadorians but Latin Americans generally—and populations worldwide.

The unequal power relationship that exists between the Global South and the Global North in terms of geopolitics is reproduced in academia, where "imperial forms of knowing and making sense of the world are deeply entrenched in the structures of higher education" (Two Convivial Thinkers, 2024). This relationship is further reflected in unequal access to opportunities and scientific publications. Only 16% of articles published in the top 20 global development journals between 1990 and 2019 were authored by Global South scholars. Southern-authored articles also get fewer citations than articles produced by Global North scholars (Amarante *et al.*, 2021). Even research on Global South countries is predominantly conducted by researchers from the North, revealing the reproduction of inequality in academia and the urgency of giving voice to Southern scholars.

Because of these dynamics, the rankings, impact factors, and citation numbers that shape Western academic spaces exert pressure on Global South scholars, who generally have less access to research funding and often have to combine a scholarship or teaching position with second or third employment.

Against this reality, the South-South Network aims to work together to face this unequal environment via respect and mutual collaboration. Designing this special issue was one way of doing that. The project had to overcome two barriers: language and money. First, most of the authors are not native English speakers, but, given the lack of a common first language and the goal of communicating the research results to the largest audience possible, English was adopted as the common language for their articles. Second, possibilities to convene, present at conferences, and publish in open access formats have been important for the consolidation of the network and efforts dedicated to the special issue. We would like to thank LawTransform, the Fritt Ord Foundation, and the Global Research Programme on Inequality (GRIP) for the support given to this project.

It is with great pleasure that we present one of many results that we hope to come from an innovative way of thinking and creating networks, the special issue "Rethinking Inequalities through Voices from the South".

REFERENCES

AMARANTE, Verónica *et al.* Underrepresentation of Developing Country Researchers in Development Research. *Applied Economics Letters*, [*s.l.*], v. 29, n. 17, p. 1659-1664, 2022. DOI: https://doi.org/10.1080/13504851.2021.1965528

DADOS, Nour; CONNELL, Raewyn. The Global South. *Contexts*, [*s.l.*], v. 11, n. 1, p. 12-13, 2012. DOI: 10.1177/1536504212436479

TWO CONVIVIAL THINKERS. (Un)Doing Performative Decolonisation in the Global Development 'Imaginaries' of Academia. *Global Discourse*, Bristol, v. 14, n. 2-3, p. 355-379, 2024. DOI: https://doi.org/10.1332/20437897Y2023D000000010

How to quote this editorial:

BUZOLIN, Lívia Gonçalves; GLOPPEN, Siri. Rethinking Inequalities through Voices from the South. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2444, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202444

Lívia Gonçalves Buzolin

Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brazil

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

PhD in Law from São Paulo Law School of the Getulio Vargas Foundation (FGV DIREITO SP).

livia.buzolin@fgv.br

Siri Gloppen

University of Bergen, Bergen, Norway

https://orcid.org/0000-0001-5745-8109

Professor at the Department of Comparative Politics, Department of Administration and Organization Theory, University of Bergen, Norway. Senior Researcher at Chr. Michelsen Institute.

Siri.Gloppen@uib.no

ISSN 2317-6172

REPENSANDO DESIGUALDADES A PARTIR DE VOZES DO SUL

RETHINKING INEQUALITIES THROUGH VOICES FROM THE SOUTH
REPENSAR LAS DESIGUALDADES A TRAVÉS DE VOCES DEL SUR

https://doi.org/10.1590/2317-6172202445

Lívia Gonçalves Buzolin e *Siri Gloppen*

Resumo
Você já aprendeu sobre desigualdade com intelectuais do Sul Global? Provavelmente não. Para preencher uma lacuna na literatura, apresentamos o dossiê especial "Repensando desigualdades a partir de vozes do Sul", resultado de uma forma colaborativa de fazer pesquisa. A partir de estudos de caso sobre Brasil, Colômbia, Equador, Índia, Quênia, México e Zimbábue, trazemos novas perspectivas para abordar diferentes tipos de desigualdade, a saber, social, de gênero, sexual, econômica e estrutural. A Rede Sul-Sul é um coletivo de acadêmicas e acadêmicos do Sul Global que objetiva construir estratégias para desafiar o ambiente desigual que faz parte da academia, e esse projeto é uma forma de fazer isso.

Palavras-chave
Desigualdade; estudos sociojurídicos; estudo de caso; Sul Global; academia.

Abstract
Have you ever learned about inequality from Global South intellectuals? Probably not. To fill a gap in the literature, the special issue "Rethinking Inequalities through Voices from the South" is a result of a collaborative way of doing research. From case studies about Brazil, Colombia, Ecuador, India, Kenya, Mexico, and Zimbabwe, we present new perspectives to address different types of inequality, i.e., social, gender, sexual, economic and structural. The South-South Network is a Global South scholars collective that aims to build strategies to challenge the unequal environment that is part of academia, and this project is one way of doing that.

Keywords
Inequality; socio-legal studies; case study; Global South; academia.

Resumen
¿Alguna vez has aprendido sobre la desigualdad de la mano de intelectuales del Sur Global? Probablemente no. Para llenar un vacío en la literatura, la sección especial "Repensar las desigualdades a través de voces del Sur" es el resultado de una forma colaborativa de hacer investigación. A partir de estudios de caso realizados en Brasil, Colombia, Ecuador, India, Kenia, México y Zimbabue, presentamos nuevas perspectivas para abordar diferentes tipos de desigualdad, es decir, social, de género, sexual, económica y estructural. La Red Sur-Sur es un colectivo de académicas y académicos de Sur Global que tiene como objetivo desarrollar estrategias para desafiar el entorno desigual que forma parte del mundo académico, y este proyecto es una forma de hacerlo.

Palabras clave
Desigualdad; estudios socio jurídicos; estudio de caso; Sur Global; academia.

O laço que une o dossiê especial "Repensando desigualdades a partir de vozes do Sul" é pessoal. Todas as autoras, o autor e uma das Editoras Convidadas, Lívia Buzolin, são parte da Rede Sul-Sul, um grupo formado por jovens acadêmicas[1] do Sul Global que vêm de lugares como Brasil, Colômbia, Quênia, México, Índia e Zimbábue, que juntaram

1 Optamos por adotar o feminino universal ao empregar o plural.

forças para pensar e pesquisar coletivamente, de maneira orgânica e colaborativa, para empoderar umas às outras com a finalidade de enfrentar os ambientes desiguais nos quais vivemos.

A Rede Sul-Sul surgiu em agosto de 2020, durante o Bergen Exchanges on Law & Social Transformation, que anualmente reúne acadêmicas, estudantes de doutorado, artistas e ativistas do mundo inteiro para compartilhar suas perspectivas sobre como os direitos e o Direito moldam a sociedade, entendendo como a mobilização legal e as estratégias de *lawfare* são utilizadas como ferramentas políticas. O Bergen Exchanges é realizado por LawTransform[2] – Christian Michelsen Institute (CMI) e Universidade de Bergen (UiB) Centre on Law & Social Transformation –, um centro de pesquisa com escopo amplo e interdisciplinar formado por uma rede global de pesquisadores e afiliados, ao qual a Rede Sul-Sul se baseia e se estende. O envolvimento intenso com acadêmicas de diferentes partes do Sul Global durante a semana do Bergen Exchanges deu início a uma relação acadêmica e pessoal que tem sido vital para esse projeto. A diretora do LawTransform, Siri Gloppen, é a outra Editora Convidada do dossiê.

O nome Rede Sul-Sul é uma referência às relações de poder geopolíticas, a "uma história inteira de colonialismo, neoimperialismo, diferentes mudanças econômicas e sociais por meio das quais as grandes desigualdades nos padrões de vida, expectativa de vida e acesso a recursos são mantidas" (Dados; Connell, 2012). Nesse contexto, nós adotamos a terminologia "Sul Global" com dois objetivos. Primeiro, porque estamos comprometidas com a compreensão das desigualdades que afetam nossos países de origem a partir de uma perspectiva daquelas que vivem e viveram nesse contexto. Para nós, é uma questão de irmos além das dificuldades econômicas para explorar as diferentes camadas da desigualdade – tais como social, de gênero, sexual e estrutural – e entender como muitas vezes essas diferentes camadas interseccionam. O segundo objetivo para adotar a terminologia "Sul Global" é demarcar e criticar a relação altamente desigual existente com o Norte Global. Como Rede Sul-Sul nós construímos estratégias para desafiar o ambiente desigual que é parte da academia, concebendo maneiras de valorizar acadêmicos do Sul Global ao mesmo tempo que recorremos à experiência e aos recursos do Norte Global.

O dossiê "Repensando desigualdades a partir de vozes do Sul" analisa as desigualdades globais por meio de múltiplas lentes. O artigo de Wesley Maraire explora o desigual acesso à Justiça no Zimbábue, onde a herança colonial está refletida em um sistema de justiça que impede as pessoas de acessar e navegar por ele, afetando especialmente os 40% da população que vive abaixo da linha da pobreza. Sua análise ressalta o inerente e inaceitável risco de injustiça do sistema

2 Agradecemos o apoio do LawTransform e do Conselho de Pesquisa da Noruega (projeto n. 322644).

formal de justiça e ajuda-nos a compreender não apenas o caso do Zimbábue, mas também de outras antigas colônias com sistemas jurídicos e culturais plurais.

Perspectivas locais em diálogo com padrões internacionais são apresentadas nas pesquisas de Larissa Margarido e Kerigo Odada, ao demonstrar como a desigualdade de gênero pode ser endereçada de diferentes maneiras. Seus respectivos artigos sobre casamento infantil no Brasil e detenção pós-parto em enfermarias no Quênia jogam luz sobre temas que são raramente explorados pela literatura, apesar das maneiras profundas pelas quais afetam a vida de meninas, mulheres e de pessoas que podem engravidar.

A interface entre o global e o local, e como isso afeta a desigualdade, também é explorada no artigo de Bhavya Gupta. Ela se propõe a compreender o que significa para um país do Sul Global, no caso, a Índia, ser avaliado por uma audiência internacional e quais são as consequências a nível doméstico. O foco é a Revisão Periódica das Nações Unidas – um processo de avaliação dos Estados para fortalecimento dos direitos humanos –, aplicada para a Índia para assuntos relacionados a mulheres. A metodologia feminista é empregada para explorar as promessas, as recomendações e os silêncios sobre assédio sexual, casamento infantil, estupro marital, infanticídio de meninas e tráfico de mulheres para trabalho sexual.

Nesse dossiê especial, as relações Sul-Sul são colocadas na prática acadêmica, exemplificando como uma aliança entre acadêmicas do Sul Global pode ser benéfica para o campo do conhecimento. Um exemplo é o artigo de Ana de Mello Côrtes e Juliana Jaramillo sobre as batalhas que envolvem a educação sexual e estudantes LGBTQ. Nesse estudo, uma acadêmica brasileira e uma colombiana se juntam para explorar como atores, Supremas Cortes e casos judiciais têm moldado o curso e os resultados da mobilização legal que ocorreu nesses países de maneiras distintas, seja servindo como espaço de resistência a ataques conservadores, seja ampliando o uso da litigância estratégica para encampar as demandas LGBTQ.

A comparação Sul-Sul também é central para a análise da Thalia Viveros-Uehara sobre a litigância climática no México e no Equador. Seu artigo demonstra como a litigância climática pode endereçar as realidades complexas dos mais vulneráveis e aponta para uma abordagem reimaginada para a crise climática que afeta não apenas mexicanos e equatorianos, mas também latino-americanos e populações no mundo inteiro.

A relação desigual que existe entre o Sul Global e o Norte Global em termos geopolíticos está reproduzida na academia, em que "formas imperialistas de conhecimento e de trazer sentido ao mundo estão profundamente enraizadas na educação superior" (Two Convivial Thinkers, 2024). Essa relação se reflete também no acesso desigual a oportunidades e publicações científicas. Apenas 16% dos artigos publicados nos 20 periódicos sobre desenvolvimento mais bem

ranqueados entre 1990 e 2019 foram produzidos por acadêmicos do Sul Global. Os artigos de autoria do Sul também têm menos citações do que os artigos produzidos por acadêmicos do Norte Global (Amarante *et al.*, 2021). Mesmo no caso de pesquisas conduzidas sobre países do Sul Global a autoria é predominantemente de pesquisadores do Norte, revelando a reprodução da desigualdade na academia e a urgência de dar voz a acadêmicos do Sul.

Como consequência dessa dinâmica, os *rankings*, os fatores de impacto e os números de citação que moldam os espaços acadêmicos ocidentais também exercem pressão nos acadêmicos do Sul Global, que geralmente têm menos acesso a financiamento para pesquisas e muitas vezes precisam combinar uma bolsa de estudos ou a docência com um segundo ou terceiro emprego.

Na contramão dessa realidade, a Rede Sul-Sul trabalha em conjunto para enfrentar esse ambiente desigual, por meio do respeito e da colaboração mútua. Criar esse dossiê especial foi uma das maneiras encontradas para fazer isso. De início, o projeto precisou superar duas barreiras: idioma e dinheiro. A maioria das autoras não tem o inglês como idioma nativo, mas, dada a ausência de uma língua-mãe em comum e considerando que o objetivo é comunicar os resultados das pesquisas para a maior audiência possível, o inglês foi adotado como o idioma dos artigos. Em segundo lugar, as possibilidades de reunião, apresentação em conferências e publicação em acesso aberto têm sido importantes para a consolidação da rede e para o trabalho que resultou no dossiê especial. Por isso, gostaríamos de agradecer ao LawTransform, à Fritt Ord Foundation e ao Global Research Programme on Inequality (GRIP) pelo apoio dado a esse projeto.

É com enorme satisfação que apresentamos um de muitos resultados que esperamos que surjam dessa maneira inovadora de pensar e criar redes, o dossiê especial "Repensando desigualdades a partir de vozes do Sul".

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Verónica *et al.* Underrepresentation of Developing Country Researchers in Development Research. *Applied Economics Letters*, [*s.l.*], v. 29, n. 17, p. 1659-1664, 2022. DOI: https://doi.org/10.1080/13504851.2021.1965528

DADOS, Nour; CONNELL, Raewyn. The Global South. *Contexts*, [*s.l.*], v. 11, n. 1, p. 12-13, 2012. DOI: 10.1177/1536504212436479

TWO CONVIVIAL THINKERS. (Un)Doing Performative Decolonisation in the Global Development 'Imaginaries' of Academia. *Global Discourse*, Bristol, v. 14, n. 2-3, p. 355-379, 2024. DOI: https://doi.org/10.1332/20437897Y2023D000000010

Como citar este editorial:

BUZOLIN, Lívia Gonçalves; GLOPPEN, Siri. Repensando desigualdades a partir de vozes do Sul. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2445, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202445

Lívia Gonçalves Buzolin

Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil

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

Doutora em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Brasil.

livia.buzolin@fgv.br

Siri Gloppen

Universidade de Bergen, Bergen, Noruega

https://orcid.org/0000-0001-5745-8109

Professora do Departamento de Política Comparada, Departamento de Administração e Teoria da Organização da Universidade de Bergen, Noruega. Pesquisadora Sênior do Chr. Michelsen Institute.

Siri.Gloppen@uib.no

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 23.11.2022
Aprovado: 17.04.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202402

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, Rio Grande do Norte, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-0733-1040

2 Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, Rio Grande do Norte, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-4645-8503

Uma pessoa trabalhadora e "família": a identidade concurseira nas representações de Instagram

A FAMILY HARD WORKER: CONCURSEIRA'S IDENTITY ON PRESENTATIONS FROM INSTAGRAM

UNA PERSONA TRABAJADORA Y "FAMILIA": LA IDENTIDAD "CONCURSEIRA" EN LAS REPRESENTACIONES DE INSTAGRAM

Mário S. F. Maia[1] e *Lucas G. D. Neris*[2]

Resumo
Esta é uma pesquisa desenvolvida no âmbito da sociologia das profissões jurídicas com o objetivo de identificar o processo de construção da identidade concurseira a partir da análise das representações do eu no espaço de socialização virtual do Instagram. Realizou-se análise "dramatúrgica" inspirada nas pesquisas de Ervin Goffman das interações ocorridas nos perfis de Instagram de 44 atores em representação no mundo dos concursos durante o mês de junho de 2022. O trabalho interpretativo consistiu na busca pela identificação de valores compartilhados pelos integrantes do heterogêneo grupo de análise. Percebemos uma disposição de grupo constante para a representação de um tipo trabalhador e ordeiro, avesso ao conflito aberto e materializador dos "valores familiares". Rotulamos esses traços de identidade como os de uma pessoa "trabalhadora" e "família". Concluímos que (1) há uma grande diferença entre os valores "profissionais" das carreiras jurídicas e os valores "concurseiros" em circulação no espaço social e que (2) isso nos permite diagnosticar a existência de problemas significativos no contexto do exercício concreto das atividades institucionais de formação e controle da "moral oficial" dentro do campo jurídico profissional, nas escolas de formação, nas corregedorias e nos tribunais de ética.

Palavras-chave
Sociologia das profissões jurídicas; concurso público; identidade concurseira; ética no campo jurídico; Instagram.

Abstract
This is a study on the sociology of juridical professions developed with the aim to identify the construction of an "concurseira's" identity (the identity of a public servant "wannabe" in Brazil) from the analysis of the presentation of the self in the virtual social space of Instagram. We carried on an dramaturgical analysis, inspired by Ervin Goffman, of the interactions occurred during the month of June in 2022 in 44 Instagram's profile. The interpretative work consisted int the search for values shared by members of the group. We came to identify a constant group's disposition for the presentation of a role of a worker and orderly person that avoid the conflict and that materialize "family values". We labeled those traces of personality as "worker" and "family". We concluded that there are significant differences between "professional" values and "concurseiro's" values in the field. We understood that (1) there is a significant difference between the concurseiro's values and the "professional" values in the juridical field, and (2) this leads to a great chance of seeing concrete problems in the institutional systems of juridical education and ethics' control.

Keywords
Sociology of juridical professions; recruitment of public servants; concurseiras's identity; ethics in the juridical field; Instagram.

Contribuição de autoria

Mario S. F. Maia
Investigation; methodology; writing – original draft.

Lucas G. D. Neris
Investigation.

Como citar este artigo
MAIA, Mário S. F.; NERIS, Lucas G. D. Uma pessoa trabalhadora e "família": a identidade concurseira nas representações de Instagram. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2402, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202402

Resumen
Este es un estudio de sociología de las profesiones jurídicas desarrollado con el objetivo de identificar la construcción de la identidad "concurseira" (la identidad de alguien que aspira a ser funcionario público en Brasil) a partir del análisis de la presentación del self *en el espacio social virtual de Instagram. Llevamos a cabo un análisis dramatúrgico, inspirado en Goffman, de las interacciones ocurridas durante el mes de junio de 2022 en 44 perfiles de Instagram. El trabajo interpretativo consistió en la búsqueda de valores compartidos por los miembros del grupo. Llegamos a identificar una disposición constante del grupo para presentar el papel de trabajador y persona ordenada que evita el conflicto y materializa los "valores familiares". Etiquetamos esos rasgos de personalidad como "trabajador" y "familiar". Concluimos que existen diferencias significativas entre los valores "profesionales" y los valores de los "concurseiros" en el campo. Comprendimos que (1) hay una diferencia significativa entre los valores de los concurseiros y los valores "profesionales" en el ámbito jurídico, y (2) esto conduce a una gran posibilidad de ver problemas concretos en los sistemas institucionales de educación jurídica y control ético.*

Palabras clave
Sociología de las profesiones jurídicas; reclutamiento de funcionarios públicos; identidad "concurseira"; ética en el campo jurídico; Instagram.

Este é um artigo publicado em acesso aberto (Open Access) sob a licença Creative Commons Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que para fins não comerciais e com identificação da fonte.

A *Revista Direito GV* detém os direitos de autor do manuscrito, salvo os de natureza moral.

INTRODUÇÃO: OS DIFERENTES MUNDOS DO CONCURSEIRO E DO CONCURSADO[1]

Sob o ponto de vista do senso comum, o fenômeno do concurseiro encontra-se materializado. No Brasil, um grande número de pessoas é capaz de identificar um(a) "concurseiro(a)" ainda que não o(a) consiga definir. Há sempre um amigo, um parente, uma colega de turma, que "estuda para concurso". Para quem vive o dia a dia no campo jurídico profissional, então, o "concurseiro" é real.[2]

Para além dessa constatação existencial, pode-se dizer que o concurseiro se materializa também como objeto de estudo, ou seja, existe como tema científico. Pesquisas etnográficas recentes nos fornecem um relato bastante crível e vivo desse mundo. Trata-se de um mundo povoado por atores peculiares – o professor concurseiro, os empreendedores da educação, *coaches* e afins, além do próprio concurseiro, ator que possui menor capital simbólico (e, em regra, econômico), mas em torno do qual giram as interações nesse universo (Maia, 2019) – no qual se criam "mentalidades" e constroem-se certos traços de caráter.

Assim, já se falou na existência de uma psicodinâmica específica no grupo – a psicodinâmica do "não trabalho" (Anjos; Mendes, 2015, p. 52) – e, também, na possibilidade da internalização de valores por parte do concurseiro, o que corresponde à formação de um *ethos* concurseiro (Araújo, 2016, p. 96). Esse parece ser um universo tão peculiar que pesquisadores do sistema de seleção estatal (concursos) chegam a formular a hipótese de que haja mesmo uma "ideologia concurseira" (Fontainha *et al.*, 2014, p. 13-15).

Sob o ponto de vista de pesquisadores do campo jurídico – que realizam suas pesquisas vinculados às demandas das instituições jurídicas[3] –, levar a sério a existência desse mundo dos concurseiros significa, entre outras coisas, conjecturar acerca da possibilidade de uma ruptura entre os mundos daqueles que desejam ser juristas contratados pelo Estado e daqueles que já o são. E aqui, vale dizer, usamos a palavra "mundo" para nos referir a um espaço de interação social específico no qual vivemos uma das faces da nossa vida cotidiana. Um universo cultural dotado de relativa autonomia no espaço da nossa vida social mais ampla.

Pode-se dizer que há indícios dessa cisão de mundos quando percebemos, por exemplo, a existência de uma lacuna significativa entre "o que se faz para ser aprovado" e "o que

1 Os autores agradecem ao grupo de pesquisadores(as) do Observatório de Práticas Sociojurídicas da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (Ufersa) pela interação proveitosa e pelo constante estímulo intelectual. Agradecem também a Ingrid S. Cavalcante pelo *insight* inicial e pela leitura atenta do primeiro rascunho deste texto.

2 Recorremos a essa materialização real do concurseiro para a adoção de uma orientação de estilo: a não utilização das aspas ("") para fazer referência ao grupo.

3 O ângulo de abordagem pode mudar, mas a especificidade do mundo dos concursos permaneceria. Assim, sob o ponto de vista dos pesquisadores da Engenharia, o mundo do engenheiro concurseiro estaria separado do mundo do exercício profissional da engenharia, e, sob os olhos do administrador, o mundo do administrador concurseiro estaria separado do mundo do verdadeiro *businessman*, etc. Essa multiplicidade de pontos de observação do fenômeno é "materialização" da autonomia.

se faz depois de aprovado" em concurso público. O caráter autorreferencial das seleções de funcionários públicos – que selecionam os melhores "fazedores de prova" sem grandes considerações sobre o perfil profissional e sobre as competências e habilidades do servidor (Feitosa; Passos, 2017, p. 150) – pode ser apontado como uma disfuncionalidade do sistema de seleção que certamente "acarreta enorme prejuízo de recursos financeiros e humanos para a administração pública" (Fontainha *et al.*, 2014, p. 15).

A fala de uma experiente profissional do Direito (ministra do Superior Tribunal de Justiça [STJ]) oferece-nos uma clara ideia desse "sentimento" de separação entre o mundo das provas e o mundo do exercício profissional concretamente considerado.

> A magistratura brasileira sofre hoje duas importantes tendências: juvenilização e feminilização, arregimentando jovens bacharéis em Direito, recém-saídos das faculdades. Mediante concurso de provas e títulos, com absoluta transparência e seriedade, ingressa-se na magistratura com uma bagagem pesada de conteúdo doutrinário, com um conhecimento geral amplo, mas superficial, superficialidade vencida aqui e ali pelos cursos de preparação para concursos públicos.
> Com o entusiasmo dos jovens, encontram os novos magistrados colegas que, como eles, vêm de uma universidade que se formou dentro de linhas bem antigas, prontas para ministrar muitas informações e pouquíssima formação.
> São a estes jovens, produto de uma formação acadêmica decadente, a quem entregamos o destino do Judiciário (Calmon, 2006, p. 363).

Assim, enquanto a observação direta no mundo dos concursos nos diz que estamos diante de uma prática formativa marcada pela "dica", pelo "macete", pela "esquematização" (Maia, 2019, p. 189) e pelos "bizus" (Passos, 2018, p. 105), as instituições jurídicas profissionais pensam em contar com profissionais com

> capacidade de usar o conhecimento científico de todas as áreas para resolver problemas novos de modo original – o que implica o domínio não só de conteúdos, mas dos caminhos metodológicos e das formas de trabalho intelectual interdisciplinar, e que exige educação inicial e continuada rigorosa, em níveis crescentes de complexidade.[4]

Esta pesquisa parte justamente do ponto em que se nota uma cisão aparente de mundos com o objetivo de realizar uma reflexão sobre o tema a partir de uma aproximação

4 Trechos das "Diretrizes Pedagógicas da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados". Acessadas no *site* https://www.enfam.jus.br/ensino/diretrizes-pedagogicas/, em 23 de novembro de 2022.

cultural. A pretensão foi levar a sério essa hipótese e nos perguntar: estamos diante de diferentes culturas? São os valores concurseiros realmente tão diferentes dos valores desses profissionais do Direito já contratados pelo Estado a ponto de podermos falar na existência de dois mundos?

Por sua vez, essa abordagem da questão dos valores se dá a partir de um movimento interno, ou seja, do direcionamento da curiosidade científica a partir da identificação de um problema vivido dentro do próprio campo jurídico profissional. É que nesse universo profissional existem diversos códigos de conduta em vigor que definem o ideal moral profissional dos juristas, ou seja, há uma moral oficialmente estipulada no campo jurídico profissional.

Esses valores profissionais previstos normativamente são repassados institucionalmente como "moral oficial" nos curtos cursos de formação que, em geral, acontecem após a aprovação em concurso. De acordo com as regras ético-jurídicas em vigor no campo, a incorporação desses valores nas interações da vida profissional e pessoal dos juristas não é algo opcional. Agir conforme os valores profissionais é um "dever", e a existência de um comportamento desviante pode resultar no acionamento do sistema institucional de controle (corregedorias, tribunais de ética e afins).

Esta pesquisa foi conduzida a partir de considerações sobre esse contexto de vida profissional institucional e foi concretizada com a intenção de contribuir com informações para a realização de uma reflexão sobre a moral profissional dos juristas (o ideal normativo e a realidade comportamental efetiva) e o seu sistema institucional de formação de pessoal e controle ético.

1. REPRESENTAÇÕES DO EU NA CULTURA DA VIRTUALIDADE REAL

Nesta pesquisa, buscamos analisar as imagens do concurseiro projetadas e forjadas no espaço de interação virtual do Instagram. A partir da análise dessas representações, foi possível identificar os valores em circulação no mundo do concurseiro e então indicar o processo de construção de uma identidade de grupo. Privilegiamos, portanto, a observação e a análise da "ordem da interação" (Goffman, 1983, p. 5) na nossa vida social.

Devemos essa "calibração" do olhar científico principalmente à leitura atual de *A representação do eu na vida cotidiana* (Goffman, 2014), publicado pela primeira vez em 1959. Então, o que um texto produzido a partir da observação das interações sociais acontecidas em geral no âmbito cultural da sociedade anglo-americana em meados do século passado tem a sugerir ao analista da nossa vida atual? Isso merece alguma consideração.[5]

5 Não se pretende aqui desenvolver uma argumentação original. Há exemplos de pesquisas em ambientes de interação social "virtual" a partir da influência teórica de Goffman. Consultamos Vaast (2007) e Thibes e Mancini (2013).

O caráter existencial da epistemologia de Goffman permite que a sua curiosidade científica se torne atualizável. Ele dedicou-se a analisar o teatro da vida cotidiana, ou seja, como "lemos" uns aos outros, formulamos ideias compreensivas e atuamos nos pequenos e nos grandes encontros do nosso dia a dia. A sua análise utiliza-se da "linguagem teatral" e concentra-se nos "problemas dramatúrgicos" surgidos nos encontros humanos do tipo cara a cara (Goffman, 2014, p. 255).

De acordo com ele, apresentamo-nos socialmente de maneira controlada, sempre tentando permitir a leitura de "quem nós somos" por parte dos outros participantes da interação. Nos encontros cotidianos (interações), apresentamo-nos expressivamente de forma a tornar possível a leitura do nosso papel social e esperamos ser tratados de acordo com ele. Em suas próprias palavras:

> A sociedade está organizada tendo por base o princípio de que qualquer indivíduo que possua certas características sociais tem o direito moral de esperar que os outros o valorizem e o tratem de maneira adequada. [...] quando um indivíduo projeta uma definição da situação e com isso pretende, implícita ou explicitamente, ser uma pessoa de determinado tipo automaticamente exerce uma exigência moral sobre os outros, obrigando-os a valorizá-lo e a tratá-lo de acordo com o que as pessoas de seu tipo têm o direito de esperar (Goffman, 2014, p. 25).

A epistemologia existencial de Goffman[6] leva-o a formular claramente uma ideia não essencialista sobre o fenômeno humano. Somos quem representamos ser, ou seja, construímos quem somos a partir daquilo que expressamos nas diversas esferas da nossa vida (Goffman, 2014, p. 270). Essa afirmação tem o mesmo sentido da de Sartre (2014, p. 17) em *O ser e o nada* quando diz que a sua teoria do fenômeno "substituiu a *realidade* da coisa pela *objetividade* do fenômeno" (grifos do autor).

Vive-se hoje de maneira muito diferente da que se vivia em meados do século passado. Uma das diferenças significativas, que é claramente perceptível, diz respeito ao meio pelo qual se dá a nossa interação social. Atualmente, passamos muitas horas do dia interagindo através das telas, usando os mais diversos *gadgets*. Objetivamente, isso significa que uma parte importante do nosso dia é "tempo de tela" e somos apresentados a esse estilo de vida cada vez mais cedo (Nobre *et al.*, 2021, p. 1128). O viver "com a tela" é uma característica de vida que alcança o viver de pessoas em diferentes pontos do planeta Terra, e o estilo de vida "mediada por telas" começa a fazer parte da nossa autoimagem (Nunes, 2016).

6 Esse impulso "existencial" a partir do contato com Goffman pode ser percebido também em relato de um dos seus ex-alunos (Marx, 1984). Além disso, há no texto "A representação do eu..." um diálogo constante

Hoje, a mudança paradigmática é ainda mais profunda, além de vivermos "com as telas", a nossa própria vivência pode se efetivar "pelas telas" (Sanz, 2021, p. 54).[7] A internet não serve apenas para "mostrar" a nossa realidade. É no espaço de fluxo (Castells, 2019, p. 494) das comunicações em rede que "fazemos" nossa vida, ou seja, cada vez mais as nossas ações no mundo virtual são ações que constituem a nossa realidade. No atual estágio de comunicação e interação humana,

> a própria realidade (ou seja, a experiência simbólica/material das pessoas) é inteiramente captada, totalmente imersa em uma composição de imagens virtuais no mundo do faz de conta, no qual as aparências não apenas se encontram na tela comunicadora da experiência, mas se transformam na experiência (Castells, 2019, p. 455).

Vivemos em um momento no qual é possível perceber a "materialidade de ambientes digitais" (Machado, 2015, p. 2) ou, sob outra perspectiva, de desenvolvimento significativo da cultura da "virtualidade real". Trata-se de uma nova configuração de mundo "onde o faz de conta vai se tornando realidade" (Castells, 2019, p. 458).

Recentemente – com a pandemia de covid-19 –, os seres humanos foram orientados a se distanciarem fisicamente uns dos outros por um período, e isso agudizou o processo de mudança no nosso jeito de viver. No que diz respeito ao tempo de tela dos brasileiros, por exemplo, estudos epidemiológicos indicam que o tempo de uso do computar e do *tablet* foi de mais de 5 horas por dia durante a pandemia, e entre os jovens adultos esse tempo médio foi de 7 horas e 45 minutos (Malta *et al.*, 2020, p. 8).

O ponto que desejamos enfatizar é que a convivência humana migra do espaço social físico para o espaço de fluxo virtual e isso nos permite analisar a vida virtual como vida *tout court*. Esse estado de coisas transforma os estudos sobre o que acontece na vida virtual em estudos

• • •

com os trabalhos de Sartre e Simone, por exemplo, p. 45, 70, 88, 89, 127, 253. Para o desenvolvimento da ideia de uma epistemologia existencial, ver Maia (2018).

7 Isso significa ir além da ideia de vivermos "dentro" das telas. Uma vida "dentro" das telas sempre pressupõe a possibilidade de se viver paralelamente uma vida "fora" das telas. A vida vivida pela tela é "sentida na pele" e não pode ser "desligada". É a vida vivida no gozo do ambiente instagramável (Thibes, 2013, p. 155), mas também sentida como violência. Ver, por exemplo, a visão pessimista das próprias crianças e adolescentes quanto à possibilidade de se evitar o *cyberbullying*. Relato de jovem inglês: "I don't think you can ever stop cyberbullying at all because you'd basically have to get rid of all the communication things that we love and you can't do that', 'you might do a lot of things to them but it still ain't going to stop them'" (Smith *et al.*, 2008, p. 381). Em tradução livre: "'Eu não acredito que possamos acabar com o *ciberbullying*, porque, para isso, teríamos de nos livrar de todos os aparelhos de comunicação que nós amamos e você não pode fazer isso', 'você pode fazer muitas coisas com eles [assediadores], mas mesmo assim não conseguirá pará-los'".

sobre o "centro" da sociabilidade humana e isso garante dignidade acadêmica e social ao estudo de fenômenos que de outra forma poderiam se considerar banais.[8]

2. O CONCURSEIRO DE INSTAGRAM: SOBRE O ESPAÇO PÚBLICO VIRTUAL, OS ATORES E O SENTIDO DA OBSERVAÇÃO

Depois de realizada pesquisa exploratória em espaços virtuais de interação de grupos concurseiros (fóruns virtuais, grupos de WhatsApp, perfis de Facebook e Instagram), optamos por estabilizar a nossa observação na análise das interações sociais na vida de Instagram de um grupo de atores em representação no mundo do concurseiro.

Desde o início, percebemos que tanto o Facebook quanto o Instagram nos permitiam uma análise mais rica em termos de expressividade humana se comparados aos fóruns e grupos de WhatsApp. Nesses dois primeiros, a própria natureza pictórica da comunicação gerada – que privilegia o uso de imagens na formação de uma identidade virtual – garante uma riqueza simbólica que favorece a análise das interações sociais.

No Facebook e especialmente no Instagram, percebe-se maior variedade de expressões e de elementos cênicos com uma maior possibilidade de criação de redes de interação e de análise iconográfica. Esses lugares de encontro virtual nos pareceram ideais para a análise do que Goffman (2014) chama de expressões "emitidas", que são aquelas que estão para além do sentido literal das palavras comunicadas e incluem uma série de "pistas" deixadas pelo ator nos gestos e no cenário da sua representação.[9]

Optamos pela análise das representações acontecidas no Instagram devido a um critério pouco objetivo, mas que pareceu fazer sentido nas nossas conversas. Consideramos o Facebook um aplicativo dotado de capital simbólico decrescente, um aplicativo "envelhecido" ou um tanto "fora de moda". O Instagram pareceu-nos nesse momento – as mudanças nesse sentido são muito rápidas – um aplicativo mais "adulto" do que o TikTok e mais "jovem" do que o Facebook. Esse perfil intermediário do Instagram[10] nos pareceu adequado para a análise

8 É interessante notar a "exortação" de pesquisador da antropologia digital aos seus alunos – que ficaram impossibilitados de "fazer o campo" da maneira tradicional durante a pandemia de covid-19 – a se arriscarem a fazer pesquisa a partir de interações no mundo virtual (Miller, 2021). A fala publicada inicialmente pelo professor está disponível em https://wordpress.com/post/csociais.wordpress.com/2567. Acesso em: 15 dez. 2023.

9 Vale lembrar do "exemplo" dado por Goffman (2014, p. 17) quando fala de expressão emitida. Retira de livro descrição de cena em que um inglês, bem de vida e um tanto esnobe, "faz se perceber" em uma praia espanhola. Ele, entre outras coisas, "olha os outros por cima", "ri de maneira controlada e casual", "Lê um livro na praia", "mostra a capa do livro", "nada de maneira a mostrar sua familiaridade com o mar", etc.

10 Há indicação de que essa "impressão" tem respaldo estatístico. O *site* "statista" afirma que mais de 60% dos usuários de Instagram estão entre os 18 e os 34 anos de idade. *Site* da "statista", em https://www.statista.com/statistics/325587/instagram-global-age-group/. Acesso em: 24 jun. 2022.

de interações dos grupos concurseiros na medida em que grande parte desse grupo é formada por jovens adultos que buscam a integração no mercado de trabalho.

Realizamos a nossa observação no que consideramos ser o espaço público virtual. O Instagram é um *software* produzido por uma empresa privada, no entanto, consideramos público o espaço de interação nos perfis abertos. Isso significa que as interações observadas nesta pesquisa estão – ou estavam na época da observação – acessíveis para qualquer pessoa do planeta com acesso à internet e perfil no Instagram.[11]

Não provocamos interação a partir do nosso perfil, mas estávamos presentes também nesse mundo virtual. Por isso, tivemos de nos preocupar com a nossa própria representação social. Representamos nesse universo o papel de um sóbrio agente institucional que estava situado em uma plateia enorme, com outros milhares de "seguidores". Alguém cuja expressão provavelmente não seria visível por parte dos atores em cena.

Escolhemos o nome "opsj.ufersa", com indicação expressa na *bio* acerca da nossa vinculação institucional. A nossa imagem de perfil – a que nos identifica iconograficamente nesse mundo – foi a foto da capa do livro de Goffman, *A representação do eu na vida cotidiana*. Publicamos apenas um *post*, a foto de outra capa de livro, agora o *A sociedade em rede*, de Castells. Como legenda nesse *post*, escrevemos uma apresentação formal: "Perfil criado por pesquisadores que estudam as representações do 'eu' no espaço social-virtual". Atraímos dois seguidores. Seguimos 44 perfis concurseiros, e foi a partir da observação do que aconteceu nesse universo de interações que fizemos as nossas interpretações.

Buscamos acompanhar as interações de um grupo heterogêneo de concurseiros. Para isso, tivemos de garantir que parte do nosso grupo de observação fosse constituída por uma lógica não algorítmica que é padrão característico das comunicações em rede. Sem considerar isso, correríamos o risco de analisar apenas uma "região" de interação muito específica no mundo dos concurseiros, um setor da vida virtual de "reduzida diversidade" (Loiola, 2018). Por esse motivo, em alguns casos, recorremos à indicação de perfis concurseiros feitas por informantes de "carne e osso" e à pesquisa ativa no universo do Instagram – com a utilização de palavras-chave no campo de busca –, em oposição ao estabelecimento de conexões com perfis sugeridos pelo próprio *software*.

Nesta pesquisa, adotamos um conceito puramente instrumental de concurseiro. Isso explica por que não recorremos a categorias nativas como a diferença entre "concurseiros" e "concursandos" (Fontainha, 2011; Maia, 2019, p. 120). Consideramos concurseiro toda pessoa que se apresenta socialmente dessa forma, ou seja, concurseiro é quem interage nesse mundo.

11 Para uma reflexão de caráter ético sobre as observações realizadas nos espaços públicos e privados (também uma conversa sobre a própria ideia de público e privado no mundo virtual), ver Estalella e Ardèvol (2007, p. 9-10).

A partir da observação realizada, percebemos que a identificação expressa é mais comum entre os jovens estudantes e trabalhadores ainda em ascensão na carreira jurídica (pense, por exemplo, em alguém que se apresenta como "concurseiralavoueu" ou "concurseirocapixaba"), e a identificação "por afinidade" é mais comum entre os ex-concurseiros de sucesso, ou seja, entre os profissionais concursados que continuam interagindo nesse mundo. Mesmo no caso desses concurseiros "por afinidade",[12] notamos sempre uma inequívoca identificação do ator com o universo concurseiro.

Acompanhamos as interações na vida vivida virtualmente de um grupo muito diferente de concurseiros. Desde um perfil que projeta a imagem de uma jovem concurseira nordestina, de classe média, vegetariana, progressista, esforçada, com preocupações estéticas, até o perfil de alguém consolidado na carreira profissional, um desembargador e concurseiro *old school*, de meia idade, torcedor do Fluminense, religioso.[13] Desde uma jovem delegada, muito feliz com sua família e seus amigos, que posta o *look* às sextas-feiras e pretende ajudar os concurseiros a estudar "com eficiência e fé" ou uma juíza, professora de uma grande rede de ensino concurseiro, multimídia, que mora na capital, *fitness* e com uma companheira muito presente com quem tem afinidade, até um concurseiro muito jovem, do interior, que se apresenta como alguém religioso ("Deus acima de tudo"), muito preocupado com as questões policiais e que pretende seguir carreira militar.[14] Todos com milhares de seguidores.

No palco do Instagram, a interação com a plateia ocorre de inúmeras maneiras. A forma de interação mais comum é rápida, objetiva e se dá por uma linguagem não verbal (são várias as ideias contidas nos mais diversos *stickers*). Essa é a forma que podemos chamar de comunicação padrão sob uma perspectiva estatística e aquela que garante provavelmente um *feedback* mais preciso ao controlador do perfil de Instagram.

Há, no entanto, interações mais desenvolvidas no espaço virtual público reservado aos comentários dos *posts* e provavelmente também nos espaços de interação de *backstage* (nas

• • •

12 Talvez uma nomenclatura mais adequada seja identificação "por interesse". Na observação concreta se percebe rapidamente que, em muitos casos, a maior parte deles, essa identificação "por afinidade" deve-se na verdade ao estabelecimento de uma relação econômica. Há relações de consumo, com oferta de serviços de mentoria, venda de livros, de cursos, propaganda de *lives*, etc.

13 Diferentemente do que se pode pensar à primeira vista, em determinado campo social encontram-se diversas ideologias. Ver, por exemplo, a análise de Bourdieu (2008, p. 115-185) sobre os diversos tipos de estilistas no "mundo" da moda.

14 No grupo analisado, apenas dois perfis não remetiam a uma pessoa "física". Um deles era o perfil de uma pessoa jurídica – uma empresa do ramo dos concursos – e outro era um perfil cômico; um *alter ego* de um concurseiro "físico" já representado no Instagram por perfil "sério". Durante o tempo de observação, não houve indicativo claro de que os "perfilados" tivessem ajuda de uma equipe profissional na construção de conteúdo. Mesmo que existam esses casos (existência de uma equipe "por trás de um perfil"), não

mensagens diretas). Uma parte significativa dos atos se dá nos *stories*, que permite uma comunicação mais "viva" com algo de mais espontâneo, ocasionado provavelmente pelo efêmero do registro.

No mundo virtual, o tempo é paradoxalmente da simultaneidade e do imediatismo, por um lado, e do atemporal, por outro (Castells, 2019, p. 542). Os *posts*, *stories* e *reacts* sugerem a existência de uma interação que tende ao imediato e que se apresenta na sua forma mais exemplar nas *lives*. No caso de algumas figuras digitais, a quantidade de *input* informacional é tão grande e constante que isso nos dá a impressão de estarmos vivendo a vida com eles.

Entretanto, também percebemos ser possível o acesso a uma série de interações do passado. Rolando o *feed* de determinado perfil, somos levados ao passado da vida de uma pessoa virtual. E essa possibilidade de "andarmos" à vontade no tempo torna essas interações atemporais.[15]

Uma vez definido "o que" iríamos observar, passamos a tratar do "como". A observação concreta foi guiada pela seguinte pergunta: qual a imagem projetada pelos concurseiros nas representações de Instagram? Depois da observação individual das interações nos perfis selecionados, o nosso trabalho interpretativo consistiu na busca pela identificação de alguma coisa, ou, melhor, de algum "valor" compartilhado por pessoas tão diferentes que representavam um mesmo papel social no mundo virtual, o de concurseiro.

3. Primeiro traço de identidade: uma pessoa trabalhadora

Por se tratar de grupo de observação composto de perfis muito diversos, acreditávamos inicialmente que seria difícil a identificação de valores compartilhados por todos – ou ao menos por uma maioria clara – dos indivíduos em representação no espaço de interação virtual do Instagram. No entanto, o primeiro traço de personalidade de grupo se materializou de maneira clara desde as primeiras observações. Percebemos que nos mais diferentes perfis de concurseiros estava-se a encenar representações de um papel "trabalhador".

O concurseiro apresenta-se socialmente como um incansável e obstinado trabalhador. Acorda cedo (às vezes, dorme tarde), trabalha nos fins de semana, não "pula" carnaval. Relaxa com moderação e equilíbrio. A vida é suada. O concurseiro mostra-se socialmente como uma espécie de *workaholic* que renuncia aos momentos com a família e de lazer para

se invalida a proposta de análise desta pesquisa na medida em que essas pessoas de Instagram efetivamente "existem" nesse mundo virtual.

15 Um dos perfis, inclusive, esteve sem interação "ao vivo" durante o período da pesquisa, estava sem atualizações. Isso não impossibilitou a visualização das interações que permaneciam lá, registradas e "vivas" no mundo virtual.

conquistar um objetivo de vida. Nas interações analisadas no Instagram, são incontáveis as representações cuja direção dramatúrgica se desenvolve nesse sentido.[16] Esse é um traço de identidade marcante.

Por se tratar de pesquisa sobre representações no espaço virtual, ou seja, uma pesquisa que considera o mundo virtual "nos seus próprios termos" (Boellstorff, 2015, p. 4), não nos pareceu fazer sentido a preocupação com a identificação da atividade do concurseiro como uma atividade "realmente profissional", isto é, como uma ocupação com a qual alguém garante a sua subsistência (Freidson, 2009, p. 23).[17] Nesta pesquisa, consideramos que a profissão de alguém era aquela desempenhada na representação virtual, ou seja, não fizemos distinções a partir da "divisão moral do trabalho" (Gonçalves, 2008).

Em termos iconográficos, nada representa melhor esse traço de personalidade da pessoa trabalhadora – a valorização do trabalho "duro", "incansável", "focado" – do que as incontáveis imagens de bebidas estimulantes, o café em destaque.

O trabalho do concurseiro estudante é estudar. São muitas H.B.C. ("horas bunda + cadeira") fazendo "ciclos", "sistematizações", "revisões", "questões", "lei seca", "mapa mental", etc. Nesse subgrupo (concurseiro estudante), a iconografia do trabalho é complementada com as imagens dos *notebooks*, itens de papelaria e estação de trabalho. Esse conjunto de imagens constitui uma espécie de iconografia básica do concurseiro digital.

No grupo de influenciadores concurseiros, muitos já são profissionais do Direito aprovados em concurso. A aprovação em concurso é item valorizado nesse universo, capitalizável em termos culturais e econômicos dentro do próprio grupo. O bom conceito da profissão jurídica concursada é perceptível já na análise dos elementos de fachada (*Bio*). No grupo de análise, encontramos autoapresentações do tipo: "Procurador Federal"; "Defensor"; "Aprovado para Promotor de Justiça"; "Defensor Público do Pará. Aprovado Delegado CE PB"; "1º lugar (MPMG e MPGO)"; "Aprovado delegado PF, ES e SC"; "Defensora Pública Federal"; "Procurador da Fazenda Nacional"; "Delegada de Polícia"; "Delegado de Polícia"; "Defensora Pública na terra da luz"; "Membro da DPU"; "Servidor público/Tribunal de Justiça"; "Assistente Técnico Administrativo"; "Defensor Público Federal"; "Juíza"; "Aprovada em

16 Nessa representação, muitas vezes, o ator joga com a força dramática de se apresentar como alguém que tem como lado "negativo" a "exagerada" tendência de fazer uma "coisa boa" (em uma encenação dramatúrgica que lembra em sentido o caso anedótico do candidato a uma vaga de trabalho que apresenta como "defeito" o "perfeccionismo").

17 Neste artigo, não realizamos análises de tipo psicológico. Na literatura nacional, no entanto, há pesquisa que indica a existência de uma psicodinâmica do "não trabalho". De acordo com esse estudo, o concurseiro cria uma estratégia mental de "escape" de uma realidade social desvantajosa: o desemprego (Anjos; Mendes, 2015, p. 52).

5 concursos, 2 objetivas da magistratura"; "Desembargador Federal"; "Ex-juiz de Direito"; "Agente de Polícia Federal".

Apesar de o título profissional na região de fachada – atestado de concursado – ser elemento importante de distinção, nas interações ocorridas a partir dos perfis analisados, constatamos que a personalidade concurseira esteve quase sempre em destaque,[18] ou seja, apesar de referências ocasionais nos *posts* e *stories* acerca da vida na profissão jurídica "de meta" (como defensores, delegados, juízas, etc.), a tendência de interação na maior parte dos casos sempre foi concurseira. O trabalho representado foi o de concurseiro.

Nas representações concurseiras, os atores não costumam recorrer aos traços acadêmicos típicos, como os diplomas de mestrado e de doutorado. No universo de análise, encontramos apenas dois doutores com indicação expressa da vinculação institucional (Universidade de São Paulo [USP] e Universidade do Estado do Rio de Janeiro [UERJ]). No geral, os professores de cursinho buscam uma identidade própria longe da identidade acadêmica, e apresentam-se, por exemplo, como "professor e orientador para concurso público"; "explicador/professor"; "mentor delta e carreira policial"; "orador motivacional"; "mentora de provas orais"; "*coach*"; "treinador"; "mentor: 10 anos"; "palestrante"; "autor *best-seller*"; "especialista em aprendizagem acelerada"; "ENSINO o que SEI: passei com 24 na PGFN e aos 19 no TJPE".

O traço de personalidade trabalhadora, característico de uma pessoa que "sente a profissão como um dever", é um elemento importante de materialização do espírito capitalista (Weber, 2004, p. 47). Na sua roupagem tradicional, como comportamento sóbrio, esse traço de personalidade constitui uma forma de expressão da ideologia liberal no seu momento de nascimento.

Nas representações acontecidas no universo dos concurseiros brasileiros, entretanto, a racionalidade sóbria – que se poderia esperar do burocrata estatal que internaliza o papel de agente de Estado – cede lugar a uma característica pessoal de tendência emocional. Em muitos momentos, as cenas são comparáveis àquelas vistas nas terapias de grupo. O concurseiro – *influencer* – aparece nesses casos como um agente terapêutico que fala uma linguagem de autoajuda e sugere técnicas de "autocontrole desenvolvidas para que o indivíduo supere problemas advindos de todas as esferas – profissional, familiar ou econômica" (Leite, 2019, p. 920).

"Foco na missão, desistir não é opção!"; "Eu quero, eu posso, eu consigo"; "Minha missão é lembrar que você pode!"; "Melhoramos a sua vida!"; "Cedo pra parar, tarde pra desistir"; "A fé na vitória tem que ser inabalável" são *slogans* de fachada que indicam a disposição para

18 Em boa parte dos perfis analisados, o alto nível de interação e de exposição das mais diversas "faces" da vida cotidiana indicava a provável inexistência – ou pouca importância na expressividade da identidade "global" dos atores – de perfis "pessoais" ao lado dos perfis concurseiros (que assim seriam considerados "profissionais").

esse *habitus*.[19] Nesse sentido, nada é mais exemplar desse perfil de autoajuda do que as conversas dos influenciadores com a sua plateia por meio das "caixas de perguntas". Nesses momentos, são frequentes as buscas de conselhos sobre os mais diversos aspectos da vida, a vida amorosa, financeira, familiar, angústias pessoais, etc.[20]

O concurseiro, na verdade, pareceu-nos claramente materializar a cultura capitalista na sua roupagem atual do agente empreendedor. A nossa observação reforça, portanto, a tese interpretativa de outras pesquisas empíricas que identificam nesse mundo dos concurseiros a valorização da cultura "gerencialista" (Rocha, 2019; Pinel; Rêses; 2020, p. 439). Dado o nosso histórico de formações culturais "peculiares" – como indicam os estudos antropológicos de Holanda (1995) e Freyre (2006), entre outros –, pode-se dizer que essa figura do empreendedor concurseiro que vimos materializar-se nas interações de Instagram corresponde a uma espécie de apropriação nacional da cultura "organizacional" *wasp* da classe média anglo-americana (Whyte, 2002, p. 3) e da sua versão mais recente na forma da cultura "disruptiva" do jovem empreendedor californiano (Castells, 2019, p. 116).

A própria construção do personagem concurseiro (concursado) de sucesso pode ser entendida como uma materialização desse espírito empreendedor. Nas representações de Instagram, os concurseiros são verdadeiros "empreendedores de si" (Barbosa, 2011). A comunicação digital quase sempre está a serviço de uma estratégia de *marketing* pessoal de um indivíduo-empresa que projeta uma imagem de sucesso, modernidade e juventude.

Nesse sentido, pode-se dizer que o concurseiro de Instagram é um personagem de vida instagramável capaz de sugerir subjetivações integradas à "economia libidinal contemporânea" que se relaciona ao gozo (Thibes; Mancini, 2013, p. 149; 155). Nos perfis, o caráter instagramável – um valor que não pode ser confundido com o ato formal de participar da comunidade do Instagram – materializa-se principalmente por uma preocupação estética com o objetivo de garantir *performance* nas interações (Sanz; Souza; Campelo, 2021, p. 55; 59).

• • •

19 O *habitus* como uma espécie de "jeito de ser" da persona virtual. Para a ideia de *habitus* nesse sentido, a partir de Bourdieu, ver Maia (2018, p. 16-18).

20 O sucesso desse tipo concurseiro de autoajuda (um deles chega a ter mais de 1 milhão de seguidores) não significa que ele é admirado em todas as regiões do campo da interação virtual no Instagram. Em algumas regiões do espaço virtual, há representações cômicas em que aqueles detentores de menor capital simbólico – concurseiros ainda não aprovados, aprovados para cargos "menores" ou aprovados que ascenderam socialmente, mas não incorporaram plenamente o *habitus* do novo grupo – organizam verdadeiras representações cômicas. Nessas interações, se "faz graça" desse tipo. Isso nos interessa na medida em que dá testemunho concreto da própria existência do fenômeno ironizado. A ironia nesse caso nunca se refere à própria ideia de trabalho, é, ao contrário, uma encenação que fortalece a própria ideia da "pessoa trabalhadora". A mensagem "por trás da piada" é que se deve trabalhar "e ponto", sem se recorrer aos eufemismos (em geral de classe média). É o concurseiro "raiz" falando do concurseiro "nutela".

Como já se observou, "no *site* da rede social *Instagram* o sujeito discursivo [...] vai tecendo seu discurso imagético por meio de uma relação estética com a imagem" (Luz, 2015, p. 59). As preocupações estéticas são perceptíveis, por exemplo, na escolha de determinados ângulos de captura de imagem, no "modelo de corpo" que transmite uma imagem que remete ao bem-estar *fitness* (é interessante perceber o número significativo de "corredores" concurseiros, por exemplo) e no vestir "moderno" (no trabalho, ternos e *tailleurs slim fit* e acessórios que atualizam a tradição formalista).

No grupo de análise, essa moral empreendedora foi materializada de maneira significativa e em perfis variados. Por aqueles nascidos na classe média, mas também por aqueles que viveram um processo de ascensão social ou que contam com ela a partir da aprovação no concurso. É possível perceber, por exemplo, o espírito empreendedor no perfil de concursado ainda jovem, de família simples, que desde cedo "lutou" e foi ser policial militar e depois, com esforço, chegou à posição que ocupa hoje, com a graça de Deus, de policial rodoviário federal e de professor de concurso de sucesso com milhares de seguidores.

Mesmo assim, percebe-se que o papel de empreendedor no universo dos concurseiros é interpretado de maneira "natural" por aqueles que já nasceram com esses valores internalizados, ou, melhor, por aqueles cuja moral empreendedora é apresentada ainda na socialização primária no âmbito da família e da escola. Assim, um jovem que vem de uma família de classe média tem maior probabilidade de "nascer" com o *physique du rôle* do empreendedor. Por exemplo, observamos o caso de um jovem defensor, que corre e viaja para a Europa, com a mulher, que se veste com distinção e bebe vinho. Ele tem um irmão, também jovem e branco, muito bem-sucedido, que é procurador, e também tem *pets* e corre, e tem bons amigos com quem sai para jantar. Juntos desenvolveram um método de estudo para concurso; são apaixonados pelo o que fazem.

4. Segundo traço de identidade: uma pessoa "família"

Uma pessoa família é, em um primeiro sentido, aquela que está junto da sua família e que "fala" com frequência sobre ela nos encontros cotidianos da vida social. Nas conversas virtuais analisadas, os "retratos de família" (imagens dos controladores do perfil com seus familiares) constituem elemento iconográfico significativo.

Contudo, por pessoa "família" queremos indicar algo mais amplo do que o sentido literal pode sugerir. Uma pessoa "família" – que é diferente de uma pessoa "de família", expressão utilizada quando se está em jogo geralmente uma distinção de classe – é aquela que materializa no seu comportamento os "valores familiares". Uma pessoa desse tipo não é dada a excessos, tem boas amizades, acorda cedo, pensa positivo, exercita-se, teme a Deus, prefere Netflix às noitadas, é obediente, etc.

Não parece ser sem sentido relacionar esse traço de caráter do concurseiro ideal – que surge das representações – ao traço de "cordialidade" mais amplo da cultura nacional. O espírito

do patrimonialista brasileiro é muito diferente do espírito do agente racional ao modo do que foi analisado por Weber (ver Holanda, 1995, p. 141-151).

Esse traço identitário está muito presente nas interações virtuais dos concurseiros. É percebido nas representações de intimidade entre o concurseiro e seus seguidores (especialmente nas interações via "caixa de perguntas"), na criação e na repetição exaustiva de bordões engraçados ("Nosso foguete não tem ré!"; "Vamos passar o trator!"), no apelo aos valores religiosos, na foto dos amigos comportados à mesa, na adoração dos *pets*, nos passeios nos parques (com uma balada de vez em quando: "Essa cervejinha deveria estar incluída no rol de direitos humanos da CADH hahahahaha"), no exercício "pago" do dia, na postagem sentimental da mensagem para o parente que se foi, na carta de amor para a "pequena", ou seja, em tudo aquilo que constrói a imagem do concurseiro como uma pessoa boa e ordeira.

Uma das maneiras mais claras de visualizar esse tipo família,[21] no entanto, é observar as representações com falas "apolíticas" dos concurseiros (Maia, 2019, p. 215; 213). É evidente que não falar de modo direto sobre política é algo muito diferente de não se expressar politicamente, e podemos afirmar que são raros os casos de perfis completamente opacos no que diz respeito à possibilidade de captar a posição política do controlador. No ambiente virtual, o perfil político de um ator pode ser facilmente inferido a partir da análise de postagens cotidianas, como livros indicados, grupo de amigos, lugares que frequenta, expressões que usa, etc.

O que afirmamos, com base na análise das interações, é que se mostrar como agente apolítico é uma estratégia retórica muito utilizada nas interações sociais dos concurseiros. Nas interações de Instagram, percebemos o uso dessa estratégia principalmente diante das postagens potencialmente problemáticas. A "apoliticidade", nesses casos, está a serviço da representação do concurseiro ordeiro, pessoa que não se mete em confusão[22] ("Não me envolvo em política"; "Minha análise é técnica"; "Jesus é eterno. Ideologias são perecíveis"; "Nunca posto sobre política, mas postarei sobre atitudes").

Mesmo assim, as confusões ocorrem no espaço virtual. Esse tipo de interação tensa (as "tretas" no linguajar nativo) é facilmente percebido nas interações que surgem a partir das

21 Uma distinção que consideramos importante. Não se pode rotular essa figura do concurseiro "família" de "cidadão de bem" de maneira indistinta. Se, provavelmente, nos grupos de interações de região de tendência conservadora (nos grupos "delta", por exemplo) esse rótulo pode ser bem aceito em termos de autodefinição, nos grupos em conversas em regiões mais progressistas (entre os que têm como meta a defensoria pública, por exemplo), o uso dessa expressão tende a ser depreciado (com ironia, por exemplo).

22 É interessante atentar para a possível relação entre isso que identificamos como o caráter "ordeiro" do concurseiro e a sua relação com a ideologia de "classe média". Para reflexão nesse sentido, ver Chauí (2016, p. 19).

postagens identificadas pelo grupo como políticas. Isso vale tanto para o concurseiro que posta foto com o filho do presidente (conservador) quanto para o que posta comentário favorável sobre uma decisão do STJ que permite o plantio de maconha para uso medicinal.

A "treta" pode ser definida como uma comunicação problemática causada por uma quebra de expectativas. A encenação do ator gera atrito com parte da plateia, pois os seus gestos expressivos são lidos como materializadores de uma ação social incompatível com o papel que representam. Nessas situações, percebe-se claramente um "problema dramatúrgico" (Goffman, 2014, p. 27) na encenação do tipo família, ou seja, é nesse tipo de situação que esse traço de personalidade é colocado à prova.

Nos casos analisados, um grupo irritado da plateia, ao entender que o ator se comportou de maneira incompatível com o seu papel de concurseiro, passa a exercer uma pressão para que o ator volte ao seu estado de representação "normal". A existência dessa pressão social, por sua vez, é indicativa da norma social, ou seja, a pressão para se "voltar a uma representação típica" é indicativa da existência do próprio papel representado.

Nesses casos problemáticos de interação, a plateia, em geral muito respeitosa e estimulante, reage com estranhamento ("Conseguiu jogar na lata do lixo toda admiração que tinha por vc. Parabéns!!!"; "Triste e decepcionada, sem mais"; "Decepção com Constitucionalistas que se escondem…."; "O famoso socialista do iPhone e de todos os benefícios que o capitalismo traz…"), e é diante desses problemas que a direção por vezes utiliza instrumentos graves de intervenção, como bloqueios de perfis, respostas diretas aos comentários – o que gera nós discursivos próprios –, imposição de normas para os comentários, etc.

Se, sob o ponto de vista individual-subjetivo, podemos apenas especular sobre os motivos de convicção íntima dessa apresentação social "apolítica" (fuga das "tretas", desinteresse na vida social-virtual, filosofia de vida, socialização antecipatória, etc.), sob o ponto de vista da objetivação concreta da representação, podemos interpretar o comportamento social "apolítico" no mundo do concurseiro como uma estratégia de integração em determinado espaço de interação social (concurseiro).

Na verdade, o que percebemos é que existe em boa parte das representações uma disposição para a adoção de uma retórica da neutralidade ("Fiquem à vontade para, tecnicamente, manifestarem-se"). O uso dessa estratégia retórica é característico da dogmática jurídica, que é o conhecimento especializado do jurista e que ele aprende na sua formação institucional (Bourdieu, 2010, p. 216; Maia, 2018, p. 188, 189). Portanto, é algo muito familiar em um grupo de juristas efetivos ou em potencial.

Depois do tensionamento da "treta", segue-se em geral uma recomposição de cena e uma tentativa de distensionar, que consiste no retorno ao papel neutro do concurseiro família. Em geral, a própria plateia contribui significativamente para o restabelecimento da normalidade cênica, principalmente quando há um grande número de seguidores fiéis que "ganham" o debate pela quantidade muito superior de participação na interação. O ator entende as deixas

("Eu converso com todo mundo") e tenta retomar a representação ("Fica com Deus, amigo!"; "Desabafei … vamos trabalhar e estudar").

Conclusão: ruptura ou continuidade entre os mundos do concurseiro e do jurista profissional?

No universo das interações investigadas, as representações concurseiras foram muito diferentes entre si. Todavia, percebemos uma disposição de grupo constante para a representação de um tipo trabalhador e ordeiro, avesso ao conflito aberto e materializador dos valores familiares. Rotulamos esses traços de identidade como os de uma pessoa "trabalhadora" e "família".

Não foi objetivo deste artigo afirmar que essas pessoas de carne e osso – os controladores do perfil – internalizam esses valores que encontramos materializados nas suas representações. Na verdade, em termos mais precisos e fiéis ao referencial teórico usado, podemos afirmar que essa foi uma "não" questão nesta pesquisa. O que podemos afirmar é que essas pessoas que observamos "se mostram" assim nos encontros cotidianos da vida virtual.

O campo jurídico profissional brasileiro é, desde o seu surgimento, um ambiente de trabalho tradicional em que vigora uma cultura liberal-conservadora (Castro, 2018). Entre os juízes, por exemplo, há ainda hoje uma valorização do "uso da linguagem formal" e da "vestimenta adequada", e quase 60% dos juízes mais jovens – de primeira instância – e 75% dos mais velhos – de segunda – consideram que a exposição de tatuagens afeta o "formalismo da audiência" (Vianna; Carvalho; Burgos, 2018, p. 26).

Essa tradição, no entanto, é um tanto modernizada atualmente. Uma das maneiras mais evidentes de perceber esse processo de modernização da tradição é atentar justamente para a cultura empreendedora dentro do campo jurídico profissional. Nos ambientes de trabalho do campo jurídico profissional há projeções do trabalho "eficiente" – um modelo de expressão gerencial –, e hoje em dia os juristas de Estado trabalham para bater metas e atuam com "foco no cliente" (Fontainha, 2007, p. 73).

Assim, essa representação que identificamos do concurseiro empreendedor e "família" se adequa a esse papel modernizado do tradicional trabalhador do Direito no Brasil. A imagem projetada nas representações cotidianas dos concurseiros no Instagram assemelha-se à do "quase" jurista profissional, ou seja, trata-se da imagem de alguém que busca mostrar nas suas interações os valores de integração com as pessoas em atuação no mundo jurídico que se pretende integrar.

Podemos apenas conjecturar acerca de existência dessa socialização antecipatória em que os concurseiros pensem ser alguma "vantagem" a representação desse papel ainda no próprio processo de seleção (nas representações perante a banca de concurso, por exemplo). Porém, o que podemos afirmar com clareza é que existe uma distância significativa entre os valores em circulação no grupo concurseiro e os valores oficiais do campo jurídico

profissional. Assim, percebemos facilmente que a figura racional, sóbria, discreta, prudente, etc. que se infere a partir da análise sistemática dos códigos de ética em vigor no campo jurídico (Maia, 2021, p. 129-142) está distante do que vemos representado no mundo dos concurseiros no Instagram.

Nesse caso, o que o olhar sociologicamente orientado nos indica é que a existência dessa grande diferença entre os valores "profissionais" e os valores "concurseiros" pode gerar obstáculos significativos no exercício concreto das atividades institucionais de formação de pessoal e controle da "moral oficial" dentro do campo jurídico profissional. Isso porque o processo de imposição institucional de uma "moral estranha" ao sujeito é sempre mais difícil do que o controle de uma "moral familiar" internalizada nos processos de socialização prévios ao ingresso no serviço público.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Felipe Burle dos; MENDES, Ana Magnólia. A psicodinâmica do não trabalho. Estudo de caso com concurseiros. *Revista Laborativa*, [*s. l.*], v. 4, n. 1, p. 35-55, abr. 2015. Disponível em: https://ojs.unesp.br/index.php/rlaborativa/article/view/1074. Acesso em: 12 fev. 2024.

ARAÚJO, Henny Nayane Tavares de. *A construção do Ethos concurseiro*: mérito e experiência moral na competição por cargos públicos. 2016. 113 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

BARBOSA, Attila Magno e Silva. O empreendedor de si mesmo e a flexibilização no mundo do trabalho. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 38, p. 121-140, fev. 2011.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*: tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 1997.

BOELLSTORFF, Tom. *Coming of Age in Second Life*: An Anthropologist Explores the Virtually Human. Princeton: University Press, 2015.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *A produção da crença*: contribuição para uma economia dos bens simbólicos. Porto Alegre: Zouk, 2008.

CALMON, Eliana. O perfil do juiz brasileiro. *Themis*: Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, v. 4, n. 1, p. 363-375, 2006. Disponível em: https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/276/265. Acesso em: 16 nov. 2023.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CASTRO, Felipe Araújo. *Genealogia histórica do campo jurídico brasileiro*: liberalismo- conservador, autoritarismo e reprodução aristocrática. 2018. 435 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2018.

CHAUÍ, Marilena. A nova classe trabalhadora brasileira e a ascensão do conservadorismo. *In*: SINGER, André *et al*. *Por que gritamos Golpe?* Para entender o *impeachment* e a crise política no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 16-22.

ESTALELLA, Adolfo; ARDÈVOL, Elisenda. Ética de campo: hacia una ética situada para la investigación etnográfica de internet. *Forum: Qualitative Social Research*, [*s. l.*], v. 8, n. 3, art. 2, p. 1-25, set. 2007.

FEITOSA, Gustavo Pereira; PASSOS, Daniela Veloso. O concurso público e as novas competências para o exercício da magistratura: uma análise do atual modelo de seleção. *Seqüência*, Florianópolis, n. 76, p. 131-154, ago. 2017.

FONTAINHA, Fernando de Castro. O perfil do aluno da EMERJ: um estudo sobre "concursandos". *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 7-31, out./dez. 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro. Informatização da vida e dos tribunais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3 n. 1, p. 57-74, jan./jun. 2007.

FONTAINHA, Fernando *et al*. *Processos seletivos para a contratação de servidores públicos*: Brasil, o país dos concursos? Rio de Janeiro: FGV, 2014.

FREIDSON, Eliot. *Profissão médica*: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado. São Paulo: Unesp, 2009.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. São Paulo: Global, 2006.

GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOFFMAN, Erving. The Interaction Order: American Sociological Association, 1982 Presidential Address. *American Sociological Review*, [*s. l.*], v. 48, n. 1, p. 1-17, fev. 1983.

GONÇALVES, Carlos Manuel. Análise sociológica das profissões: principais eixos de desenvolvimento. *Sociologia: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Universidade do Porto, Porto, Portugal, v. XVII-XVIII, p. 177-223, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KOZINETS, Robert V. *Netnography*: Redefined. Londres: Sage, 2015.

LEITE, Elaine da Silveira. Por uma sociologia da autoajuda: o esboço de sua legitimação na sociedade contemporânea. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 917-932, jul./set. 2019.

LOIOLA, Daniel Felipe Emergente. *Recomendado para você*: o impacto do algoritmo do YouTube na formação de bolhas. 2018. 165 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

LUZ, Andréa Francisca da. *O* instagramer *e seu discurso multissemiótico na rede social* Instagram. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Linguagem) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2015.

MACHADO, Mônica. Daniel Miller: "A antropologia digital é o melhor caminho para entender a sociedade moderna". Entrevista. *Revista Z cultural*, ano X.01, 2015.

MAIA, Bóris. *Sujeitos de Estado*: aprendizado e tradição de conhecimento na preparação para concursos públicos da burocracia fiscal. 2019. 250 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. *Ética no campo jurídico profissional*: normas e conflitos no mundo do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. *Humanismo, existencialismo e fenomenologia no campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MALTA, Deborah Carvalho *et al*. A pandemia da covid-19 e as mudanças no estilo de vida dos brasileiros adultos: um estudo transversal. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, v. 29, n. 4, p. 1-13, 2020.

MARX, Gary T. Role Models and Role Distance: A Remembrance of Erving Goffman. *Theory and Society*, [*s. l.*], v. 13, n. 5, p. 649-662, 1984.

MILLER, Daniel. Como conduzir uma etnografia durante o isolamento social. *Blog CSociais Online*, 2021. [publicado em 9 de junho de 2020]. Disponível em: https://wordpress.com/post/csociais.wordpress.com/2567. Acesso em: 15 dez. 2023.

NOBRE, Juliana Nogueira Pontes *et al*. Fatores determinantes no tempo de tela de crianças na primeira infância. *Ciência & Saúde Coletiva*, [*s. l.*], v. 26, n. 3, p. 1127-1136, 2021.

NUNES, Ana Cecília Bisso. A representação da vida mediada por telas: a cultura da convergência através do episódio Connection Lost de Modern Family. *Mediação*, Belo Horizonte, v. 18, n. 23, jul./dez. 2016.

PASSOS, Daniela Veloso Souza. *Concurso público para a magistratura*: repensando o modelo de seleção e o papel dos juízes na democracia brasileira. 2018. 279f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, 2018. Disponível em: https://uol.unifor.br/auth-sophia/exibicao/21038. Acesso em: 12 fev. 2024.

PINEL, Walace Roza; RÊSES, Erlando da Silva. Serviço público e a capital dos concursos: uma análise crítica da categoria concurseiro no Distrito Federal. *Revista Humanidades e Inovação*, Palmas, v. 7, n. 7, p. 432-440, 2020. Disponível em: https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/2541. Acesso em: 11 maio 2020.

ROCHA, Bianca Gomes Lima da. *Entre o sofrimento e o (in)cansável movimento*: as tensões vivenciadas por concursados-concurseiros à luz da contemporaneidade e da gestão gerencialista. 2019. 199 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

SANZ, Cláudia Linhares; SOUZA, Fabiane de; CAMPELO, Luanda. Vida instagramável: habitando tempos e espaços do mundo-empresa. *Revista Latinoamericana de Ciencias de la Comunicación*, [*s. l.*], v. 20, n. 37, p. 52-63, 2021.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*. Petrópolis: Vozes, 2014.

SMITH, Peter K. *et al*. Cyberbullying: Its Nature and Impact in Secondary School Pupils. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, [*s. l.*], v. 49, n. 4, p. 376-385, 2008.

THIBES, Mariana Zanata; MANCINI, Pedro Felipe de Andrade. A representação do eu na sociabilidade virtual: a economia libidinal da amizade. *Ide*, São Paulo, v. 35, n. 55, p. 149-163, jan. 2013.

VAAST, Emmanuelle. The Presentation of Self in a Virtual but Work-related Environment. *In*: CROWSTON, Kevin; SIEBER, Sandra; WYNN, Eleanor (eds.). *Virtuality and Virtualization*. Boston: Springer; IFIP – International Federation for Information Processing, 2007. v. 236. p. 183-199.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: AMB, 2018.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WHYTE, William H. *The Organization Man*. Pensilvânia: University of Pennsylvania Press, 2002.

Mário S. F. Maia

Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Filosofia do Direito na graduação e na pós-graduação da Universidade Federal do Semi-Árido (Ufersa). Pesquisador do observatório de práticas sociojurídicas da Ufersa. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Sociologia do Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

mario.maia@ufersa.edu.br

Lucas G. D. Neris

Bolsista de Iniciação Científica da Universidade Federal do Semi-Árido (Ufersa). Pesquisador do observatório de práticas sociojurídicas da Ufersa.

lucas.neris@alunos.ufersa.edu.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 17.08.2021
Aprovado: 22.05.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202403

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Escola Superior da Magistratura Tocantinense, Palmas, Tocantins, Brasil

2 Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

3 Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-6382-925X

4 Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

5 Escola Superior da Magistratura Tocantinense, Palmas, Tocantins, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-9383-2858

Execução das penas alternativas: análise gerencial e criminológica

EXECUTION OF ALTERNATIVE PENALTIES: MANAGEMENT AND CRIMINOLOGICAL ANALYSIS

EJECUCIÓN DE PENAS ALTERNATIVAS: ANÁLISIS GERENCIAL Y CRIMINOLÓGICO

Ricardo Gagliardi[1-3] e *Patrícia Medina*[4,5]

Resumo
Este artigo analisa a execução das penas alternativas, sob os enfoques gerencial e criminológico, a partir dos critérios da eficiência e da eficácia. Para tanto, baseamo-nos em pesquisa documental de processos judiciais baixados entre os anos de 2015 e 2016 e que abrangiam as unidades judiciárias do estado do Tocantins, bem como em revisões sistemáticas de literatura e de jurisprudência. A análise crítica dos dados segue pressupostos teóricos dos modelos da administração pública gerencial e da criminologia de terceira geração das inter-relações sociais, especialmente a teorização da criminologia clínica de inclusão social. Ao final, podem-se extrair evidências concretas acerca da ineficiência e da ineficácia gerencial e criminológica da execução das penas alternativas. Isso coloca em crise o modelo de responsabilização em meio aberto, diante de seus métodos e instrumentos vigentes, pelo fato de não serem capazes de romper com a atual racionalidade punitiva.

Palavras-chave
Penas alternativas; execução penal; eficiência; eficácia; inclusão social.

Abstract
This paper analyzes the execution of alternative sentences, under managerial and criminological approaches, based on the criteria of efficiency and efficacy. To do so, we had as a basis documentary research of lawsuits filed between 2015 and 2016 that covered the judicial units of the State of Tocantins, Brazil, as well as systematic reviews of literature and jurisprudence. The critical analysis of the data follows theorical assumptions of models of managerial public administration and third generation criminology of social interrelations, especially the theorization of clinical criminology of social inclusion. In the end, it is possible to extract concrete evidence about the managerial and criminological inefficiency and inefficacy of the execution of alternative sentences. This puts the open-ended criminal accountability model in crisis, due to the use of methods and instruments that are not able to break with the current punitive rationality.

Keywords
Alternative penalties; penal execution; efficiency; efficacy; social inclusion.

Resumen
Este artículo analiza la ejecución de las penas alternativas desde una perspectiva gerencial y criminológica, a partir de criterios de eficiencia y eficacia. Para esto, nos basamos en una investigación documental de procesos judiciales descargados entre 2015 y 2016 que abarcaran las unidades judiciales del estado de Tocantins, Brasil, así como en revisiones sistemáticas de literatura y jurisprudencia. El análisis crítico de los dados sigue supuestos teóricos de los modelos de administración pública gerencial y de la criminología de tercera generación de las interrelaciones sociales, especialmente la teorización de la criminología clínica de la inclusión social. Al final, se pueden extraer pruebas concretas de la ineficiencia

y de la ineficacia gerencial y criminológica de la ejecución de penas alternativas. Esto pone en crisis el modelo de responsabilidad penal en medio abierto, dados sus métodos e instrumentos actuales, porque son incapaces de romper con la racionalidad punitiva vigente.

Palabras clave
Penas alternativas; ejecución penal; eficiencia; eficacia; inclusión social.

Contribuição de autoria

Ricardo Gagliardi
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; project administration; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Patrícia Medina
Formal analysis; methodology; project administration; resources; supervision; validation; visualization.

• • •

Como citar este artigo
GAGLIARDI, Ricardo; MEDINA, Patrícia. Execução das penas alternativas: análise gerencial e criminológica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2403, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202403

• • •

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.GF0KS2.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY)*, que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

Este artigo volta-se ao tema das penas alternativas, delimitando-se ao que ocorre nos meandros do processo de execução no Brasil. Estudos nacionais advindos de teóricos críticos do direito penal têm asseverado como pressuposto que as penas alternativas são mais propensas ao efeito integrador ou ressocializador ou menos excludentes do que as penas encarceradoras (Bitencourt, 2018; Reale Júnior, 2013; Sica, 2002). Esse pressuposto transformou-se em percepção de vários profissionais que atuam na área, compreendendo-as como mais "humanitárias", "educativas" e "ressocializadoras" (Ilanud, 2006; Junqueira, 2018, p. 132).

Em contrapartida, há uma consciência ou percepção política aparentemente majoritária de juízes, promotores de justiça, políticos, membros da imprensa e pessoas leigas de que a prisão é uma forma eficaz de pena e de que a substituição às penas alternativas seria sinônimo de impunidade (Ipea, 2015, p. 86-87, 91). A acanhada iniciativa de criação e desenvolvimento de meios de efetivação das penas alternativas, pela falta de estruturação para a execução, desde seu nascedouro, comprometeu a formação de uma cultura favorável entre os operadores do Direito e os membros da sociedade, e gerou um efeito adverso, de cunho desmoralizador à conformação de um Estado de Direito (Gomes, 2008, p. 95; Mirabete; Fabbrini, 2011, p. 258).

Bitencourt (2018) alertou que a aplicação e a execução das penas alternativas de forma inadequada – pela não aplicação ou por sua aplicação banal – dariam ensejo à impunidade e ao possível e consequente aumento da criminalidade, ainda que por meio do discurso. Por sua vez, como um círculo vicioso, o caminho estaria aberto para o desenvolvimento de novas exasperações penais e o recrudescimento da política criminal do terror, o que significaria mais encarceramento (Bitencourt, 2018, p. 698-699).

Portanto, há um paradoxo entre o que a pena alternativa deveria gerar de positivo e o que ela poderia conceber de modo inverso, tendo em vista a sua suposta fragilidade ou má aplicação. Além disso, não se conhece ao certo se as penas alternativas aplicadas gerariam de fato o efeito integrador ou ressocializador almejado como pressuposto.[2]

O estado da arte tem indicado problemas no cumprimento das penas alternativas, como a demanda acumulada de processos judiciais, a falta de parcerias com instituições na execução das penas e fiscalização delas, a dificuldade de acompanhamento pelos cartórios criminais responsáveis, a ausência de um órgão responsável do Poder Executivo ou de apoio ao Poder Judiciário e a ausência de controle e acompanhamento de indicadores (Ipea, 2015,

1 Os autores homenageiam o notável mestre, professor doutor Alvino Augusto de Sá (*in memoriam*).

2 Aliás, essa é uma das críticas principais sobre os fins das penas criminais, inclusive, da própria perspectiva criminológica adotada em estudo (Sá, 2015). Como um castigo poderia retirar alguém da pobreza e fornecer-lhe conhecimentos e habilidades suficientes para a sua autonomia? (Sá, 2015.)

p. 86-87; Oliveira *et al.*, 2002, p. 54; Reale Júnior, 2013, p. 374-375; Santos, 2014, p. 507; Sica, 2002, p. 187). Há evidências da existência de "ilhas" em algumas localidades que demonstram melhor funcionamento do microssistema de penas alternativas, geralmente, por meio de programas que funcionam em capitais ou em parte delas ou em municípios de maior porte (Bitencourt, 2018, p. 699; Duarte, 2021, p. 46-54).

Os ideais que defendem o abolicionismo penal em sua forma mínima (Christie, 2011), em contexto assemelhado ao proposto pelos teóricos e entusiastas do direito penal mínimo (Roxin, 2008; Zaffaroni, 1991), admitem a intervenção penal e a ação repressiva estatal nas situações inevitáveis, sendo o encarceramento o último recurso, como punição mais rigorosa. No entanto, estudos demonstram que o cárcere ainda permanece como símbolo do sistema penal (Bauman, 2012; Mathiesen, 2003; Shecaira, 2013) e, ao mesmo tempo, como seu âmago, perante sua linguagem, em contraste aos próprios objetivos e aos seus efeitos negativos (Baratta, 2011; Mathiesen, 2003; McCorkle; Korn, 1954; Zaffaroni, 1991), exacerbados no Brasil (Ipea, 2015, p. 111). Essas evidências corroboram que aparentemente o sistema penal tende a seguir, ainda que em parte, as linhas do movimento da lei e da ordem (Dahrendorf, 1987).

Dessa feita, a pesquisa permitiu explorar esses dois fenômenos circunscritos na justiça aplicada, que envolvem o processo gerencial e ao mesmo tempo o processo criminológico. A base teórica da primeira concepção baseou-se nos argumentos da teoria administrativa que trata da gestão pública estratégica (Bresser-Pereira, 2000; Carvalho, 1995, p. 71-72; Drucker, 1980, p. 202-206) e nos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade (Basto *et al.*, 1993, p. 143-145; Castro, 2006, p. 5; Cepal, 1998, p. 18; Chiavenato, 2014, p. 86-87, 235-236). A segunda base teórica buscou acompanhar os parâmetros alicerçados nas perspectivas criminológicas da inter-relação social (Pires; Digneffe, 1992, p. 37-43) que fundou o modelo criminológico de inclusão social (Sá, 2015).

Na perspectiva gerencial da administração judiciária aplicada, no tocante ao critério da eficiência, as variáveis tratadas referem-se à estrutura do serviço (pessoal e material) e aos fluxos e às rotinas (procedimento). Analisa-se se o serviço funciona bem, de forma razoável, esperada e padronizada (qualidade dos serviços). O critério da eficácia gerencial do microssistema relaciona-se à ausência de prescrição e ao efetivo cumprimento da pena (art. 1º da Lei n. 7.210/1984) (Brasil, 1984).[3]

No modelo de terceira geração da perspectiva criminológica de inclusão social, apoiada em bases garantistas (Ferrajoli, 2010), o menor índice de encarceramento poderia ser um indicativo de melhores resultados das políticas públicas sociais e econômicas adotadas em

3 Excetuam-se da computação a circunstância da morte, a baixa do processo por possuir outras execuções e a remessa da execução para outra comarca.

um país.[4] O encarceramento seria algo problemático por causa das seletividades dos sistemas, em especial das pessoas excluídas socialmente, por seus efeitos negativos, aumentados no Brasil diante da estrutura prisional disfuncional. No entanto, não bastaria haver um microssistema legislado de penas alternativas que funcionasse bem e substituísse as penas de prisão. Seria necessário que pelo menos parte das penas alternativas tivesse o condão de propiciar a inclusão social das pessoas em situação de vulnerabilidade social (Sá, 2015).

Nesse contexto, o critério da eficácia criminológica relaciona-se a propiciar o menor índice de encarceramento e a proporcionar, ao menos, o direcionamento à integração social (art. 1º da Lei n. 7.210/1984) (Brasil, 1984), avaliada pelo maior índice de medidas de inclusão social efetivadas.

Extrai-se assim a importância analítica dos pressupostos teóricos da pesquisa, fincados no melhor funcionamento gerencial do sistema penal – voltado para a administração pública por objetivos, com o uso de métodos de análises e reajustes contínuos, particularmente ao ambiente da efetividade ou da eficácia contínua. A esse pressuposto teórico agrega-se a perspectiva criminológica que integra os paradigmas da passagem do ato (identificação etiológica de um fato real e concreto como busca de compreensão da dinâmica do ato dentro de seu contexto complexo)[5] e da reação social (crime como resultado de uma definição legal) para formar um novo paradigma.[6] Partindo dessa premissa, alinha-se uma relação de maior proximidade entre as bases teóricas gerenciais e criminológicas, sendo uma interdependente da outra.

São fatores a serem considerados postulados na visão criminológica tratada: 1) análise abrangente do comportamento considerado socialmente problemático; 2) conceito do ator situado de escuta compreensiva e de protagonismo do apenado, em um diálogo construtivo; 3) análise das condições de exclusão social, de inclusão perversa e graus de vulnerabilidade e as medidas de direcionamento à inclusão social; 4) garantia de entrada em processo

4 A teoria criminológica da inclusão social reconhece a pena encarceradora como prejudicial, pois agrava o conflito, sendo desfavorável ao objetivo de contribuir para a redução do grau de vulnerabilidade. Além disso, como sugere Christie (2011) quando da análise dos altos índices prisionais dos Estados Unidos da América em comparação aos baixos índices do Canadá, não se poderia utilizar o sistema penal como substituto do sistema de seguridade social.

5 A análise por essa perspectiva diverge da compreensão etiológica com abordagem positivista, embora o próprio autor reconheça que há confusão de entendimentos entre os estudiosos (Sá, 2015, p. 266-267).

6 No geral, esses paradigmas são concebidos em sentidos opostos, seriam paradoxos intransponíveis. No entanto, o paradigma pressuposto neste artigo compreende que há ruptura entre eles, mas não há exclusão (Sá, 2015, p. 279-282), pois ambos "podem ser compreendidos como parte de um mesmo todo, de um mesmo sistema" (Sá, 2015, p. 280).

dinâmico que possa propiciar a inclusão social, com a revalorização da pessoa como portadora de direitos em um Estado Democrático de Direito (Sá, 2015, p. 356-361).

Na linguagem jurídica processual, trata-se da fase do cumprimento da pena alternativa, que compreende o momento posterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Perpassa pela expedição da guia de execução da pena e da instauração do procedimento de execução; pela intimação ou realização de audiência admonitória para fins de ciência ao apenado sobre a pena alternativa imposta e a forma de cumprimento, a fim de dar o seu início; pelas providências de acompanhamento, orientação e fiscalização; por atos incidentais, até a sentença que declara extinta a pena e o seu consequente arquivamento e/ou a sua baixa processual.

Impende ressaltar que o "microssistema das penas alternativas" (Gagliardi; Medina, 2020) no Brasil influencia o processo penal quando é aplicada a pena em até quatro anos, nos casos em que há substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, ou ainda nas hipóteses de progressão de penas privativas de liberdade, que incluem tempo superior de pena em concreto, dentro da solução constitucional encontrada pela Corte Suprema brasileira, ante o estado de inconstitucionalidade detectado (STF, RE n. 641.320 [Brasil, 2016a]), que gerou a edição da Súmula Vinculante 56 (Brasil, 2016b).

1. Metodologia

O objetivo do artigo é analisar a execução das penas alternativas, em seus aspectos gerencial e criminológico, a partir dos critérios da eficiência e da eficácia. Para tanto, abrangeu todas as unidades judiciárias de primeira e segunda entrâncias instaladas no estado do Tocantins, em um total de 28, que, além dos municípios-sede, compreendem o total de 83 municípios de pequeno porte (até 20 mil habitantes).[7]

A fonte de pesquisa documental baseou-se em processos baixados de execuções penais, entre os anos de 2015 e 2016, como critério de corte. Um formulário com 67 variáveis serviu como instrumento que formou o banco de dados, denominado "e-Proc – execuções penais baixadas" (código "EP"). O acesso ao sistema processual eletrônico (e-Proc) foi permitido previamente pela presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO) (processo SEI n. 17.0.000007408-0 TJTO). Além desta, foram utilizadas mais duas fontes: 1) questionário de pesquisa, voltado para a presidência do Tribunal de Justiça do Estado, à Corregedoria-Geral de Justiça (CGJUS) e ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF), com o intuito de obter as respostas institucionais sobre a estrutura de apoio (código "O");

7 Segundo classificação utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (Brasil, 2022), esses tipos de municípios são a maioria no Brasil (3.914 em números absolutos e 70,4% em números relativos).

e 2) ofícios direcionados aos órgãos diretivos de gestão do TJTO, como na área de pessoal (Diretoria de Gestão de Pessoas [Digep]), infraestrutura e obras (Diretoria de Infraestrutura e Obras [DINFR]) e área financeira (Diretoria Financeira [Difin]).

Houve uma coleta prévia de processos com o apoio da Coordenadoria de Gestão Estratégica, Estatística e Projetos (Coges), realizada de forma automatizada. Na sequência, conforme critérios preestabelecidos, a coleta dos dados desenvolveu-se de maneira manual, por meio de planilha formatada pela ferramenta do Microsoft Office Excel 2007. A amostragem final de estudo, depois das exclusões, redundou em 390 processos de execuções penais. A pesquisa ordenou-se a partir das variáveis, baseadas nos códigos "O" e "EP", conforme prévia problematização inserida, seguindo-se os caminhos definidos em cada um dos critérios, eficiência e eficácia, nos contextos das áreas de estrutura do serviço e do fluxo e das rotinas procedimentais (organização do serviço), e do cumprimento das penas alternativas propriamente ditas. Os estudos nessas três áreas compuseram o diagnóstico.

Depois de coletadas, as informações foram codificadas, tabuladas, processadas e analisadas, utilizando-se o programa Microsoft Office Excel e Programa Estatístico "R", com tratamento predominantemente quantitativo. A ordenação dos resultados ocorreu por meio de tabulações simples e cruzadas de até três variáveis para análise comparativa dos dados com as bases paradigmáticas, descritas a seguir. A análise de dados desenrolou-se por meio de descrição estatística. Os resultados compuseram-se em sete gráficos e seis histogramas. Utilizaram-se os conceitos de média aritmética e de desvio-padrão (Triola, 2005) para o cálculo de tempo, correspondentes aos prazos das fases procedimentais. Na primeira análise dos dados, os *outliers* foram excluídos, com o propósito de evitar seus efeitos quando do cálculo das medidas de centralidade (média e mediana) e de dispersão (desvio-padrão).

As bases dogmáticas utilizadas para a análise comparativa entre o ser (resultados de pesquisa) e o dever ser (paradigma) foram as normas legais, especialmente a Constituição, o Código Penal, a Lei de Execução Penal e leis penais extravagantes, a jurisprudência, os instrumentos normativos, os manuais de condutas e as pesquisas produzidas ou encomendados por órgãos governamentais especializados, como Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJ), Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), a partir do ano 2000, além do aporte da revisão bibliográfica que serviu como base teórica.

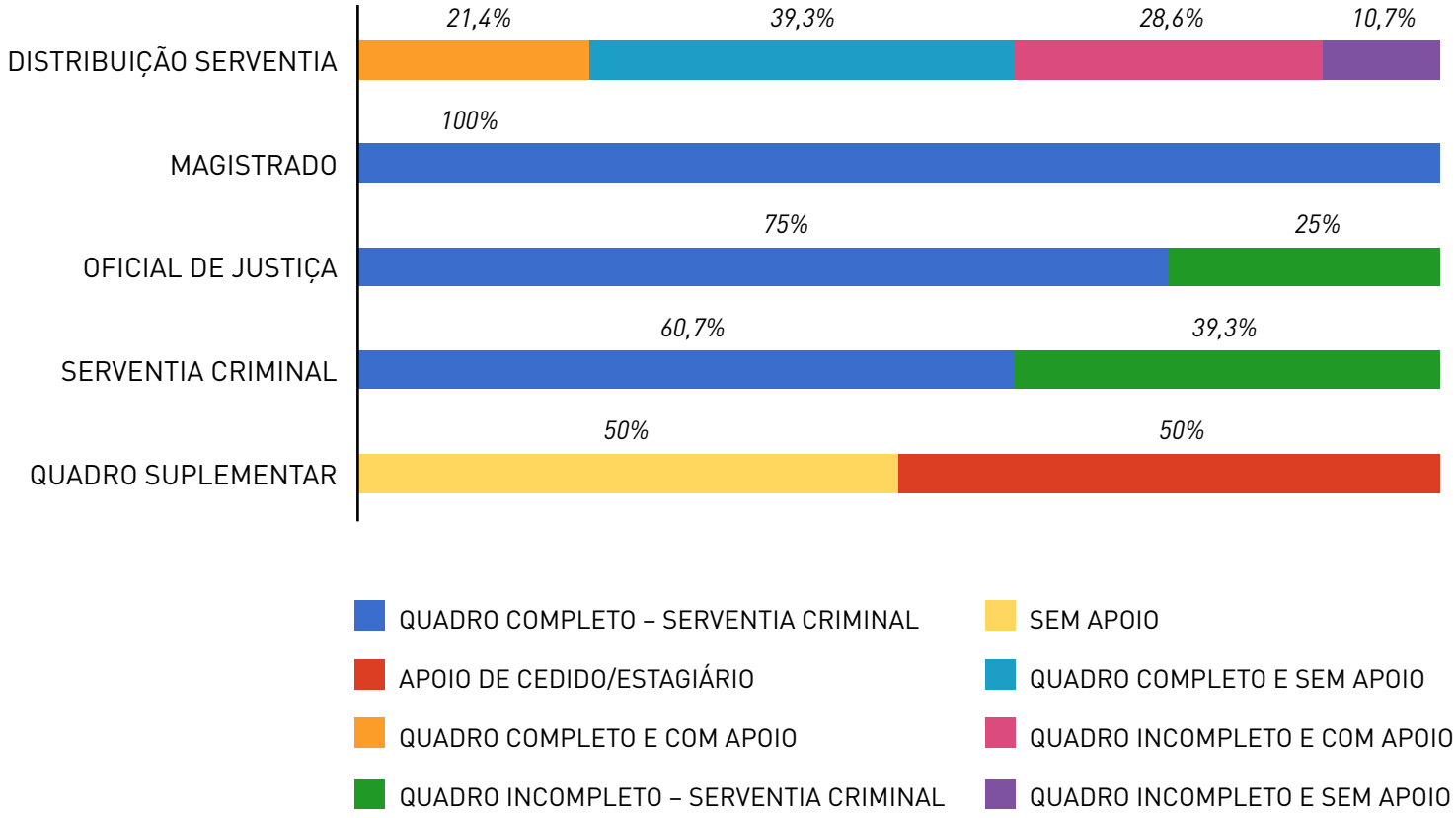
2. Da descrição e análise dos dados

2.1. Estrutura do serviço

As estruturas de pessoal e de material são fundamentais para o funcionamento de qualquer organização. A pesquisa propiciou a análise dessas estruturas do Poder Judiciário do estado do Tocantins e sua relação com os órgãos de apoio e com a rede social. Segundo paradigmas

(Brasil, 2016c; Oliveira *et al.*, 2002), as estruturas e/ou funções que formam o microssistema das penas restritivas abrangem o sistema de justiça, a equipe de apoio e a rede social (Gráficos 1 e 2).

GRÁFICO 1 – **ESTRUTURA DE PESSOAL DAS SERVENTIAS CRIMINAIS DO PODER JUDICIÁRIO**



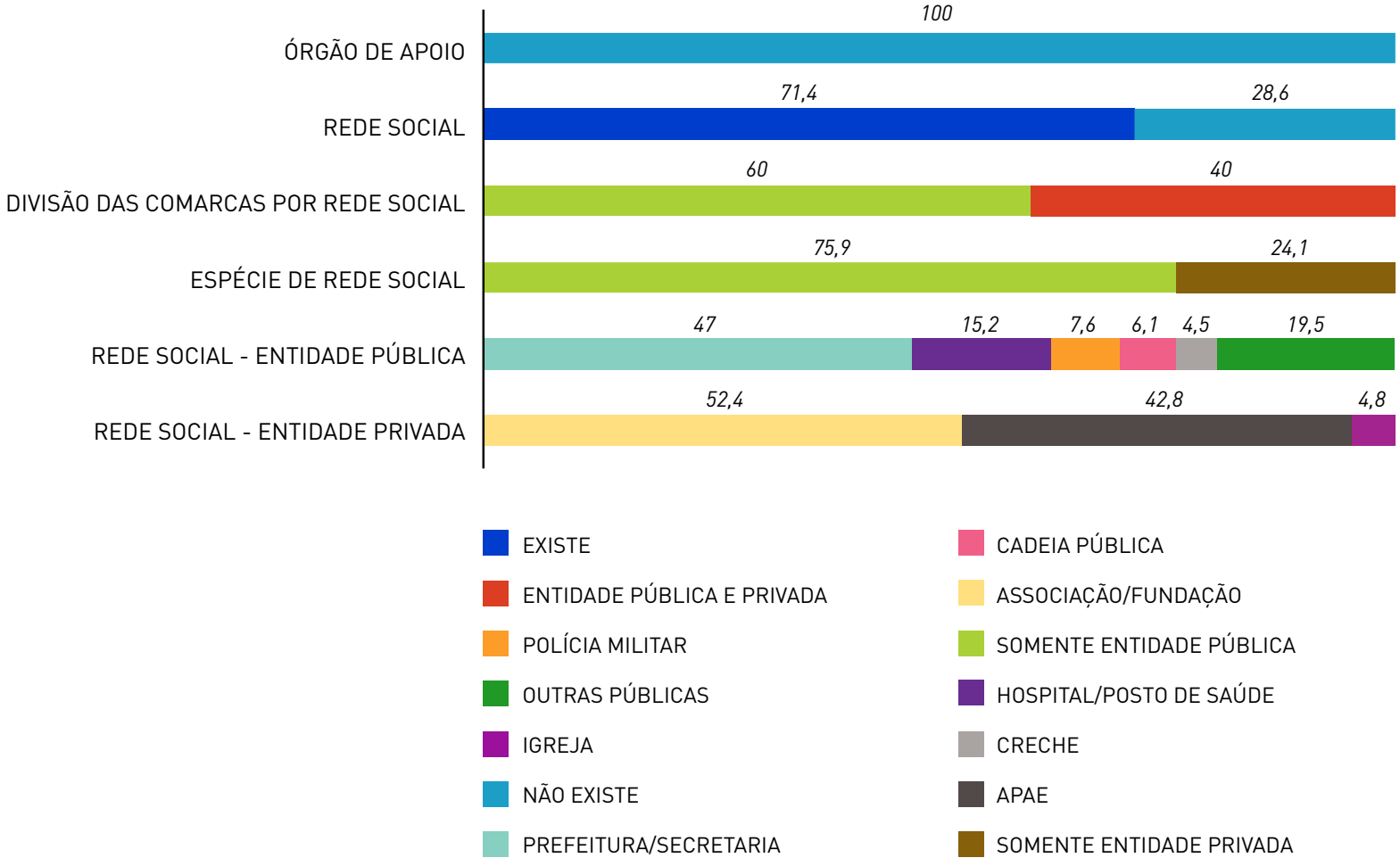
Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos da Digep – TJTO – atualizada em 05/06/2018.

Os resultados do estudo demonstram que o quadro de pessoal,[8] na média dos cargos, incluindo efetivo suplementar, encontra-se 89,3% composto. Isso significa um resultado razoável. O quadro de juízes está completo, o dos oficiais de justiça encontra-se em 75% e o de servidores que atuam na secretaria, dado mais preocupante, em 60,7%. Um quadro de pessoal suplementar, formado por servidores públicos cedidos de outros entes e estagiários,

8 Por força de lei (Lei Complementar Estadual n. 10/1996, e Anexo III), cada comarca deve possuir pelo menos uma serventia criminal, sendo seu efetivo mínimo formado por quatro cargos: um juiz de Direito, um escrivão (chefe de cartório), um técnico judiciário e dois oficiais de justiça.

colabora para o apoio, muitas vezes em substituição ao servidor público efetivo, o que pode gerar maior dificuldade na gestão e problemas na execução dos serviços, tendo em vista a ausência de capacitação técnica necessária. Observa-se que os membros da secretaria da serventia criminal não respondem apenas pelos feitos de execução penal das penas alternativas, mas também pelas demais atividades circunscritas à área da justiça criminal.

GRÁFICO 2 – **ESTRUTURA DO ÓRGÃO DE APOIO E REDE SOCIAL (EM %)**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos da variável O.3 e das secretarias de foro das comarcas, atualizado em fevereiro de 2018.

Nas comarcas, não há estrutura de órgão de apoio adotada como Central de Penas e Medidas Alternativas (Cepema).[9] Dessa forma, as funções descentralizadas a esse órgão devem ser exercidas pela serventia criminal, sob a coordenação direta do juízo da execução penal. O motivo

9 De acordo com os órgãos administrativos superiores investigados (presidência do Tribunal de Justiça e CGJUS) e o órgão regulador (Grupo de Monitoramento e Fiscalização).

pelo qual não há Cepema nas comarcas tratadas, segundo referidos órgãos, seria não existir nenhum pedido que tenha gerado procedimento administrativo referente à sua instalação.

Os referidos órgãos informam que não tramita atualmente nenhum procedimento sobre o tema. Embora estivesse entre as opções de respostas, não se optou pelas seguintes hipóteses: não haver interesse político, não haver viabilidade econômica, não haver viabilidade operacional, não se compatibilizar com o custo-benefício e estar em estudo. As respostas evidenciam um desinteresse político em discutir o tema atinente ao incremento de investimentos na execução das penas alternativas que vai além dos cenários econômicos e de retração dos investimentos públicos. O desinteresse de investimento das autoridades no sistema de execuções penais foi reconhecido em sede de precedente da Suprema Corte, depois de decorridos mais de 30 anos da promulgação da Lei de Execução Penal (STF, RE n. 641.320 [Brasil, 2016a]).

Na maior parte das comarcas de menor porte, há estrutura de rede social (71,4%). Em 60% das comarcas, a rede social é composta apenas de entidades públicas. Em 40% das comarcas, ela é constituída por entidades públicas e privadas de fins sociais. A rede social do microssistema é formada por 87 entidades públicas ou privadas. Destas, 75,9% são públicas. A maior parte das atividades é direcionada ao próprio município e a unidades de saúde, no âmbito público, e a associações, incluindo a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae), no âmbito privado.

Da rede social, não se demonstrou haver entidades em número relevante que de alguma forma possam desenvolver atividades educacionais técnicas ou profissionalizantes. O incentivo às parcerias institucionais atinentes a programas educativos, como oferecimento de cursos a distância, poderia ser uma alternativa.

Diversamente de muitas instituições públicas no Brasil, nas unidades judiciárias investigadas, a estrutura, os equipamentos e os materiais de trabalho são de superior qualidade. A estrutura predial (fóruns) encontra-se completa e conta com imóveis próprios ou cedidos. Há salas específicas onde funciona a serventia criminal. Todas essas salas são climatizadas adequadamente, com gestão constante e supervisão pela administração. Todos os colaboradores possuem um computador devidamente atualizado. Isso é essencial, tendo em vista que o sistema processual no estado é exclusivamente eletrônico.

Vislumbra-se que a ausência do Cepema, a dificuldade da serventia criminal em substituir a equipe de apoio e a precariedade da rede social, necessárias ao funcionamento do microssistema, podem contribuir de forma negativa para o desempenho da aplicação e do acompanhamento das penas alternativas e comprometer os resultados almejados na linha criminológica adotada.

2.2. Dos fluxos e das rotinas procedimentais

Segundo os resultados, há equívoco na maior parte dos lançamentos dos processos de execução no que concerne à "classe" ou ao "assunto" (77,5%), conforme Tabela Processual Unificada

(TPU), elaborada pelo CNJ. Foram detectados os seguintes equívocos dos operadores em relação aos lançamentos no sistema eletrônico de processo: 1) lançamento da "classe" como execução provisória de início, não se fazendo a alteração posterior com a confirmação da sentença; 2) lançamento de outro "evento" que o descrito na decisão/sentença, revelando haver confusão entre os institutos penais, como transação penal, pena alternativa, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena; 3) lançamento de evento como "prescrição executória" pela escrivania, mas, em análise, o que ocorreu foi a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, que deveria ter sido reconhecida após o trânsito em julgado e antes da instauração da execução penal.

Perceberam-se ainda algumas desconformidades na TPU/CNJ: 1) a falta de "assunto" específico, que tornaria a análise eletrônica mais precisa; 2) a falta de opção na tabela "assunto" quando o juiz substitui a pena, mas não a especifica, deixando tal função ao juízo da execução; 3) a falta de "assunto" específico correspondente à pena de advertência e a outras penas alternativas não tradicionais; e 4) a impossibilidade de se anotar duas penas alternativas como principais no "assunto".

Esses fatos dificultam a análise dos dados para fins de controle e acompanhamento, pois prejudicam o critério da veracidade e da transparência dos dados na pesquisa eletrônica e demandam maior custo-tempo, impactando sua eficiência.

Esses equívocos de lançamento de dados conforme a padronização são problemas que se arvoram especialmente diante da nova realidade da plataforma processual eletrônica a partir da década de 2010.

Outra busca relacionou-se aos instrumentos necessários ao início do cumprimento da pena: guia de execução de pena e audiência admonitória. Na maior parte dos processos (99,7%), segundo o padrão dogmático, foi expedida a guia de execução de pena. Esse documento é importante porque resume os dados da pessoa condenada, do tipo penal e da pena imposta.

Em 63% dos processos de execução, foi realizada audiência admonitória. Embora a lei não preveja a sua necessidade a fim de dar início ao cumprimento da pena alternativa, admite-se a sua realização utilizando-se da analogia a outros dispositivos legais (arts. 158, 159, § 2º, e 160 da Lei n. 7.210/1984) (Brasil, 1984). Além disso, tal procedimento é recomendado em pesquisas (Ilanud, 2006, p. 261-262) e em documentos normativos (Tocantins, 2023a, p. 97), daí sua relevância. Uma hipótese para aumentar a frequência de tal audiência seria a sua realização por meio de videoconferência.

Durante a coleta dos dados, notou-se que, em muitas hipóteses nas quais não há audiência admonitória, também não há nem agendamentos, nem intimações para o cumprimento da pena. Não há audiência inicial de cumprimento da pena. Nota-se que o juiz atua apenas quando há impulso do cartório, ou seja, somente quando o processo se faz concluso. Não há, de regra, um sistema procedimental e de gestão.

Caso a pessoa condenada não compareça em audiência, intimada ou não, por não ter sido localizada, podem ocorrer as seguintes situações, encontradas nas decisões judiciais: 1) o juiz

remete a execução para outra comarca onde o reeducando supostamente estaria; 2) o juiz converte e regride a pena cautelarmente para o regime fechado; 3) o juiz deixa passar o tempo e continua procurando endereços para a intimação (geralmente prescreve). Considera-se importante a inserção, já na sentença condenatória, da obrigação/medida cautelar diversa da prisão, como, ao menos, não se mudar de endereço sem prévia comunicação no processo e manter endereço, telefone e WhatsApp atualizados. É possível supor que muitos dos condenados, por falta de informação, não saibam que devem manter o endereço atualizado.

Um dos serviços atrelados à execução da pena alternativa é a elaboração de relatório de investigação social de contexto de vida junto à pessoa condenada e aos seus familiares, observando-se aspectos de ambiente de moradia e educação, a fim de orientar o juiz em uma possível antecipação ou alteração da pena alternativa (Oliveira *et al.*, 2002, p. 56-57). Esse serviço pode ser executado por profissionais próprios do Cepema ou pelo Grupo Gestor das Equipes Multidisciplinares (GGEM),[10] gerenciado pela serventia criminal, sendo relevante sua realização de forma interdisciplinar, e não apenas multidisciplinar.

Esse instrumento, por abordar aspectos sociais, psicológicos e pedagógicos da vida da pessoa condenada e de seus familiares, revela-se um importante e dinâmico caminho de análise das condições de exclusão e dos graus de vulnerabilidade, com a proposição de medidas de direcionamento à inclusão social. Alvino de Sá (2015, p. 301) sustenta que os contextos ambiental, social, cultural e psicológico da pessoa envolvida em um crime relacionam-se à sua conduta. E, por ser a garantia das necessidades básicas uma exigência mínima de justiça social em uma sociedade democrática de direitos, a frustração dessa garantia servirá como incremento da vulnerabilidade da pessoa, o que deveria integrar o "cenário do crime" e ser, portanto, elemento meta da pena.

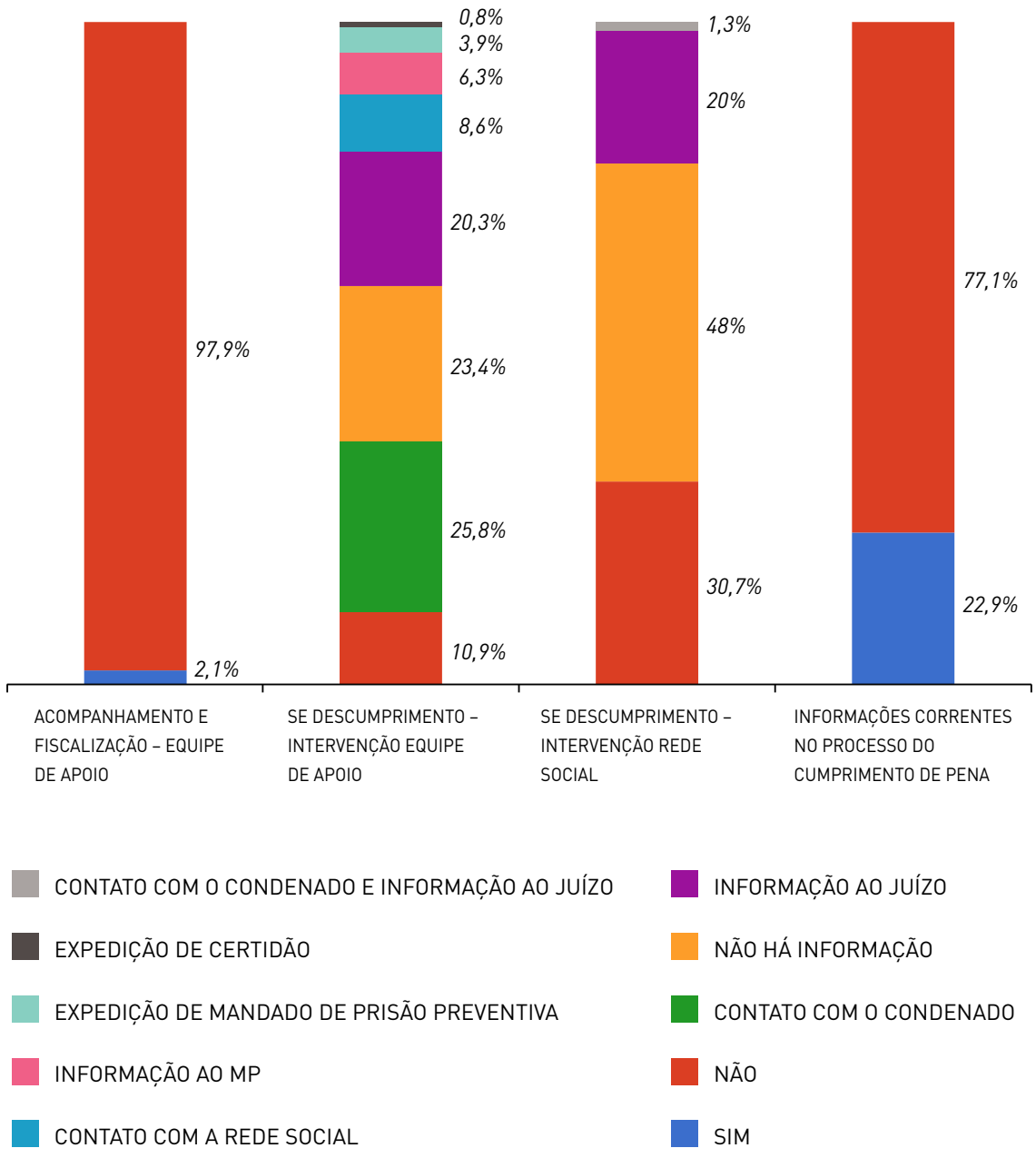
Os estudos de investigação social da pessoa condenada, especialmente nos casos em que há indícios de vulnerabilidade, de preferência de modo interdisciplinar, revelam-se ainda instrumentos que podem favorecer eventuais conciliações, mediações, participação da família e da comunidade no processo (Christie, 2011), com apoio da metodologia da justiça restaurativa, com as possibilidades de reconhecimento do erro pelo ofensor, de reconhecimento do estranho pela vítima (Bauman, 2012; Christie, 2011), do ressarcimento (Christie, 2011) e do menor ressentimento entre vítima e réu (Fassin, 2013). Isso, no entanto, somente seria possível se houvesse prévio e verdadeiro diálogo com a equipe interdisciplinar, principalmente

10 A Portaria n. 412, de 22 de fevereiro de 2023 (Tocantins, 2023b), manteve o órgão referido (criado pela Portaria n. 1859, de 2016, "vinculado à Diretoria de Gestão de Pessoas (DIGEP), com a finalidade de gerenciar os trabalhos desenvolvidos pelas equipes multidisciplinares [...]". Cada equipe é formada por "profissionais especializados nas áreas de Serviço Social, Psicologia e Pedagogia", devidamente cadastradas e vinculadas ao órgão judiciário.

durante o início da execução da pena. A pessoa condenada deve ser valorizada, sendo ela a "protagonista na elaboração das estratégias de reinserção social" (Sá, 2015, p. 360-361), conforme a teoria do "ator situado" (Pires; Digneffe, 1992).

No entanto, nas comarcas estudadas, inexistem esses relatórios de investigação social, embora todas tenham acesso ao GGEM (Tocantins, 2023b). Até o momento, tais estudos e instrumentos são facultativos no estado (Tocantins, 2023b). Porém, eles são imprescindíveis, por fornecerem ao juiz forte subsídio para transmissão, melhor qualificação e alteração da pena alternativa, especialmente nas hipóteses de delitos repetitivos, como furtos, e de delitos "endêmicos", como aqueles que envolvem violência doméstica.

GRÁFICO 3 – **PROVIDÊNCIAS DE ACOMPANHAMENTO E/OU FISCALIZAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos das variáveis EP.50-EP.53.

Na maior parte das hipóteses, não se verificaram providências por parte da equipe de apoio, acompanhamento, inspeção ou fiscalização da pena alternativa imposta. Para coletar o referido dado, buscaram-se elementos formais no processo relacionados à expedição e ao cumprimento de mandado de constatação, de vistoria ou outros assemelhados. Isso significa que o juiz determina o cumprimento da pena à pessoa condenada e muitas vezes a encaminha a uma entidade ou lhe impõe interdições de direitos, porém, em 97,9% dos casos não estabelece nenhuma providência de acompanhamento e controle, de maneira ativa ou proativa (Gráfico 3).

Isso pode dar azo a muitas situações: não cumprimento da pena; prescrição; cumprimento da pena formal sem correspondência com a realidade; maior estigmatização da pessoa condenada, já que muitas entidades se negam a tratar ou conviver com a pessoa condenada; não ressignificação do ato ou da conduta pela pessoa condenada; impunidade; consolidação, na sociedade, da percepção do fracasso do microssistema de penas alternativas.

Com as informações de descumprimento no processo, avaliaram-se as providências da equipe de apoio/serventia criminal e da rede social. A grande maioria dessas informações adveio da equipe de apoio de forma passiva, quer dizer, a informação ao destinatário somente foi transmitida por meio de controles secundários, como o não encaminhamento pela rede social dos relatórios mensais e o não comparecimento mensal da pessoa condenada.

Não há padronização na hipótese da informação de descumprimento de pena nem nos procedimentos correlatos. Essas informações geralmente são observadas pela serventia criminal depois de alongado tempo de descumprimento da pena. As serventias tendem a criar elementos burocráticos em excesso, até por não haver procedimento padrão a seguir. Remanesce o excesso de exigência sem previsão legal (providências que não exigem decisão judicial) e sem sentido razoável (por ser mero procedimento administrativo e ordinatório), o que causa paralisações por meses e até mais de ano, perdurando o descumprimento da pena.[11]

Quanto às providências da rede social acerca do descumprimento da pena, em 48% dos processos não há informação sobre as medidas adotadas. Em 30,7%, a rede não tomou

11 Exemplo interessante é se concluir o processo ao juiz, que determina vistas ao promotor de justiça, que requer o agendamento de audiência de justificação, que é concluso novamente ao juiz, que defere o pedido do promotor e determina o agendamento, e, por falta de pauta imediata, o descumprimento da pena e sua ausência vão se perpetuando por mais de meio ano, na forma de providência padronizada no manual de procedimentos penais do Estado do Tocantins (Tocantins, 2012). As providências mais úteis, no entanto, no sentido de organizar e padronizar o procedimento de execução referente ao microssistema de penas alternativas, com base na dogmática jurídica, corroborada pelos princípios que delimitam o microssistema das penas alternativas (Gagliardi, 2018), baseados principalmente nas regras de Tóquio (Brasil, 2016d), e visando à redução da ineficiência anteriormente demonstrada, devem se pautar em menor burocracia e em redução de formalidades em excesso. O procedimento no estado do Tocantins foi alterado, e atualmente se

nenhuma medida. Demonstrou-se que não há costume de a entidade social informar se a pena está ou não sendo cumprida. Torna-se evidente o fato de a entidade não dialogar com a pessoa condenada. Há aparente desinteresse ou falta de conhecimento do dever por parte da rede social. Esse é um indicativo da dificuldade de relacionamento do Estado com a sociedade e da motivação desta em participar dos processos colaborativos de cumprimento de pena.

Somente em 22,9% das hipóteses há informações no processo sobre o prazo regular de cumprimento da pena, por meio de instrumentos como relatório da rede social ou da equipe de apoio, certidão da serventia criminal ou do oficial de justiça.[12]

Em alguns casos, a pessoa condenada deixa a audiência admonitória com a data agendada para iniciar a pena de prestação de serviços e comparecer ao local de trabalho, mas o ofício somente é encaminhado pela serventia ao estabelecimento um ou dois meses após a data da audiência, o que demonstra a falta de coordenação e de interligação entre os órgãos.

Se a falta de controle é catastrófica na perspectiva gerencial diante da normatização e de seus objetivos, na ótica criminológica estudada, quando da aplicação de medidas que possam propiciar a inclusão social e especialmente quando essas foram construídas conjuntamente, ela também é problemática, na medida em que a falta de apoio à pessoa vulnerável mantém o mesmo estado de exclusão e desenha o real desinteresse de propiciar a inclusão social, condição fundamental em um Estado Democrático de Direito e um dos objetivos da Constituição brasileira.

O Gráfico 4, a seguir, demonstra os instrumentos mais utilizados no acompanhamento das penas. Há padronização relativa em seu uso, porém, observa-se que falta melhor técnica e organização.[13]

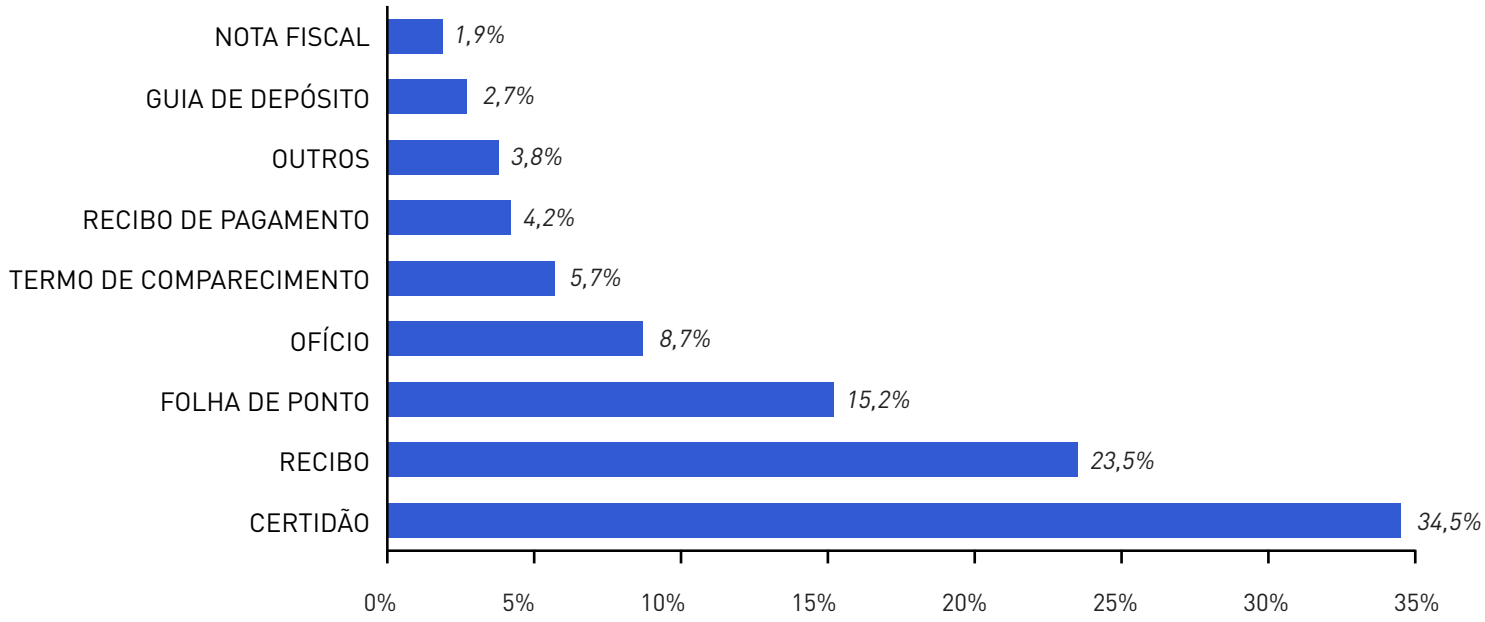
• • •

encontra normatizado um fluxo que observa o uso de atos ordinatórios e entrevista prévia. Somente em caso de resistência e de possível regressão de regime de pena é que poderá ser agendada a audiência de justificação (Tocantins, 2023a).

12 Reconheceu-se o prazo como regular naquela situação em que havia documentos acostados aos autos que informavam ou não o cumprimento da pena pelo menos a cada 40 dias. A lei determina que pelo menos a cada 30 dias a entidade beneficiada com a prestação de serviço deva encaminhar à serventia criminal o relatório circunstanciado das atividades da pessoa condenada (art. 150 da Lei n. 7.210/1984) (Brasil, 1984).

13 Em outra pesquisa mais remota (Ilanud, 2006, p. 262-263), concluiu-se que, "com relação aos procedimentos de monitoramento e fiscalização da prestação de serviços à comunidade", nas capitais investigadas, "os procedimentos se resumem à utilização de relatório de frequência". "Notou-se que a insuficiência no número de profissionais que atuam nas equipes técnicas acaba por consistir na principal causa impeditiva para que outros mecanismos possam ser adotados para a fiscalização da PSC". Nos achados em estudo, de forma mais intensa, não há o exercício da função de acompanhamento e fiscalização ativa.

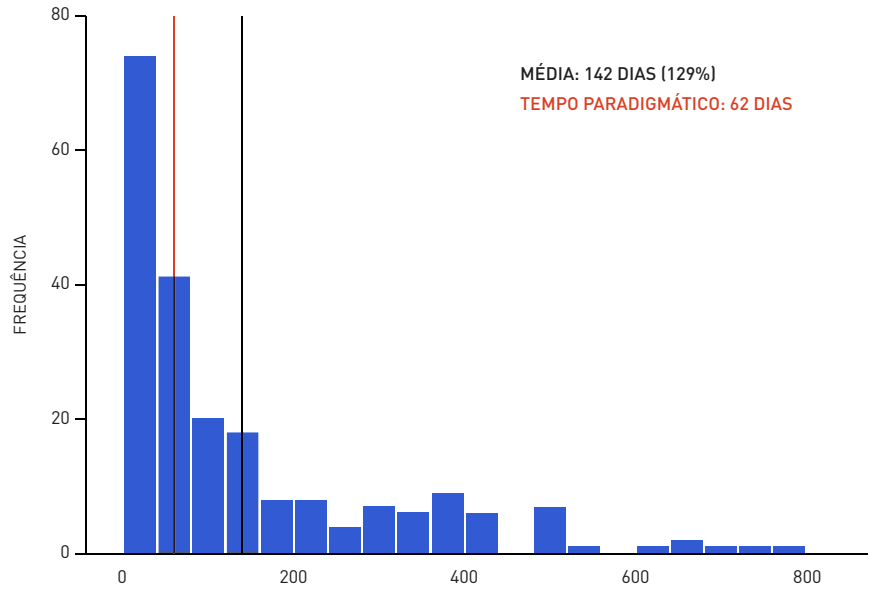
GRÁFICO 4 – **INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA COMUNICAR O CUMPRIMENTO DA PENA, INDIVIDUALMENTE E EM CONJUNTO**



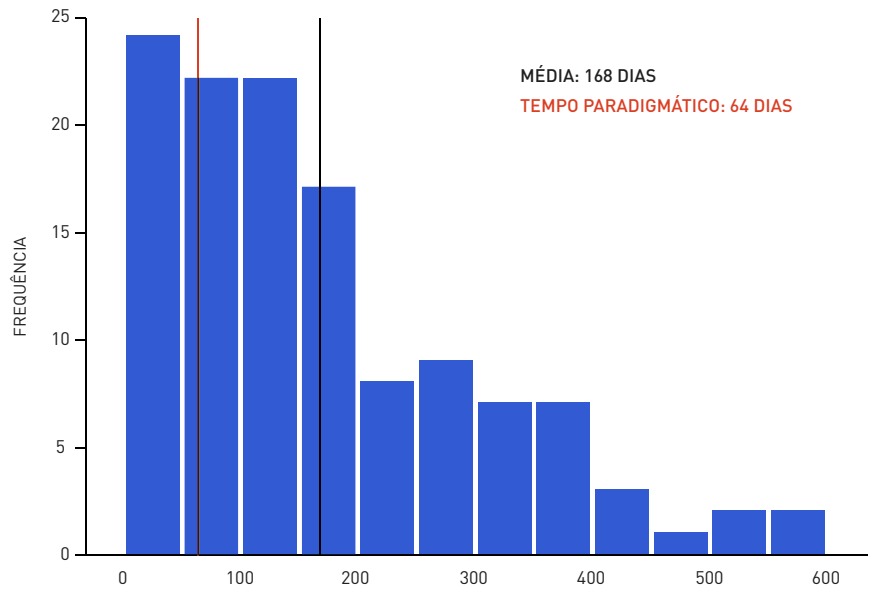
Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos da variável EP.54.

Segundo se observou, as folhas de ponto ou de frequência acostadas aos autos de execução, no tocante ao cumprimento da pena de prestação de serviços, têm as seguintes características genéricas: data e hora da entrada, hora da saída, assinatura do apenado; são mensais; não tratam sobre a qualidade do serviço ou o tipo de serviço executado, em geral; não há campo de fiscalização por parte das equipes de apoio ou anotação dessa fiscalização, ou são raras as fiscalizações ocorridas, o que se compatibiliza com o resultado obtido com a variável anterior, exposta no Gráfico 3 (2,1% de índice de acompanhamento e fiscalização); são encaminhadas ao processo depois de transcorrido o período todo, portanto, com prazo bem superior a 40 dias, estabelecido como padrão, e condutor de variável no Gráfico 3 (índice de 22,9% de cumprimento dentro de referido prazo).

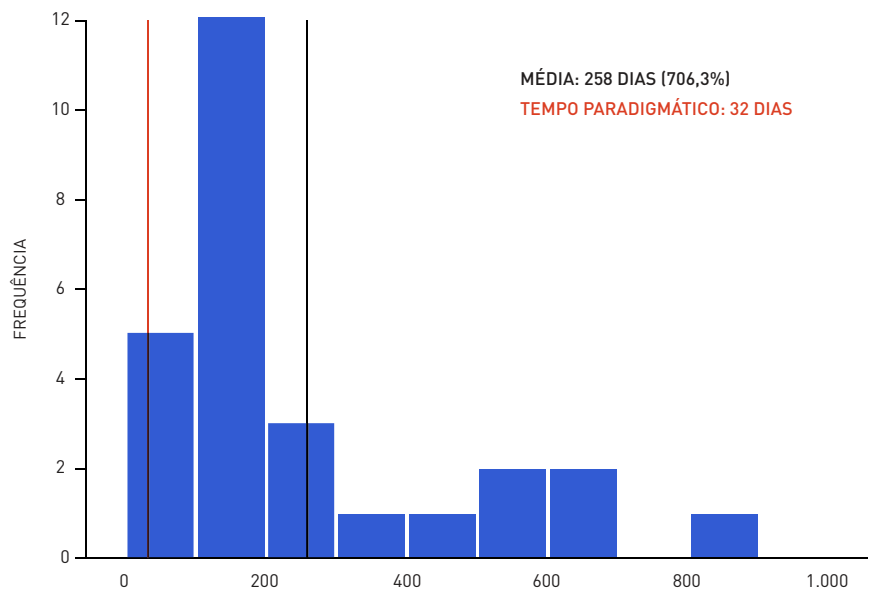
FIGURA 1 – **HISTOGRAMAS DOS TEMPOS MÉDIOS DOS PROCEDIMENTOS EM CADA FASE DO CUMPRIMENTO DA PENA *VERSUS* TEMPO PARADIGMÁTICO DEFINIDO EM LEI**



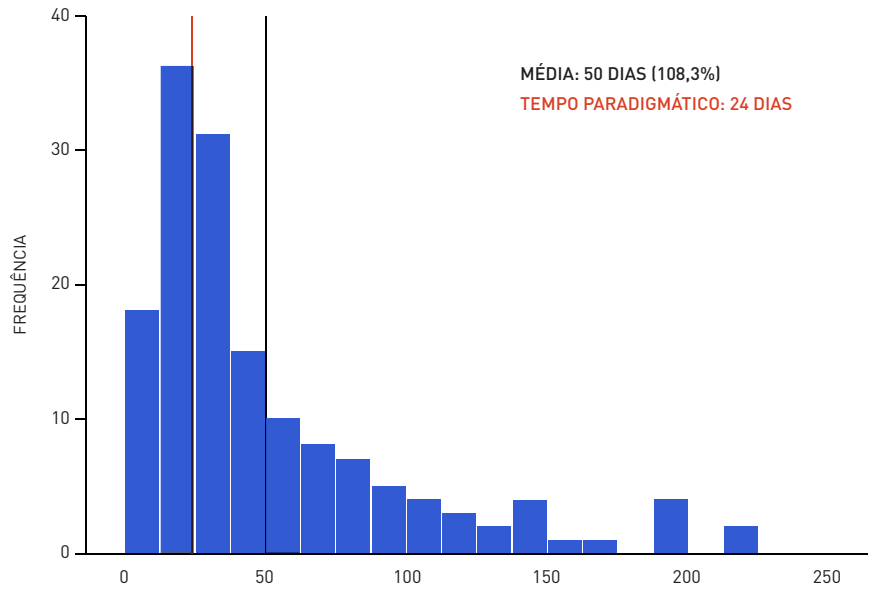
EP58 e EP59; EP60 – Tempo entre o trânsito em julgado e a expedição da guia da execução penal ou audiência admonitória



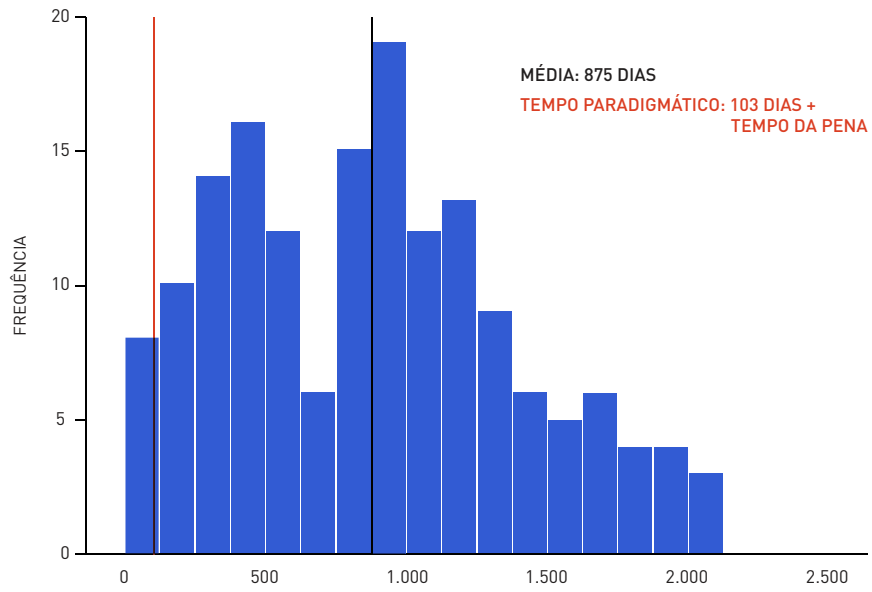
EP59 e EP60 – Tempo entre a expedição da guia de execução penal e a audiência admonitória ou inicial



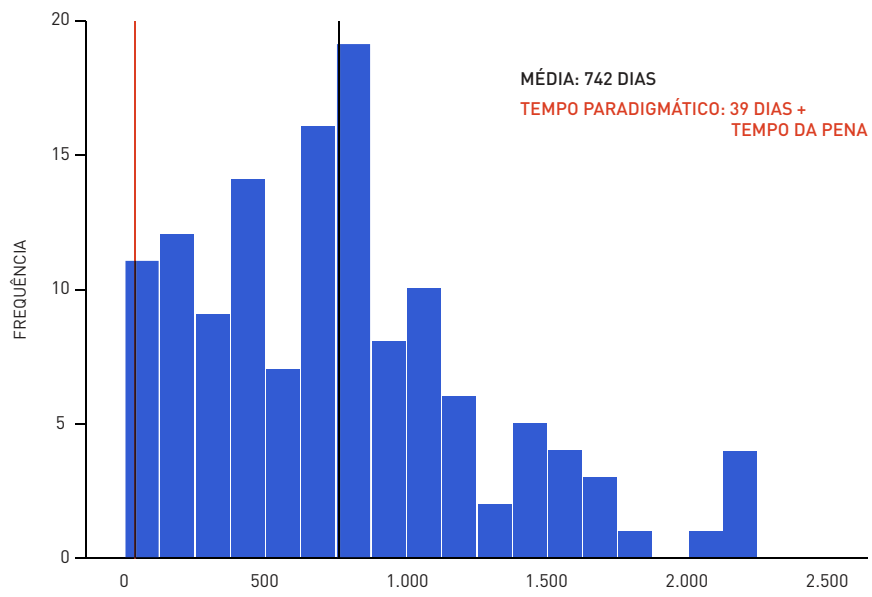
EP.61 e EP.62 – Tempo entre a comunicação do descumprimento da pena e a audiência de justificação



EP.64 e EP.65 – Tempo entre a sentença de extinção da execução e o arquivamento/a baixa do processo de execução



EP.59 e EP.64 – Tempo entre a expedição da guia da execução penal e a sentença de extinção da execução



EP60 e EP64 – Tempo entre a audiência admonitória ou inicial e a sentença de extinção da execução

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos nas variáveis EP.58 a EP.65.

Podem-se verificar na Figura 1 duas situações que devem ser contextualizadas. A primeira, ao tratar dos prazos entre uma fase e outra, e que não dependem do tempo da pena como parâmetro paradigmático, demonstra severa ineficiência no cumprimento dos prazos aritméticos e razoáveis do procedimento executivo, o que corrobora com a conclusão acerca da incapacidade técnica dos órgãos envolvidos, relacionada aos procedimentos em si, como mostrados e descritos no Gráfico 5, mais adiante.

Implora atenção o excesso de tempo para se realizar uma audiência de justificação depois da informação do descumprimento da pena em mais de oito meses. Como a admonitória, ela poderia ser realizada por meio de videoconferência. Outra sugestão menos burocratizante é agendar reuniões, presenciais ou virtuais, em curto período posterior, junto ao órgão de apoio, de forma mais ágil, sem depender da agenda judicial de audiências, com o objeto de fazer prevalecer a preponderância da pena alternativa, especialmente porque a maior parte dos descumprimentos é ponderada e as penas são reajustadas em favor da pessoa apenada.

A segunda, no entanto, que inclui a soma dos tempos da pena aplicada como prazo paradigmático, demonstra o aparente cumprimento dos prazos. É de se considerar, no entanto, que algumas penas alternativas podem ser cumpridas em menor prazo que a pena privativa de liberdade aplicada, como a prestação pecuniária e a prestação de serviços, por antecipação para até metade do tempo em algumas situações. Como essas espécies de penas são as mais aplicadas no microssistema (Gráfico 6, mais à frente), conclui-se que a morosidade processual que aflige a primeira situação também está presente nessa segunda conjuntura.

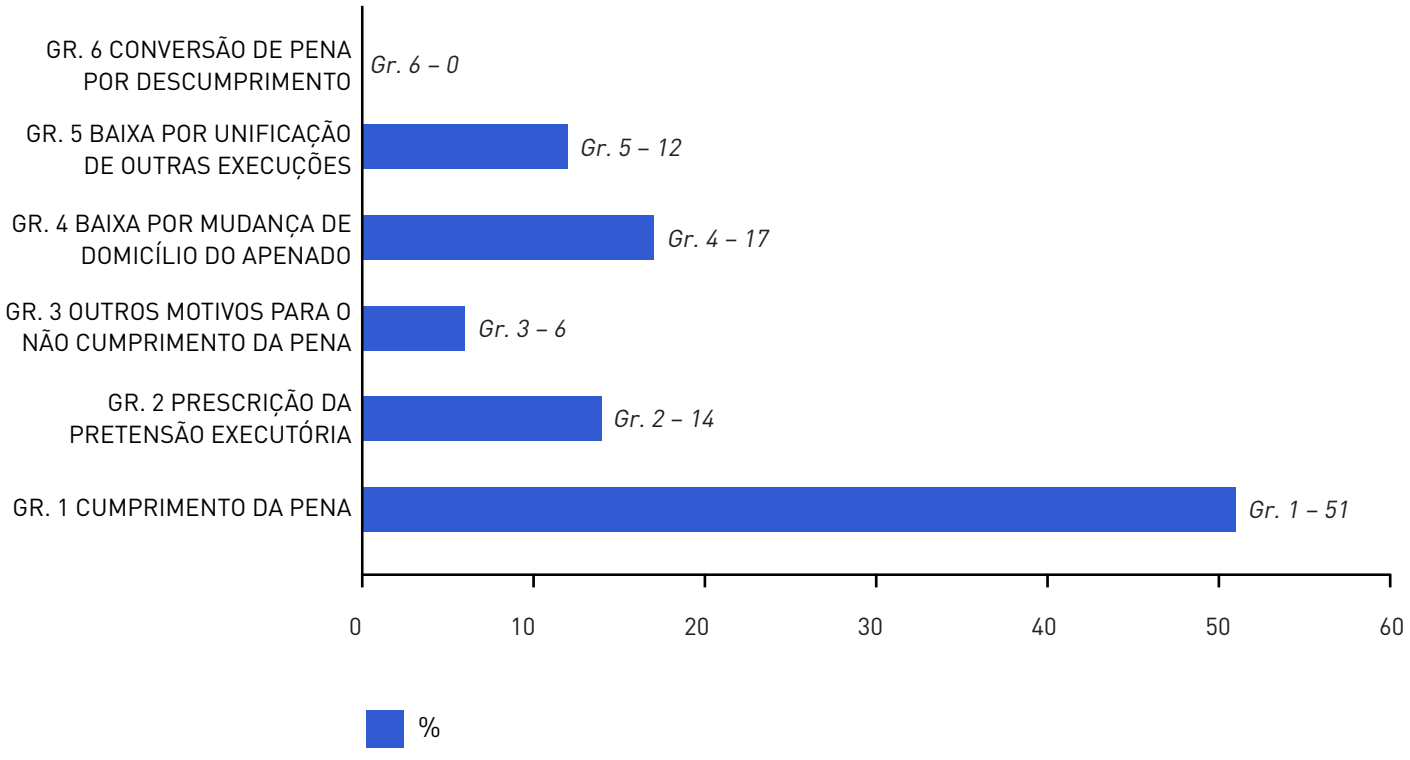
Quando da coleta dos dados, observou-se que muitas sentenças de extinção de processo de execução são proferidas nas mesmas datas em determinadas comarcas, de forma constante, o que indica terem sido realizadas em espécie de mutirão, e que não há o seguimento de um fluxo contínuo nos procedimentos.

Esse resultado, que assola a eficiência do processo de gestão acerca do acompanhamento e da fiscalização do cumprimento da pena criminal, é corroborado por pesquisa realizada em âmbito nacional, em várias unidades da Federação, ao concluir que "o sistema sofre com morosidade (e consequentemente prescrições) e falta de recursos humanos e materiais" (Ipea, 2015, p. 90). Cabe ressaltar que a ineficiência e a ineficácia gerenciais nesses parâmetros também geram desconformidade à luz criminológica em estudo, pois o alongamento do tempo da execução penal revela-se circunstância desnecessária, negativa e estigmatizante, e nada colabora para a inclusão social do condenado.

2.3. Cumprimento da pena alternativa propriamente dita

Os pontos de descrição e análise circunscrevem-se às formas de cumprimento das penas alternativas, assim ordenadas: 1) classificação por resultados nas sentenças; 2) classificação por alteração das penas alternativas aplicadas.

GRÁFICO 5 – **CATEGORIZAÇÃO DAS SENTENÇAS DE EXECUÇÃO POR GRUPOS DE ESPÉCIES**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos das variáveis EP.48 e EP.49.

As informações do Gráfico 5 referem-se às hipóteses encontradas em seis grupos: Gr. 1 – cumprimento da pena; Gr. 2 – prescrições da pretensão executória;[14] Gr. 3 – morte e indulto; Gr. 4 – baixa por mudança de endereço residencial do apenado para outra comarca;[15] Gr. 5 – baixa por unificação de penas, na mesma ou em outra comarca, tendo em vista haver outras condenações;[16] e Gr. 6 – conversão em pena privativa de liberdade.

Os números indicam certo grau de ineficácia gerencial, inerente ao índice de prescrição, pouco superior a 14%. O maior grau de eficácia estaria alcançado na medida em que não houvesse a ocorrência da prescrição ou que sua incidência fosse mínima.[17] Dessas hipóteses,

14 As hipóteses de prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, foram excluídas da análise, já que se entendeu que nesse caso a execução nem deveria ter sido iniciada. Verificou-se que, em muitos dos casos, somente depois de algum tempo de andamento do processo de execução é que houve a percepção do juiz de que a pena já estaria prescrita. A incidência dessa hipótese foi de 31 casos, o que resultaria em 11,7%.

15 Nesse caso, o processo de execução é encaminhado à nova comarca de domicílio, mantendo-se a pena alternativa imposta.

16 Nesse caso, as penas foram unificadas em outro processo de execução, mantendo-se ou não a pena alternativa, dependendo da reanálise de seus requisitos e da compatibilidade das penas impostas.

17 Críticos do sistema penal, entre garantistas e abolicionistas, manifestam inquietude com a forma ou com a própria intervenção penal, respectivamente, e, diferentemente das conclusões sobre a ineficácia gerencial

houve muitos casos com várias tentativas de intimação em que o apenado não foi localizado e o processo permaneceu parado aguardando o transcurso do tempo.

Apontam ainda, em sentido inverso, números não eficazes de cumprimentos de pena. É esta a meta, o objetivo do microssistema nessa fase: o cumprimento da pena alternativa imposta. Mesmo que se considerem os motivos dos grupos 3 e 4, extraindo-se da base de cálculo, ainda assim, o índice de cumprimento da pena alternativa (66,9%) estaria abaixo das expectativas.

Duas situações geraram a descontinuidade do cumprimento da pena alternativa: a primeira é a prescrição (17,7%, se excluídos os grupos 3 e 4), por falta do serviço, atinente ao início da execução penal, por não haver a intimação da pessoa condenada ou por não haver o agendamento de audiência admonitória; ou relacionado ao decorrer da execução, com a não orientação, o não acompanhamento e a não fiscalização da pena alternativa imposta. A segunda situação pode ser imputada ao próprio apenado, dentro de um contexto problemático, tendo em vista a prática de outros delitos que geraram sua condenação (15,4%, excluídos os grupos 3 e 4), sendo necessária a unificação de penas em outro processo de execução.

Quatro casos observados durante a coleta de dados merecem uma análise detida. O primeiro informa a pena de um ano e quatro meses, substituída por uma prestação pecuniária em um salário mínimo, porém, o condenado tinha domicílio em outra comarca. O juízo da execução deprecou para o cumprimento da pena, mas não informou sobre a pena alternativa, e na guia da execução nada constava sobre a pena alternativa, apenas que a pena deveria ser cumprida em regime aberto. O juiz deprecado devolveu a precatória porque não havia casa do albergado e não se podia discutir a conversão para o regime domiciliar. O juízo da execução deprecou novamente só para cumprir pena de "multa", o que foi feito, intimando-se a pessoa condenada, mas esta não pagou. O juízo da execução remeteu os autos para a comarca de domicílio do apenado e determinou a baixa do processo.

Um equívoco da serventia foi confundir o instituto da prestação pecuniária com o instituto da multa. Na hipótese, não havia a necessidade de se deprecar, visto que se tratava apenas de pena de prestação pecuniária. Medida mais efetiva seria o agendamento de reunião técnica com o Cepema ou de audiência admonitória, para comparecimento presencial ou por videoconferência e, caso a pessoa condenada não comparecesse, em última hipótese, seria decretada a conversão de pena e a regressão provisória para o regime fechado, quando

deste artigo, quanto à não aplicação de penas decorrente da prescrição ou à aplicação de medida penal mais branda, direcionam-se a conceber como mais favorável à redução de danos que as penas poderiam causar. A preocupação para os primeiros é a intervenção disfuncional ou ineficaz que fira as garantias e os princípios constitucionais que protegem o ser humano (Ferrajoli, 2010). Para os segundos, há crise de legitimidade do próprio sistema penal, ou seja, as penalidades referidas não deveriam existir (Batista, 2011).

seria determinada a audiência de justificação imediata, a fim de viabilizar o cumprimento da pena alternativa imposta, caso houvesse reconhecimento da falta pela pessoa condenada e sua manifestação de a cumprir, independentemente da justificação, na forma do princípio da "preponderância da pena alternativa" (Brasil, 2016d, p. 20).

O segundo caso anota que, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, por não ter sido encontrada a pessoa condenada, esta foi considerada foragida e houve a conversão de pena ao regime aberto, fixado na inicial. Porém, o juízo não determinou novas buscas ou estas não se realizaram, nem regrediu provisoriamente o regime de pena para o mais rigoroso ou determinou a prisão.[18] Isso gerou o transcurso de prazo suficiente para alcançar a prescrição. Embora isso possa ser incentivado como medida de favorecimento da redução dos danos gerados pelas penas criminais, conforme pensamento criminológico crítico, em outro argumento, pode gerar descrédito no sistema público, violar a transparência e dar azo a maiores possibilidades de desvios de condutas envolvendo agentes públicos, e incentivar privilégios ilegais e imorais, de forma a aumentar ainda mais a seletividade.

No terceiro caso identificado, foram aplicadas ao reeducando, em audiência admonitória, duas penas alternativas em substituição à pena de dois anos e seis meses de reclusão: prestação pecuniária de ½ salário mínimo e prestação de serviços de 840 horas. O reeducando não cumpriu nenhuma das penas. Em audiência de justificação, ele alegou que não cumpriu as penas porque ouviu conselhos de amigos de que não havia necessidade de o fazer. Decisão judicial, no mesmo sentido do parecer do Ministério Público, entendeu que a falta não era justificada e converteu a pena alternativa em pena privativa de liberdade no regime inicial fixado, o aberto domiciliar, porém, sem a rigidez da prisão domiciliar. Neste, foram aplicadas medidas mais brandas ao reeducando, como algumas interdições de direitos de não frequentar determinados lugares e proibição de sair de sua residência no fim de semana. Não foi realizado nenhum tipo de fiscalização. Presumiu-se a boa-fé do reeducando, mesmo sendo pessoa condenada por um crime, que já havia descumprido sem justificativa razoável as penas alternativas anteriores, mesmo depois da audiência admonitória.

Tanto no primeiro quanto no terceiro caso se verifica a banalização da quantidade da prestação pecuniária, abaixo do mínimo legal e sem proporcionalidade à pena privativa de liberdade aplicada (Gagliardi, 2018; Brasil, 1940, art. 44, § 2º, e art. 45, § 1º, ambos do Código

18 Três são as posições diversas de decisões judiciais quando o condenado está foragido e frustra o cumprimento da pena alternativa: 1) decretação de prisão preventiva, entendendo-se estar presente o requisito da aplicação da lei penal; 2) conversão e regressão cautelar de regime de pena para o fechado, até ser apresentado em audiência admonitória ou de justificação (maior parte dos casos e a defendida na jurisprudência); 3) conversão desde logo à pena privativa de liberdade ao regime fixado na sentença, geralmente o regime aberto, o que não propicia a eficácia nem a efetividade, pois não há seguimento ao processo.

Penal [CP]). Esse cenário evidenciou a desacreditação do microssistema e pode fortalecer o discurso em favor do cárcere (Ipea, 2015, p. 59; Nucci, 2020, p. 360-362; Reale Júnior, 2013, p. 384).

Ressalta-se que, na perspectiva garantista, a aplicação da pena deve estar adstrita aos preceitos legais, mínimos e máximos. Como esclarece Roxin (2008, p. 19), "a força preventiva do direito penal não depende da dureza da sanção, e sim de o Estado reagir ou não de modo reprovador". Na concepção criminológica em estudo, caberia ao juiz, antes de determinar o cumprimento da pena, reconhecer a análise do estudo interdisciplinar a respeito do contexto social da pessoa condenada e das situações e conclusões apresentadas. Assim, outras opções alternativas poderiam ser aplicadas, entre as quais medidas educativas.

Por fim, no quarto caso, o réu não foi encontrado para ser intimado, não compareceu, ou até compareceu em audiência admonitória, e houve a informação, pessoalmente ou por meio da defesa, de que estava morando em outra comarca. Essa situação deve ser apreciada com certo cuidado, pois pode acarretar uma falha no sistema como estratégia de defesa para frustrar a execução penal. Funciona assim: pessoas condenadas ou seus advogados pedem a remessa do processo a outra comarca, e os juízes geralmente atendem a esse pedido. O juiz recepciona a execução, mas não encontra o apenado. E novo pedido de mudança de endereço é realizado. O juiz, então, remete os autos para outro local e assim por diante, até prescrever a pretensão executória.

Em geral, em muitos processos, o juiz reconhece a sua incompetência sem checar tal informação e encaminha os autos à comarca informada. O fundamento jurídico para tal encaminhamento faz referência ao local onde o reeducando se encontra recolhido (art. 65 da Lei n. 7.210/1984; art. 109 do CPP) (Brasil, 1941, 1984), utilizado por analogia, em oposição à regra de competência, que tem base nas normas de organização judiciária ou na regra que fixa a competência ao juiz que proferiu a sentença (art. 65 da Lei n. 7.210; STJ, CC 120.747/PR) (Brasil, 1984, 2013).

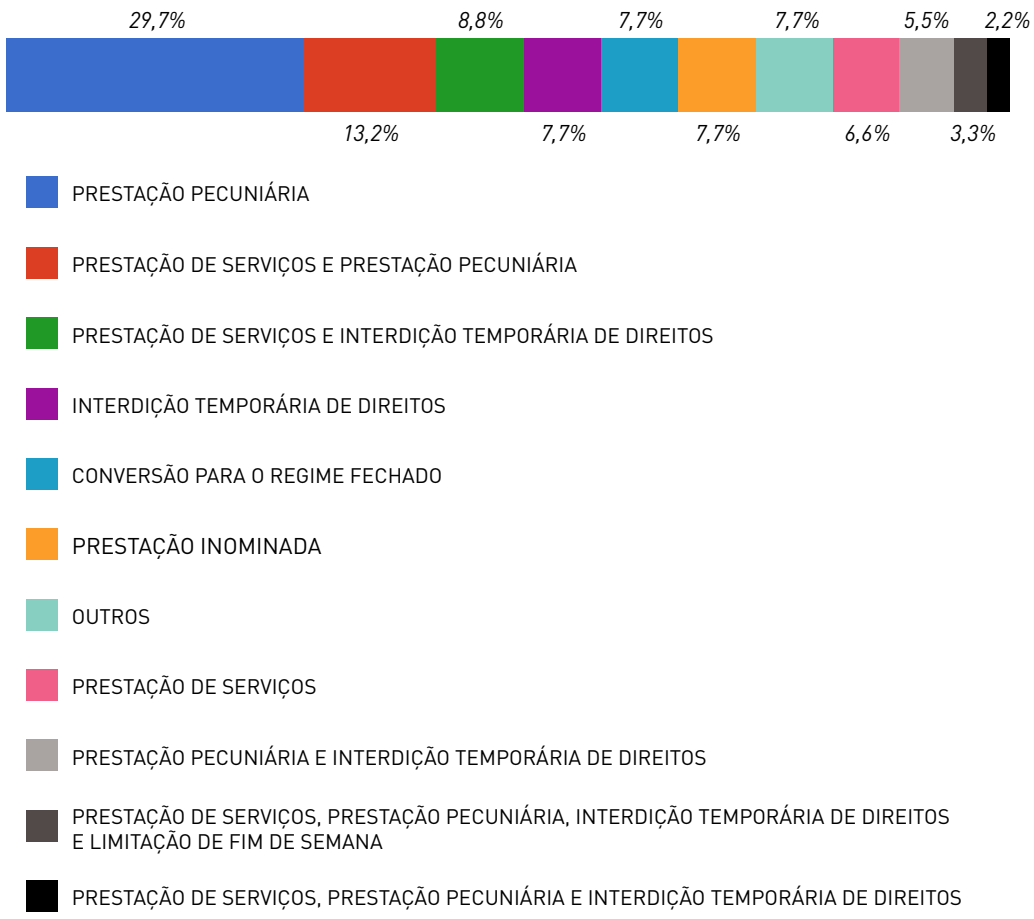
Esse procedimento judicial não tem cabimento, pois: 1) o paradigma legal, fortalecido pela interpretação jurisprudencial, não dispõe dessa maneira; 2) o apenado cometeu um crime e tem o dever de cumprir sua pena; 3) o apenado não comprovou endereço novo; 4) o tempo de trâmite de cartas precatórias e da determinação de novas providências pela comarca que recebe os autos é demorado, superior a dois ou três meses, embora os sistemas sejam informatizados; 5) é dever *legal* do apenado informar a mudança de endereço, desde a fase de indiciamento/citação, pois sua ausência gera a presunção de intimação (art. 367 do CPP) (Brasil, 1941); 6) já tinham que ser fixadas obrigações e/ou medidas cautelares diversas da prisão na sentença, no caso de ter se mudado, a fim de reforçar o dever imposto; 7) o reeducando tem o dever de comparecer em audiência admonitória para conhecer as condições/penas, até porque a situação foi criada por ele, e as condições são alteráveis e podem ser aplicadas conforme as circunstâncias pessoais do condenado (art. 148 da Lei n. 7.210/1984) (Brasil, 1984), inclusive cumpridas em outra localidade, especialmente as penas

pecuniárias e também outras penalidades, como as educativas, diante da tecnologia virtual, ainda mais no caso em que o apenado se fez presente em audiência, que também poderia ocorrer por videoconferência.

Esses casos em concreto e os resultados anteriores, que indicam certo grau de ineficácia, compatibilizam-se com as conclusões estabelecidas em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em várias unidades federadas. Nesse estudo, concluiu-se que um dos principais impedimentos para o cumprimento da pena alternativa seria o "elevado número de prescrições, que ocorreriam por morosidade na tramitação dos processos e pelo fato de a justiça criminal ser incapaz de trazer para o sistema, réus e condenados à revelia" (Ipea, 2015, p. 86).

A maior parte das penas alternativas fixadas em sentença condenatória definitiva foi alterada durante a audiência admonitória. Em 55,4% dos casos em que houve audiência admonitória, a pena alternativa original foi alterada por outra pena alternativa. Essas mudanças incluem as hipóteses em que não foi fixada a espécie de pena alternativa em sentença por opção do juiz, que deixou para defini-la posteriormente na execução. Ao mesmo tempo, tal decisão de alteração da pena não se consubstanciou em relatório interdisciplinar, como se verificou nos resultados de pesquisa.

GRÁFICO 6 – **ALTERAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA NA AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos da variável EP.26.

No Gráfico 6, estão os principais grupos de penas alternativas alteradas em audiência admonitória e aplicadas à mesma pessoa condenada. As penas de maior incidência invertem-se. Da prestação de serviços (mais aplicada quando da sentença, em 45,3% das hipóteses), passa-se a aplicar a pena pecuniária (segunda mais aplicada na sentença, em 32,6%). A explicação para tal situação aparenta ser a falta de estrutura para orientação, fiscalização e acompanhamento das penas alternativas, a dificuldade de gerenciamento das redes sociais (Gráfico 3) e o próprio desestímulo dos apenados.

Contudo, a pena de prestação pecuniária tem fácil aplicação, pode ser parcelada, conforme a possibilidade econômica da pessoa condenada, não requer fiscalização externa do órgão ou demais onerações e, sim, depende de ação proativa do reeducando. Isso, por si, pode explicar a aparente preferência dos juízes e dos próprios apenados por tal pena.

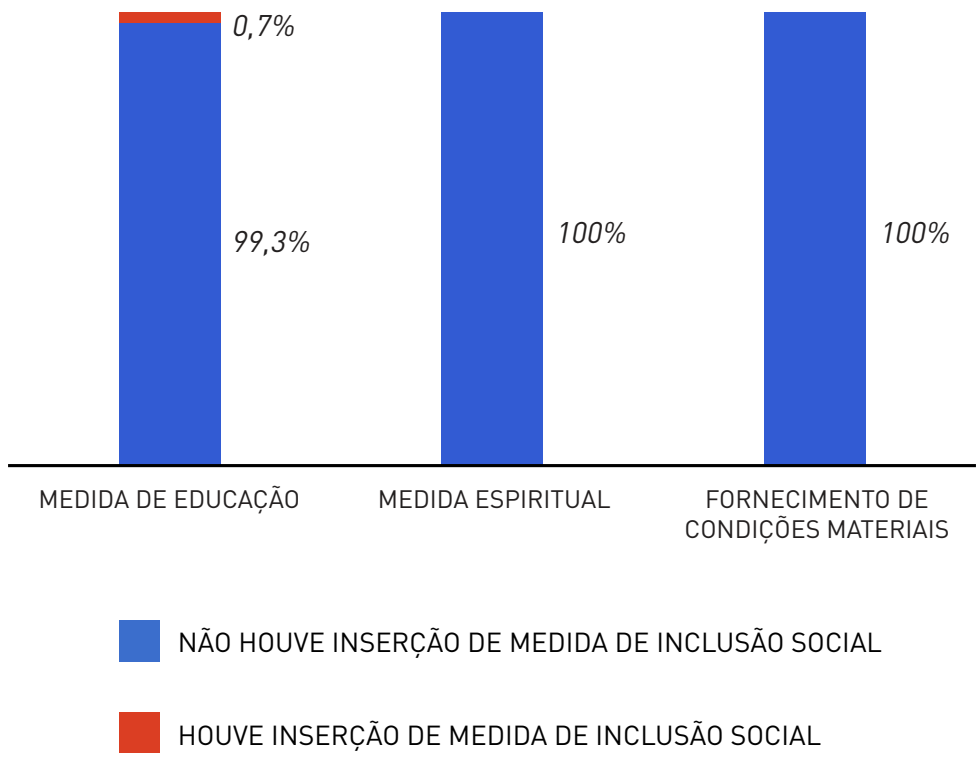
Observa-se que as penas aplicadas e executadas, mesmo posteriormente à realização da audiência admonitória, não são medidas educativas propriamente ditas, nem ao menos a limitação de fim de semana,[19] o que demonstra mais uma desconformidade no cumprimento dos preceitos de inclusão social.

Não se verificou nos achados a alteração das penas alternativas com a vinculação a prazos indeterminados, de acordo com o período de tratamento da pessoa condenada ou de sua eventual recuperação moral ou reeducação, conforme teoria orgânica de diferenciação da pena, doutrinas terapêuticas de defesa social e projetos ressocializantes. Essa é uma importante crítica do garantismo penal em desfavor de doutrinas que, de modo desigual, buscam identificar classes e neutralizar grupos de pessoas não desejadas (Ferrajoli, 2010). Essa ideologia do tratamento pode impingir punições ocultas (Christie, 2011), o que enseja problemas à igualdade de tratamento.[20] Isso poderia estar ligado ao enfoque médico-psicológico da criminologia clínica, em seu viés mais positivista, o que contrapõe o modelo de inclusão social. Esta propõe que apenas durante o período de execução é possível contribuir para a redução da vulnerabilidade do apenado, que antecede e que se segue à intervenção penal (Sá, 2015).

19 Sugere-se que a pena de limitação de fim de semana siga nova releitura como meio de vincular "o tempo de permanência em estabelecimento adequado para a realização de tarefas educativas úteis", invertendo suas funções valorativas (Gagliardi; Medina, 2020, p. 75), e observando-se objetivos que buscam a efetividade da norma (Reale Júnior, 2013, p. 389), a partir da perspectiva criminológica pressuposta.

20 Referidas críticas enfatizam o caráter parcial de defesa ou melhoria social apenas sob a ótica das pessoas não desviantes, no sentido do objetivo da prevenção geral, e desfavorecem a perspectiva dos desviantes, que acabam desprotegidos, como o desenvolvimento de projetos autoritários sem o devido diálogo com os condenados, no sentido de serem obrigados a se tornarem bons por força da imposição (Ferrajoli, 2010).

GRÁFICO 7 – **PENAS TENDENTES À INCLUSÃO SOCIAL, FIXADAS NA AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos nas variáveis EP.33-EP.37.

O Gráfico 7 cita as insignificantes medidas, aplicadas como penas ou não, que poderiam favorecer a inclusão social do apenado. Isso confirma os resultados de negação a essas espécies de medidas junto ao microssistema, evidencia um descompasso com as conceituações teóricas criminológicas de terceira geração (Pires; Digneffe, 1992, p. 37-43; Sá, 2015) e contraria a própria função da pena exposta pela lei de execução penal brasileira e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, traduzido em aparente antinomia imprópria teleológica (Diniz, 2014, p. 505) por omissão legislativa.

É certo que a lei penal não estipula medidas, salvo raras exceções das legislações mais modernas (Leis n. 11.340 [Brasil, 2006a] e 11.343 [Brasil, 2006b]), atinentes ao estudo etiológico mais amplo e existencial acerca da vida em concreto das pessoas condenadas, como o contexto familiar, o lugar de moradia, o nível técnico-intelectual e, por conseguinte, o encaminhamento a programas de medidas educativas ou reflexivas, embora determine ser um dos objetivos da execução penal (art. 1º da Lei n. 7.210/1984 [Brasil, 1984]).

Voltando à perspectiva de Alvino de Sá (2015, p. 336), o pressuposto ainda vigente é de que o cumprimento da punição presume que o apenado se adequou socialmente e estaria ressocializado. Adequar-se não é estar ressocializado. Entendemos que essa equação é equivocada, inverte valores e não modifica a racionalidade do cárcere e da violência punitiva (Ilanud, 2006; Sica, 2002), ainda mais quando envolve um país com irrazoado grau de desigualdade e

exclusão social e quando a maior parte dos apenados está incluída nesse grupo. No caso, trata-se de um problema, antes de tudo, político-legislativo e administrativo.

Alvino de Sá (2015) apresentou um importante elemento diferenciador entre a busca da inclusão social e da ressocialização. O primeiro momento do processo é significativo ao encaminhamento aos meios ou às atividades reconhecidos normalmente como políticas públicas favoráveis ao desenvolvimento de qualquer pessoa, ainda que durante a intervenção penal, e como estratégia para o alcance do segundo. Ainda assim, a inclusão social não deve ser objetivo que possa aumentar o tempo da pena criminal ou condicioná-la por tempo ilimitado. Porém, a busca do segundo não ocorre por meio de medidas penais, senão por políticas públicas além da justiça penal.

Considerações finais

A execução das penas restritivas de direitos como alternativa ao encarceramento nos municípios de menor porte do estado do Tocantins demonstra dissonância, ainda que parcial, da previsão normativa, dos preceitos gerenciais da administração pública e da racionalidade criminológica da inclusão social.

O serviço prestado durante e em face do cumprimento da pena revela-se ineficiente. No aspecto estrutural, existe pessoal em número suficiente e recursos materiais apropriados junto ao Poder Judiciário em seu arranjo tradicional, parcerias com a rede social na maior parte das comarcas e ainda o apoio do GGEM. No entanto, o GGEM não é utilizado para o fim de realizar estudos interdisciplinares. Não há órgãos de apoio, como o Cepema, e/ou pessoas capacitadas que gerenciem com maior rigor e de forma prioritária o cumprimento da pena criminal. As parcerias com a rede social são meramente formais, estipuladas, quase em todas as comarcas, de forma impositiva aos municípios, sendo raras as parcerias com instituições de ensino, educação e profissionalização.

Há falhas evidentes no cumprimento dos padrões dos fluxos e dos procedimentos gerenciais e ainda relativa ausência de alguns essenciais. Revelou-se a falha de cumprimento dos padrões, como os problemas de alimentação do processo eletrônico; a não realização de audiências admonitórias em todas as situações; a tramitação extremamente morosa; e a falta de seguimento de um fluxo contínuo. A morosidade está ligada particularmente à ausência de órgão formal de apoio, à execução de suas funções de forma deficiente pela serventia judicial, à falta de parcerias habilitadas com as entidades que poderiam compor a rede social, ao não uso de reuniões e de audiências por videoconferência, além de outros motivos atinentes à organização do serviço em geral, como a falta de foco nos objetivos e padrões do processo de execução por parte da equipe de trabalho e o excesso de burocratização e centralização das atividades no juiz, mesmo em simples atos ordinatórios.

A disfunção não se encontra apenas na aplicação, mas, sobretudo, na ausência de procedimentos e normas. Isso gerou a falta de realização de estudos interdisciplinares antes/

durante a tramitação da execução; a inexistência de orientação a vítimas e pessoas condenadas; a escassez de acompanhamento e fiscalização ativa do cumprimento da pena; a carência de padronização e controle nos instrumentos de fiscalização; a omissão de padronização na hipótese de descumprimento da pena; a inexistência de procedimento que capacite e envolva as entidades que compõem a rede social; a carência de métodos que diminuam o excesso de burocracia na tramitação dos processos.

A ausência de metodologias para a execução das penas e/ou sua aplicação deficiente compromete a busca do conhecimento e os estudos de elementos etiológicos, a fim de melhor encaminhar à resolução de conflitos, evitar condutas problemáticas ou reincidências criminais, propiciar a aplicação do processo restaurativo, com o reconhecimento do erro pela pessoa condenada e o reconhecimento do estranho por parte da vítima, de modo a permitir que vítima e ofensor possam ser protagonistas.

Comprovou-se haver também relevante grau de ineficácia gerencial, circunscrita ao grau de prescrição da pretensão executória, e decorrente do insuficiente e não razoável número de processos em que houve o cumprimento de pena.

O problema da ineficácia criminológica é grave, pois como se poderia alcançar um resultado satisfatório, no caso, proporcionar a harmoniosa integração social do apenado, como determina a lei, se a própria norma não dispõe de instrumentos inclusivos e métodos processuais adequados a tal fim. Não há meios de se atingir tal resultado, a menos que se considere a lógica ultrapassada que presumia que a punição, independentemente de ser encarceradora ou alternativa, ressocializaria a pessoa. Evidencia-se, portanto, não haver atenção e diligência política ao mínimo suficiente com esse objetivo. Seus indicadores mais importantes, menor índice de encarceramento e maior índice de medidas de inclusão social, demonstraram-se ineficazes.

Como não houve a inversão da racionalidade punitiva, a recidiva criminal ou o descumprimento da pena quase nunca justificado por razões coerentes dariam ensejo à conversão a pena privativa de liberdade e na sequência à regressão a regime mais gravoso e encarcerador. Nesse sentido, o artigo demonstra que o princípio da "preponderância da pena alternativa" não é plenamente reconhecido. Ainda, a forma de execução da pena alternativa, por meio da interpretação judicial usual, não propicia a redução do índice de encarceramento.

No que atine à justiça aplicada no cumprimento da pena alternativa, penas voltadas para a inclusão social nem sequer foram aplicadas ou o foram de maneira excepcional. Resultaram ínfimas as medidas educativas ou profissionalizantes. Mesmo as prestações de serviços acabaram sendo preteridas por outras.

Há argumentos respeitáveis em diversos estudos que detalham os motivos pelos quais as penas alternativas têm maior pendor à inclusão social do que as penas encarceradoras e, portanto, à socialização. Há também elementos empíricos neste artigo que comprovam a ineficácia das penas alternativas aplicadas e na forma como são utilizadas, para a inclusão social e mais, que elas podem corroborar para o sentimento de impunidade. Nesses termos,

pode-se afirmar que as penas alternativas podem ter o pendor elevado de contribuir para a inclusão social, reduzir vulnerabilidades e alterar comportamentos, porém, isso não ocorre como pressuposto fático no contexto analisado por haver uma antinomia legal entre o objetivo e seus instrumentos e métodos, e pelo fato do não emprego de seus instrumentos, métodos e penas que poderiam se adequar minimamente a esse fim. Não se alterou a racionalidade punitiva proposta pela perspectiva criminológica em estudo.

Por conseguinte, observa-se que o modelo de gestão do serviço atual se dirige ao caminho da inefetividade, ainda mais quando somado aos resultados de ineficácia contínua demonstrados no artigo. Isso é preocupante, já que a outra solução, o encarceramento, é a solução menos desejável e tecnicamente menos viável.

Por certo, as medidas de inclusão social que se relacionam ao direito penal promovido pelo sistema de justiça não substituem o direito promovido pelo sistema social. No entanto, qualquer instrumento de direcionamento social, como o direito penal, deve visar cumprir os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Nesses termos, a pena criminal poderia ser um instrumento importante para propiciar a inclusão social. É um dos momentos em que o Estado pode perceber o cidadão, dialogar com ele e identificar a situação em que ele se encontra. Pode também observar os conflitos em que ele se envolveu e enxergar as suas vulnerabilidades, menos por infringência à norma de conduta imputada e mais por suas vulnerabilidades, que o induzem/incitam ou o colocam em conflito constante.

Compreende-se que o direito penal pode ser um importante coadjuvante nessa conformação, porém, necessita de reformas legislativas e administrativas no microssistema de penas restritivas de direito que lhe garanta maior aplicabilidade e fortalecimento das medidas que propiciem, além da não exclusão, gerada com o cárcere, a inclusão social, como se ponderou ao longo do artigo.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BASTO, Luis Eduardo Paschoal *et al*. Organizações públicas brasileiras: a busca da eficiência, da eficácia ou da efetividade? *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas – FGV, v. 27, n. 4, p. 142-146, out./dez. 1993.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Dados dos municípios de pequeno porte do estado do Tocantins*. Brasília, 2022. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF) (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 641.320*. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Súmula Vinculante n. 56, de 29 de junho de 2016*. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Brasília, 2016b. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=3352. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (Depen). *Manual de Gestão para Alternativas Penais*: Penas Restritivas de Direitos. Coordenação-Geral de Alternativas Penais. Brasília, 2016c.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Regras de Tóquio* – regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, DF, 2016d. 24 p. – (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Conflito de Competência 120.747/PR*. Conflito negativo de competência. Condenação em regime aberto pela Justiça Federal. Novo domicílio do apenado. Inocorrência de mudança de competência de juízo para execução da pena. Expedição de carta precatória. Fiscalização do cumprimento das condições impostas pelo juízo estadual apenas se não houver vara federal na comarca. [...]. Relator: Min. Alderita Ramos de Oliveira, 10 abr. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200076568&dt_publicacao=17/04/2013. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas. *Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas*. Brasília, 2012.

BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; [...]. Brasília: Presidência da República, 2006a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2006b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Constituição, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

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

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas – FGV, v. 34, n. 4, p. 7-26, jul./ago. 2000.

CARVALHO, Maria do Socorro M.V. Gestão organizacional estratégica: a questão dos recursos humanos e do desenvolvimento gerencial. *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas – FGV, v. 29, n. 1, p. 70-77, jan./mar. 1995.

CASTRO, Rodrigo Batista de. Eficácia, eficiência e efetividade na Administração Pública. *In*: Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Administração – ANPAD, 30, 2006, Salvador. *Anais* [...], Salvador: Anpad, 2006. p. 1-11. Disponível em: https://www.yumpu.com/pt/document/download/12994089/24520-a6d5e-e9d98-8a8a3-5a74d-14efa-ec850-765b4. Acesso em: 24 jan. 2024.

CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria geral da administração*: abordagens prescritivas e normativas. 7. ed. Barueri: Manole, 2014. v. 1.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE (CEPAL). *Gestión de programas sociales en América Latina*. Santiago de Chile: Cepal, 1998. (Série Políticas Sociales 25, v. 1.) Disponível em: http://www.cepal.org/pt-br/node/22600. Acesso em: 5 maio 2021.

DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem.* São Paulo: Instituto Tancredo Neves, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, à lógica jurídica, à norma jurídica e aplicação do Direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DRUCKER, Peter F. *Administração em tempos turbulentos*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1980.

DUARTE, Karina Bezerra de Oliveira. *Justiça restaurativa no sistema judiciário penal*: uma análise das práticas circulares em varas de penas alternativas. 2021. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021.

FASSIN, Didier. On Resentment and Ressentiment: The Politics and Ethics of Moral Emotions. *Current Anthropology*, [*s. l.*], v. 54, n. 3, p. 249-267, jun. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAGLIARDI, Ricardo. *Microssistema de penas criminais alternativas nas comarcas de menor porte do Estado do Tocantins*: diagnóstico, tendências e proposições. 2018. 402 f. Dissertação (Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2018.

GAGLIARDI, Ricardo; MEDINA, Patrícia. Microssistema das penas alternativas: análise gerencial e normativa da fase cognitiva. *Revista ESMAT*, [*s. l.*], v. 12, n. 19, p. 29-84, jan./jun. 2020.

GOMES, Geder Luiz Rocha. A trajetória da central nacional de penas e medidas alternativas do Ministério da Justiça. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 21, p. 95-119, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas* – Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro – Secretaria de Assuntos Estratégicos: Livraria do Ipea, 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7517. Acesso em: 18 maio 2021.

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD). *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas* – Relatório Final de Pesquisa. [*S.l.*]: [*s.n.*], 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/376236/mod_resource/content/1/PenasAlternativasILANUDcompleto%20%281%29%20%281%29.pdf. Acesso em: 24 jan. 2024.

JUNQUEIRA, Maíz Ramos. *Penas e medidas alternativas e serviço social*: entre a garantia de direitos e o controle social. 2018. 171 f. Tese (Doutotorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? *Verve*, São Paulo, v. 4, p. 80-111, 2003.

McCORKLE, Lloyd; KORN, Richard. Resocialization within Walls. *The Annals of American Academy of Political and Social Science*, [*s. l.*], v. 293, n. 1, p. 88-98, maio 1954.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Fabiana Costa *et al*. Medidas alternativas: estrutura necessária para aplicação, fiscalização e avaliação. *Boletim Científico*, Escola Superior do Ministério Público da União, n. 2, p. 53-67, jan./mar. 2002.

PIRES, Alvaro; DIGNEFFE, Françoise. Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pur une reconstruction du champ criminologique. *Criminologie*, [*s. l.*], v. 25, n. 2, p. 13-47, 1992.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Corregedoria-Geral de Justiça. *Provimento n. 2, de 31 de janeiro de 2023*. Institui a Consolidação das Normas dos Serviços da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Tocantins. Palmas, 2023a. Disponível em: https://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/3370 . Acesso em: 23 jan. 2024.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. *Portaria n. 412, de 22 de fevereiro de 2023*. Instituiu o Grupo Gestor das Equipes Multidisciplinares (GGEM), com a finalidade de gerenciar os trabalhos desenvolvidos pelas equipes multidisciplinares. Palmas, 2023b. Disponível em: https://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/3424. Acesso em: 23 janeiro 2024.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Corregedoria-Geral de Justiça. *Provimento n. 12, 15 de agosto de 2012*. Institui o Manual de Procedimentos Penais do Estado do Tocantins. Disponível em: http://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/598. Acesso em: 22 fev. 2024.

TOCANTINS. *Lei Complementar n. 10, de 11 de janeiro de 1996*. Institui a Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado do Tocantins e dá outras providências. Palmas, 1996. Disponível em: https://corregedoria.tjto.jus.br/component/edocman/atos-normativos-extrajudicial/lei-complementar-n-10-1996?Itemid=. Acesso em: 21 dez. 2023.

TRIOLA, Mario F. *Introdução à estatística*. Rio de Janeiro: LTC, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas.* Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Ricardo Gagliardi

Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Criminologia pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru, Instituição Toledo de Ensino. Graduado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB). Juiz de direito e gestor público, membro do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO).

reiricardo2007@gmail.com
ricardo.gagliardi@tjto.jus.br

Patrícia Medina

Doutora em Educação pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestra em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharela em Pedagogia pela Faculdade Porto Alegrense de Educação Ciências Humanas e Letras e em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Docente-pesquisadora do Mestrado em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat) em cooperação com a UFT. Professora Associada da UFT, coordenadora do curso de Pedagogia do campus Palmas e bolsista FAPTO da UFT. Editora científica da Adsumus, Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

patriciamedina@mail.uft.edu.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 25.05.2021
Aprovado: 23.05.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202404

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Universidade de Pernambuco, Faculdade de Odontologia, Recife, Pernambuco, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-4920-5088

2 Universidade de Pernambuco, Faculdade de Odontologia, Recife, Pernambuco, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-6141-0458

3 Universidade de Pernambuco, Faculdade de Odontologia, Recife, Pernambuco, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-4687-3697

Judicialização da previdência: o perfil dos segurados e das demandas por incapacidade

SOCIAL SECURITY LITIGATION: THE PROFILE OF INSURED AND DEMANDS FOR DISABILITY

JUDICIALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL PERFIL DE LOS ASEGURADOS Y LAS RECLAMACIONES POR INVALIDEZ

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz[1], *Adriana Conrado de Almeida*[2] e *Gabriela Granja Porto*[3]

Resumo
Benefícios por incapacidade representam o assunto mais frequente no Judiciário Federal, e os altos gastos desses processos ameaçam a manutenção dessas prestações na previdência pública, com possibilidade de o risco passar ao seguro privado. Debruçar-se sobre essas demandas mediante identificação das causas de ajuizamento, além de minorar a litigiosidade, pode assegurá-las no regime geral. O objetivo do presente artigo é traçar o panorama do segurado, das causas de indeferimentos e das doenças incapacitantes, dos processos atinentes a esse assunto, notadamente o tempo de tramitação, a importância da perícia, a concordância da sentença com o exame técnico e deste com a decisão administrativa, o percentual de confirmação do pedido administrativo. Para isso, foi utilizado método científico-indutivo, por meio de técnica de investigação observacional mediante estudo descritivo, transversal e retrospectivo sobre os processos do assunto judicial auxílio-doença e aposentadoria por invalidez entre 2015 e 2019 em cidades que representam cinco regiões dos Juizados Especiais Federais, escolhidas entre varas de interior e de capital, especializadas ou não. A partir dos resultados, foram discutidas as situações que ensejaram demandas dessa ordem, sob o prisma das doenças e do processo em si, concluindo que há meios de conter a massificação de demandas por infortúnios que afetam a capacidade laborativa.

Palavras-chave
Juizados Especiais Federais; direito previdenciário; perícia médica; incapacidade laborativa; gratuidade judiciária; tempo de tramitação.

Abstract
Disability benefits are a more frequent issue in the Federal Courts and the high costs of these lawsuits threaten its maintenance in the Social Security, with the possibility of the risk being transferred to private insurance. Addressing these demands by identifying the causes of filing, in addition to mitigating litigation, can ensure them in the general regime. The objective of the paper is, thus, to outline the insured, the causes of administrative refusals and the disabling diseases, the processes related, notably, the processing time, the importance of the expertise, the agreement of the sentence with the expertise and from this with the administrative decision, the percentage of confirmation of the administrative request. To this end, an inductive scientific method was used, through an observational investigation technique through a descriptive, cross-sectional and retrospective study on the processes of the judicial subject sickness benefit and disability retirement between 2015 and 2019 in cities that represent the 5 regions of the Federal Special Courts, chosen from among interior and capital courts, specialized or not. From the results, the situations that rose demands of this order were discussed, under the prism of diseases and the process itself,

concluding that there are ways to contain the massification of demands for misfortunes that affect working capacity.

Keywords
Small Claims Courts; Social Security Law; medical expertise; disability working capacity; free justice; processing time.

Resumen
Las prestaciones por invalidez son el tema más frecuente en el Poder Judicial de Brasil, y los altos costos de estas demandas amenazan el mantenimiento de estas prestaciones en el sistema público de pensiones, con la posibilidad de que el riesgo se transfiera a un seguro privado. Atender estas reclamaciones identificando las causas de presentación, además de reducir la litigiosidad, puede garantizarlas en el régimen general. El objetivo de este artículo es esbozar el panorama del asegurado, las causas de rechazos y enfermedades incapacitantes, los procesos relacionados con este tema, en particular el tiempo de tramitación, la importancia del dictamen pericial, la concordancia de la sentencia con el examen técnico y de este último con la decisión administrativa, el porcentaje de confirmación de la solicitud administrativa. Para eso, se utilizó un método científico-inductivo, por intermedio de una técnica de investigación observacional a través de un estudio descriptivo, transversal y retrospectivo sobre los procesos de la materia judicial de la prestación por enfermedad y jubilación por incapacidad entre 2015 y 2019 en ciudades que representan cinco regiones de los Tribunales Especiales Federales, elegidos entre tribunales del interior y de la capital, especializados o no. A partir de los resultados, se discutieron las situaciones que dieron origen a demandas de este orden, desde la perspectiva de las enfermedades y del proceso mismo, concluyendo que existen formas de contener la masificación de demandas por infortunios que afectan la capacidad de trabajo.

Palabras clave
Juzgados de lo Social; derecho de la seguridad; pericia médica; incapacidad laboral; justicia gratuita; tiempo de procesamiento.

Contribuição de autoria

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; resources; writing – original draft.

Adriana Conrado de Almeida
Project administration; supervision; visualization.

Gabriela Granja Porto
Methodology; writing – review & editing.

• • •

Como citar este artigo
QUEIROZ, Daniela Zarzar Pereira de Melo; ALMEIDA, Adriana Conrado de; PORTO, Gabriela Granja. Judicialização da previdência: o perfil dos segurados e das demandas por incapacidade. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2404, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202404

• • •

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.IGWTDW.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY)*, que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

Este artigo parte da constatação de que a massificação da demanda previdenciária que envolve a capacidade laborativa necessita de um olhar acurado sobre a identificação das causas de ajuizamento, para fins de minorar a litigiosidade perante a Justiça Federal.

Para se ter uma ideia, os dados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constataram que o assunto judicial "benefícios em espécie de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez" corresponde a 80% das demandas nos Juizados Especiais Federais (JEFs), com reflexos para as turmas recursais (CNJ, 2019a).

Em uma retrospectiva sobre esse tema, cumpre observar que, no bojo da constitucionalização dos direitos sociais efetivada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) (Brasil, 1988), a Seguridade Social foi composta no tripé Saúde, Previdência e Assistência Social. A Assistência Social foi cuidada a partir do art. 194, e a Previdência Social, organizada na forma dos arts. 201 e seguintes, prevendo como cobertura os eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada. A Reforma da Previdência, patrocinada pela Emenda Constitucional (EC) n. 103, de 12 de novembro de 2019 (Brasil, 2019a), corrigiu terminologicamente a cobertura – de modo a abranger não a doença ou a invalidez, mas a incapacidade temporária e permanente –, manteve a idade avançada e desconstitucionalizou a morte dos eventos cobertos.

Dando concretude à lei maior, a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991 (Brasil, 1991), declinou os requisitos para a concessão dos benefícios por incapacidade, antes chamados auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, respectivamente nos arts. 42 e 59. O auxílio-doença é benefício previdenciário devido ao segurado que, uma vez cumprida a carência exigida, quando o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias (art. 59). Já a aposentadoria por invalidez será paga ao segurado que, depois de cumprida a carência, quando exigida, e estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 42). Em ambos, há necessidade de que o usuário seja filiado ao regime, diferentemente das prestações assistenciais previstas na Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Brasil, 1993), que prescindem de contribuição.

O *Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária* do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) conceitua incapacidade laborativa como a "impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade, função ou ocupação habitualmente exercida pelo segurado, em consequência de alterações morfopsicofisiológicas provocadas por doença ou acidente" (INSS, 2018, p. 26). O manual estabelece que o conceito de incapacidade laborativa

1 As autoras agradecem aos juízes e servidores que colaboraram para o fornecimento dos dados analisados neste artigo.

há de ser analisado quanto ao grau (parcial: quando "limita o desempenho das atribuições do cargo, sem risco de morte ou agravamento, embora não permita atingir a meta de rendimento alcançada em condições normais"; ou total: quando "gera impossibilidade de desempenhar as atribuições do cargo, função ou emprego"), à duração (temporária: quando se pode esperar a "recuperação dentro de prazo previsível"; ou indefinida: quando "insuscetível de alteração em prazo previsível com os recursos da terapêutica e reabilitação disponíveis à época) e à profissão desempenhada (uniprofissional: quando "alcança apenas uma atividade, função ou ocupação específica"; multiprofissional: quando "abrange diversas atividades, funções ou ocupações profissionais"; ou omniprofissional: quando "implica na impossibilidade do desempenho de toda e qualquer atividade função ou ocupação laborativa, sendo conceito essencialmente teórico, salvo quando em caráter transitório") (INSS, 2018, p. 27).

Uma vez que os juízes não estão, em regra, habilitados a apurar o grau de incapacidade laboral, é necessário contar com a *expertise* do perito médico (art. 464 do Código de Processo Civil [CPC]) (Brasil, 2015), que produzirá a prova demonstrativa do fato – finalidade última da perícia médica (França, 1995, p. 7) –, permitindo ao julgador formar sua convicção. A essa perícia, no entanto, não está vinculado, segundo o princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 371 do CPC (Brasil, 2015), podendo dele se desviar contanto que esteja baseado em outras provas.

Como decorrência, as demandas por incapacidade têm volume que desperta a preocupação não somente do pesquisador, como também do órgão incumbido de sua gestão. Diante desse quantitativo elevado, o Departamento de Pesquisas do CNJ convocou estudo com o campo temático – Impactos da atuação do Poder Judiciário sobre a política pública previdenciária (Edital 1/2019) e constatou o aumento de 140% das demandas de natureza previdenciária e assistenciais entre 2015 e 2019 (Otoni, 2020).

Pode explicar esse incremento a política de revisões dos benefícios por incapacidade patrocinada pelo INSS. Embora previstas na lei, as revisões não ocorriam há anos e elas trouxeram economia aos cofres públicos. As estatísticas mostraram uma economia de 9,6 bilhões de reais no primeiro ano dessas revisões (Revisão [...], 2018, p. 1). No entanto, quem teve seu benefício cessado pode ter buscado a Justiça para reavê-lo.

Outro fator para o incremento da litigância consiste nas iniciativas tendentes à Reforma da Previdência, consolidadas na promulgação da EC n. 103/2019 (Brasil, 2019a). Com medo de perder direitos, o cidadão pede benefícios com as regras anteriores à reforma.

Em contraponto ao aumento de demanda previdenciária por incapacidade, que reflete numericamente maiores gastos públicos tanto com perícias médico-judiciais quanto com assistência judiciária gratuita, foi cogitado o deslocamento dos benefícios por incapacidade da administração previdenciária para a iniciativa privada com a instituição do seguro privado. A matéria foi desconstitucionalizada, como se observa no art. 201, § 10, da CF/88 (Brasil, 1988), que atribui à lei complementar a disciplina da cobertura a benefícios não programados, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, pela nova redação dada pela EC n. 103/2019

(Brasil, 2019a). Significa dizer que uma lei complementar pode agora estabelecer que os benefícios previdenciários por incapacidade passem a ser geridos por empresas de seguro e não mais pelo INSS. Isso implica ainda mais perda da proteção social, na medida em que a concessão do benefício sujeita ao controle privado deixará o viés de proteção social para atender às exigências do mercado tendentes ao lucro. Muito preocupante.

Aliás, a dificuldade prática de pagamento de peritos objetou a tramitação de milhares de feitos perante a Justiça Federal, porque os peritos deixaram de ser remunerados à falta de dotação orçamentária, o que ensejou a edição da Lei n. 13.876, de 23 de setembro de 2019 (Brasil, 2019b), para regularizar o problema. Enquanto duraram os atrasos nos pagamentos, vários médicos que não puderam aguardar que o Governo Federal voltasse a pagar as prestações pediram descredenciamento dos quadros da Justiça Federal, pois os peritos não são funcionários e sim nomeados individualmente pelos juízos para exercer o múnus público mediante contraprestação. Como houve perda do corpo médico, muitas perícias foram adiadas sem data, o que importou em demora ainda maior para os processos.

Esse normativo trouxe ainda outra inovação, agora de conteúdo competencial. O art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966 (Brasil, 1966), passou a possibilitar o ajuizamento de demandas previdenciárias nos juízos estaduais apenas quando a vara federal distar 70 km da sede de domicílio do autor da demanda. É dizer, trouxe ao orçamento da Justiça Federal gastos que antes estavam afetos ao processamento estadual, no qual antes podiam tramitar.

Diante do cenário, é compreensível e até esperado o aumento de ações. Porém, não se debruçou sobre esse tipo de demanda para tentar reduzi-la, nem para verificar se há algum padrão que possa permitir mudança de direcionamento e se há alguma inconformidade possível de correção para aprimorar o processamento ou, simplesmente, conhecer o usuário desse serviço judicial.

Sob o enfoque, o artigo propõe-se a contribuir para a inovação empírica no campo de Direito e sua correlação com Desenvolvimento, Sociedade e Economia. O exame das demandas individualizadas poderá mostrar padronização de condutas que permitam o aprimoramento do tema, como a identificação de experiências exitosas no campo da celeridade processual com o consequente desenvolvimento das populações prontamente atendidas, bem assim a economia de recursos destinados ao processo, quem sabe até permitindo que o assunto não venha a ser entregue ao setor privado, como já autorizado pelo constituinte reformador.

Pretende-se, sem prejudicar o jurisdicionado, o desenvolvimento do Judiciário e do sistema jurídico nacional, alargando o conhecimento interdisciplinar entre o Direito e a Medicina, tendo em vista que essas áreas estão relacionadas a esse tipo de demanda pela perícia médica.

A falta de informação e de dados estatísticos sobre o tema, diante da realidade brasileira dispersa em Tribunais Regionais Federais (TRFs), cada qual com seu sistema informatizado, já que à época da pesquisa não havia ainda o TRF6, criado apenas em 20 de outubro de 2021 (Lei n. 14.226 [Brasil, 2021]), gera dificuldades para o pesquisador. No entanto, a ideia é constituir uma base de dados de amostra sobre o assunto, mediante levantamento realizado

em unidades jurisdicionais representativas dessas regiões. A partir dos dados, inferir eventuais conclusões ou padrões que possam ser induzidos em uma relação que compreende do particular ao geral.

O objetivo do artigo é, assim, caracterizar o perfil do periciado de causas previdenciárias por incapacidade nos JEFs das cinco regiões; traçar as principais doenças incapacitantes comparando-as às variáveis sociais dos avaliados; constatar as causas de indeferimentos mais recorrentes, quantificar o tempo de tramitação do processo e se há diferença entre as regiões do país e se é possível identificar o porquê, de que forma a perícia médica contribui para o julgamento do feito; numerar a quantidade de assistidos patrocinados pela assistência judiciária gratuita; tal como quantificar os ajuizamentos com advogados, defensoria pública ou atermação, serviço judiciário para auxiliar o ajuizamento direto pelo cidadão; individualizar o valor da perícia e se há diferença entre os juízos; apurar o grau de concordância entre a perícia administrativa e a judicial e entre esta e a sentença; estabelecer o percentual de confirmação da decisão do INSS que negou o benefício.

Todos esses aspectos confirmam a importância e a originalidade desse desafiante tema, a despertar atenção do leitor.

1. Metodologia

A metodologia empregada para explicar como se processa o conhecimento da realidade foi a indutiva, da corrente filosófica dos empiristas (Gil, 2012). Com esse mister, usou-se a técnica observacional, por meio de estudo descritivo, realizado de forma transversal e retrospectivo dos processos ajuizados entre 2015 e 2019 com assunto judicial de "Benefícios em Espécie – Auxílio Doença e Aposentadoria por Invalidez" em varas (JEFs do Brasil). A escolha das varas levou em consideração critérios geográficos, econômicos, como caracteres rurais e urbanos, de interior e de capital, especializadas ou não em matéria previdenciária.

Buscou-se a representação das cinco regiões em que se dividia a Justiça Federal brasileira: Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul. A materialização dessa escolha passou pelo conhecimento prévio dos juízes que, após contato, acreditaram no trabalho e forneceram autorização para as pesquisas. Sob esse enfoque, os juízos escolhidos foram Macapá/AP-TRF1 (3ª Vara de capital, com competência para todas as matérias de Juizado), Rio de Janeiro/RJ-TRF2 (11ª Vara de capital, especializada em Juizado Previdenciário), São Carlos/SP-TRF3 (1ª Vara, localizada no interior com competência plena, o que importa em Cível, Criminal, Execução Fiscal e Juizado), Curitiba/PR-TRF4 (8ª Vara de capital, especializada em Previdenciário e exclusiva para benefícios por incapacidade), Jaboatão dos Guararapes/PE-TRF5 (30ª Vara de interior, com competência mista de Juizado e de Execução Fiscal).

O tamanho do juizado, se de pequeno, médio ou grande porte, não foi critério de escolha, levando em conta não haver proporcionalidade entre o tamanho do juizado e o número

de causas sobre capacidade laborativa que nele são ajuizadas. Mediante habilitação nos processos eletrônicos, apurou-se o montante total (população), da qual se extraiu a amostra por meio da calculadora COMENTTO.[2] Dividindo a população pela amostra, obteve-se um número que se tornou o padrão para a pesquisa, no caso, 50. A cada ano, olhou-se o primeiro, depois o 50, seguido do 100 e assim sucessivamente. Ficaram excluídos processos com perícia indireta, extintos sem resolução do mérito, julgados sem trânsito em julgado no ano de 2019. Nesse caso, foi analisado o sucessivo e, se igual, o antecessor.

A coleta dos dados foi manual, com aposição em tabelas que não identificaram dados sensíveis dos titulares das ações, de forma a garantir a anonimização dos dados pessoais, à luz da diretriz do art. 7º, IV, da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Brasil, 2018a).

Em obediência à Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012, da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e do Conselho Nacional de Saúde (CNS) (Conep, 2012), o projeto foi enviado ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), tendo sido aprovado sob o Parecer 4.467.986, de 16 de dezembro de 2020 (Anexo I). Não houve pesquisa com seres humanos, razão por que foi dispensado o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Partindo dos dados obtidos, foram calculadas as frequências absolutas e relativas (variáveis categóricas) e medidas de tendência central e dispersão (variáveis numéricas) para obter um perfil geral da amostra. Em seguida, foi realizada uma análise bivariada entre as variáveis relacionadas ao pedido e ao autor do pedido com o tipo de doença aferida pelo INSS. A terceira fase deu-se pela investigação bivariada entre as variáveis ligadas ao pedido e ao autor em relação à concessão. Após selecionar as variáveis promissoras, foi estimado um modelo com interação entre variáveis e, em seguida, o método de seleção de variáveis *stepwise* para trás e para frente foi aplicado. Por fim, houve a interpretação do modelo por meio das razões de chances, além de ter sido feito o teste de Hosmer e Lemeshow para garantir a qualidade do ajuste. Para viabilizar a análise inferencial, algumas variáveis tiveram suas categorias unidas, como tipo de doença, setor de ocupação, tipo de vínculo e histórico previdenciário. O nível de significância do estudo foi fixado em 5%. Todos os gráficos e cálculos foram feitos a partir da linguagem de programação R versão 4.0.2.

2. Resultados

A Tabela 1 apresenta frequências absolutas e relativas de todas as variáveis categóricas, distribuídas em um total de 416 indivíduos, aqui devendo ser entendido o total de processos

2 Disponível em: https://comentto.com/calculadora-amostral/. Acesso em: 11 jan. 2024.

analisados nas cinco varas pesquisadas. A maioria veio de Curitiba e Jaboatão dos Guararapes, com 26,9% (n=112) e 25% (n=104), respectivamente. Os anos de 2017 e 2018 concentraram as maiores inserções, com 24,5% (n=102) e 30% (n=125) dos casos. O tipo de pedido mais frequente foi de "auxílio-doença e aposentadoria por invalidez", com 34,9% (n=145). Constatou-se que 26,2% (n=109) já tiveram benefícios anteriores. Na maior parte, a defesa do autor foi feita por advogados, com 82,7% (n=344). Apenas 0,5% (n=2) não utilizou assistência judiciária gratuita. Verificou-se que 20,2% (n=84) fizeram acordo, com valores nominais entre R$ 1.190,00 e R$ 15.581,00. Dos acordos, 48,8% (n=41) foram de 100% dos atrasados, e 24,8% (n=103) recorreram. O sexo masculino foi constatado como 54,1% (n=225) da amostra; 38,2% (n=159) dos homens eram casados e 30,3% (n=126) eram solteiros. A maioria dos autores era analfabeta ou tinha ensino fundamental incompleto, 47,4% (n=197), ou ensino médio, 26,9% (n=112). O setor de ocupação mais frequente foi o de serviços, totalizando 40,9% (n=170); nesse setor, 50% (n=208) eram empregados e 21,6% (n=90) eram contribuintes individuais. Apurou-se que 73,1% (n=304) apresentaram histórico previdenciário, sendo 37,3% (n=155) de pessoas com histórico de auxílio-doença e 34,6% (n=144) de ambos. Observou-se ainda que 67,8% (n=282) fizeram o pedido após o benefício ter sido cessado, enquanto 28,1% (n=117) nunca tiveram nenhum benefício concedido anteriormente. A maior causa de indeferimento foi "parecer contrário da perícia médica": 96,6% (n=402). Os tipos de doenças mais frequentes na perícia do INSS foram "ortopedia ou traumatologia", com 44% (n=183), e "psiquiatria", com 16,1% (n=67). Na perícia judicial, apesar de os ramos de doença "ortopedia/traumatologia" e "psiquiatria" terem sido, de igual modo, mais frequentes, houve leve aumento na frequência relativa, que fora de 54,6% (n=227) e 18,8% (n=78), respectivamente. Notou-se diferença da perícia judicial para a administrativa quanto ao tipo de doença "cardiologia", que veio a ser atestado 70% mais vezes pelos judiciais do que pelos administrativos, totalizando 13,7% (n=57). Em 62% (n=258) dos casos, a conclusão da perícia do INSS foi igual à dos peritos judiciais, em que pese a hipótese diagnóstica entre eles só tenha sido similar em 51,9% (n=216) das ocasiões. A perícia judicial afirmou não haver incapacidade 56,3% (n=234) das vezes, a incapacidade parcial e temporária foi identificada em 12,3% (n=51) das ocorrências e a incapacidade total e temporária em 17,5% (n=73). Incapacidades permanentes foram atestadas para 13,7% (n=57) dos indivíduos. A sentença judicial não concordou unanimemente com o INSS em 13,2% (n=55) e em parte 11,8% (n=49), entretanto, na maioria das ocasiões, a sentença foi improcedente, 59,6% (n=248), confirmando a decisão administrativa que negou o benefício. A sentença coincidiu com a perícia em 81,5% (n=339) dos pedidos, e 17,1% (n=71) foram categorizados como "não se aplica". Ocorre que desses 17,1% "não aplicáveis", 83,1% (n=59) fizeram acordo e 2,9% (n=12) não fizeram acordo, a representar que o próprio INSS concordou com o autor nesses 17,1% e ofereceu proposta de transação, podendo ser somados a 81,5% de concordância entre a sentença e a perícia. É dizer, 98,6% (n=410) de coincidência entre a sentença e a

perícia judicial. A idade dos indivíduos variou de 21 até 72 anos, com valor médio de 49 e desvio-padrão de 10 anos para mais e para menos. O tempo total de espera foi em média de 8,7 meses, variando em geral de 4,6 até 12,9, e seu valor mínimo foi de 2,3 e o máximo de 26,7 meses. O tempo até a sentença foi em média de 4,7 meses, variando na maioria das vezes entre 2,3 e 7,2 meses, chegando até a 16 meses. Já o tempo da sentença até o acórdão foi de 3,8 meses em média, com desvio-padrão da média de 0,48 até 7,2, contudo, chegou até 25 meses.

TABELA 1 – **FREQUÊNCIAS ABSOLUTAS E RELATIVAS DAS VARIÁVEIS CATEGÓRICAS**

VARIÁVEL	CATEGORIAS	N=416	%
VARA	3ª MACAPÁ	38	9,1
	11ª RIO DE JANEIRO	84	20,2
	1ª SÃO CARLOS	78	18,8
	8ª CURITIBA	112	26,9
	30ª JABOATÃO DOS GUARARAPES	104	25
ANO DE INÍCIO	2015	62	14,9
	2016	67	16,1
	2017	102	24,5
	2018	125	30
	2019	60	14,4
TIPO DO PEDIDO	AUXÍLIO-DOENÇA (AD)	59	14,2
	APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (AIZ)	18	4,3
	AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (AD/AI)	145	34,9
	RESTABELECIMENTO AD	73	17,5
	RESTABELECIMENTO AD E CONCESSÃO AIZ	80	19,2
	OUTROS	41	9,9
PROCESSO ANTERIOR	NÃO	307	73,8
	SIM	109	26,2
DEFESA DO AUTOR	ADVOGADO	344	82,7
	DEFENSORIA PÚBLICA	20	4,8
	ATERMAÇÃO*	52	12,5

(continua)

VARIÁVEL	CATEGORIAS	N=416	%
ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA	GRATUITA	414	99,5
	NÃO GRATUITA	2	0,5
ACORDO	NÃO	332	79,8
	SIM	84	20,2
ACÓRDÃO	NÃO	313	75,2
	SIM	103	24,8
SEXO	MASCULINO	225	54,1
	FEMININO	191	45,9
ESTADO CIVIL	SOLTEIRO	126	30,3
	CASADO	159	38,2
	DIVORCIADO OU VIÚVO	39	9,4
	OUTROS	57	13,7
	NÃO INFORMADO	35	8,4
ESCOLARIDADE	ANALFABETO OU COM FUNDAMENTAL INCOMPLETO	197	47,4
	FUNDAMENTAL COMPLETO OU MÉDIO INCOMPLETO	53	12,7
	ENSINO MÉDIO	112	26,9
	ENSINO SUPERIOR CURSANDO OU COMPLETO	23	5,5
	NÃO INFORMADO	31	7,5
SETOR DE OCUPAÇÃO	TRABALHADOR RURAL OU SEGURADO ESPECIAL	26	6,3
	EMPREGADO DOMÉSTICO	42	10,1
	DO LAR OU ESTUDANTE	11	2,6
	CONSTRUÇÃO CIVIL	45	10,8
	COMÉRCIO	45	10,8
	SERVIÇOS	170	40,9
	INDÚSTRIA	43	10,3
	AUTÔNOMO/AMBULANTE	10	2,4
	EDUCAÇÃO	4	1
	OUTROS	15	3,6
	NÃO INFORMADO	5	1,2

(continua)

VARIÁVEL	CATEGORIAS	N=416	%
TIPO DE VÍNCULO	EMPREGADO	208	50
	CONTRIBUINTE INDIVIDUAL	90	21,6
	SEGURADO ESPECIAL	15	3,6
	EMPREGADOR	2	0,5
	OUTROS	68	16,3
	BAIXA RENDA	32	7,7
	NÃO INFORMADO	1	0,2
HISTÓRICO PREVIDENCIÁRIO	NUNCA RECEBEU	110	26,4
	AUXÍLIO-DOENÇA	155	37,3
	APOSENTADORIA POR INVALIDEZ	5	1,2
	MAIS DE UM BENEFÍCIO	144	34,6
	OUTROS	2	0,5
SITUAÇÃO ATUAL DO BENEFÍCIO	NUNCA RECEBEU	117	28,1
	CESSADO	282	67,8
	ATIVO	16	3,8
	DADO FALTANTE	1	0,2
MOTIVO DO INDEFERIMENTO	PARECER CONTRÁRIO DA PERÍCIA MÉDICA	402	96,6
	FALTA QUALIDADE DE SEGURADO	3	0,7
	FALTAM EXAMES E/OU DOCUMENTOS	1	0,2
	FALTA COERÊNCIA	1	0,2
	DADO FALTANTE	9	2,2
TIPO DE COMORBIDADE – PERÍCIA INSS	VÍRUS	13	3,1
	NEOPLASIA	12	2,9
	HEMATO	2	0,5
	ENDÓCRINO	4	1
	PSIQUIATRIA	67	16,1
	NEURO	22	5,3
	OFTALMO	13	3,1
	CÁRDIO	34	8,2

(continua)

VARIÁVEL	CATEGORIAS	N=416	%
	APARELHO RESPIRATÓRIO	1	0,2
	APARELHO DIGESTIVO	8	1,9
	ORTOPEDIA OU TRAUMATOLOGIA	183	44
	GINECOLOGIA	7	1,7
	DOR ABDOMINAL	4	1
	CLÍNICA MÉDICA	13	3,1
	NÃO INFORMADO	33	7,9
TIPO DE COMORBIDADE – PERÍCIA JUDICIAL**	VÍRUS	16	3,8
	NEOPLASIA	14	3,4
	HEMATO	3	0,7
	ENDÓCRINO	23	5,5
	PSIQUIATRIA	78	18,8
	NEURO	30	7,2
	OFTALMO	17	4,1
	CÁRDIO	57	13,7
	APARELHO RESPIRATÓRIO	3	0,7
	APARELHO DIGESTIVO	9	2,2
	ORTOPEDIA OU TRAUMATOLOGIA	227	54,6
	GINECOLOGIA	8	1,9
	DOR ABDOMINAL	4	1
	CLÍNICA MÉDICA	21	5
	NÃO INFORMADO	30	7,2
PERÍCIA DO INSS IGUAL A JUDICIAL	SIM	258	62
	NÃO	154	37
	NÃO HOUVE PERÍCIA NO INSS	2	0,5
	SEM ELEMENTOS PARA RESPONDER	2	0,5
DIAGNÓSTICO DO MÉDICO JUDICIAL IGUAL AO DO MÉDICO DO INSS	SIM	215	51,7
	NÃO	196	47,1

(continua)

VARIÁVEL	CATEGORIAS	N=416	%
	NÃO HOUVE PERÍCIA MÉDICA NO INSS	3	0,7
	SEM ELEMENTOS PARA RESPONDER	2	0,5
TIPO DE INCAPACIDADE ATESTADA PELA PERÍCIA JUDICIAL	NÃO HÁ INCAPACIDADE	233	56
	INCAPACIDADE PARCIAL E TEMPORÁRIA	52	12,5
	INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA	73	17,5
	INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE	22	5,3
	INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE	35	8,4
	DADO FALTANTE	1	0,2
SENTENÇA JUDICIAL	PROCEDENTE	55	13,2
	IMPROCEDENTE	248	59,6
	PROCEDENTE EM PARTE	49	11,8
	OUTROS	63	15,1
	DADO FALTANTE	1	0,2
SENTENÇA COINCIDIU COM A PERÍCIA	SIM	339	81,5
	NÃO	6	1,4
	NÃO SE APLICA	71	17,1

* NOME DADO AO SERVIÇO JUDICIÁRIO POSTO À DISPOSIÇÃO DE QUEM QUEIRA SOZINHO AJUIZAR UMA DEMANDA – O PEDIDO É REDUZIDO A TERMO, ATERMADO.

** A PERÍCIA PODE TER CONSTATADO MAIS DE UM TIPO DE COMORBIDADE.

Fonte: Elaboração própria.

A Tabela 2 apresenta tipos de tempos – da distribuição à sentença e da sentença ao acórdão – calculados levando em conta vara, defesa do autor e ano de início do processo. Para o tempo até a sentença, existe discrepância na distribuição entre varas. Curitiba apresenta tempo médio de 36% mais baixo em relação às demais no geral (valor-p<0,001). Os anos de 2016, 2017 e 2018 mostraram-se mais lentos em relação aos demais (valor-p=0,01). Já para o tempo da sentença até o acórdão, a relação anterior não foi constatada, e Macapá apresenta tempo médio maior em cerca de seis meses em relação a todas as outras varas, com exceção de Jaboatão dos Guararapes, que chegou a oito meses médios (valor-p<0,001). Os anos de 2015 e 2019 foram destoantes dos demais, tendo 2015 apresentado a distribuição com tempos mais elevados no geral e 2019, os menores (valor-p=0,05). Quanto ao tempo

total, Macapá e São Carlos lideraram como as mais demoradas e Jaboatão dos Guararapes, a mais rápida.

TABELA 2 – **CRUZAMENTO DOS TEMPOS: ATÉ A SENTENÇA, DA SENTENÇA AO ACÓRDÃO E TEMPO TOTAL DA VARA, TIPO DE DEFESA DO AUTOR E ANO DE INÍCIO**

VARIÁVEL	CATEGORIA	MÍN.	MEDIANA	MÉDIA	MÁX.	DESVIO-PADRÃO	VALOR-P
						TEMPO ATÉ A SENTENÇA (EM MESES)	
VARA	3ª MACAPÁ	1,2	5,1	5,1	11,9	2,4	0
	11ª RIO DE JANEIRO	2,6	4,4	4,8	11,5	1,6	
	1ª SÃO CARLOS	1,9	5,9	6,4	15,6	3,2	
	8ª CURITIBA	0,8	2,7	3,3	16,1	2,4	
	30ª JABOATÃO DOS GUARARAPES	0,7	4,4	4,8	15,4	2,3	
DEFESA DO AUTOR	ADVOGADO	0,7	4,2	4,7	16,1	2,5	0,18
	DEFENSORIA PÚBLICA	1	3,3	3,7	9,1	2	
	ATERMAÇÃO	1,2	4,3	5	13,8	3,2	
ANO DE INÍCIO	2015	1	3,4	3,9	12,3	2,2	0,01
	2016	0,8	3,9	4,7	15,4	3,2	
	2017	0,7	4,2	4,8	13,8	2,3	
	2018	1,2	4,5	5,2	16,1	2,8	
	2019	2	4	4,2	6,9	1,3	
						TEMPO DA SENTENÇA ATÉ O ACÓRDÃO (EM MESES)	
VARA	3ª MACAPÁ	2,3	11	10,1	24,9	7,7	0
	11ª RIO DE JANEIRO	1,4	3,3	4,2	9,6	2,4	
	1ª SÃO CARLOS	1,1	3,3	4,5	12,1	3,6	
	8ª CURITIBA	0	3,6	4,3	10,4	2,2	
	30ª JABOATÃO DOS GUARARAPES	0,5	1,8	2,1	7,3	1,2	
DEFESA DO AUTOR	ADVOGADO	0,5	2,9	3,8	24,9	3,4	0,34
	DEFENSORIA PÚBLICA	1,9	3,7	4	6,8	1,9	
	ATERMAÇÃO	0	4,2	4,7	12	4,4	

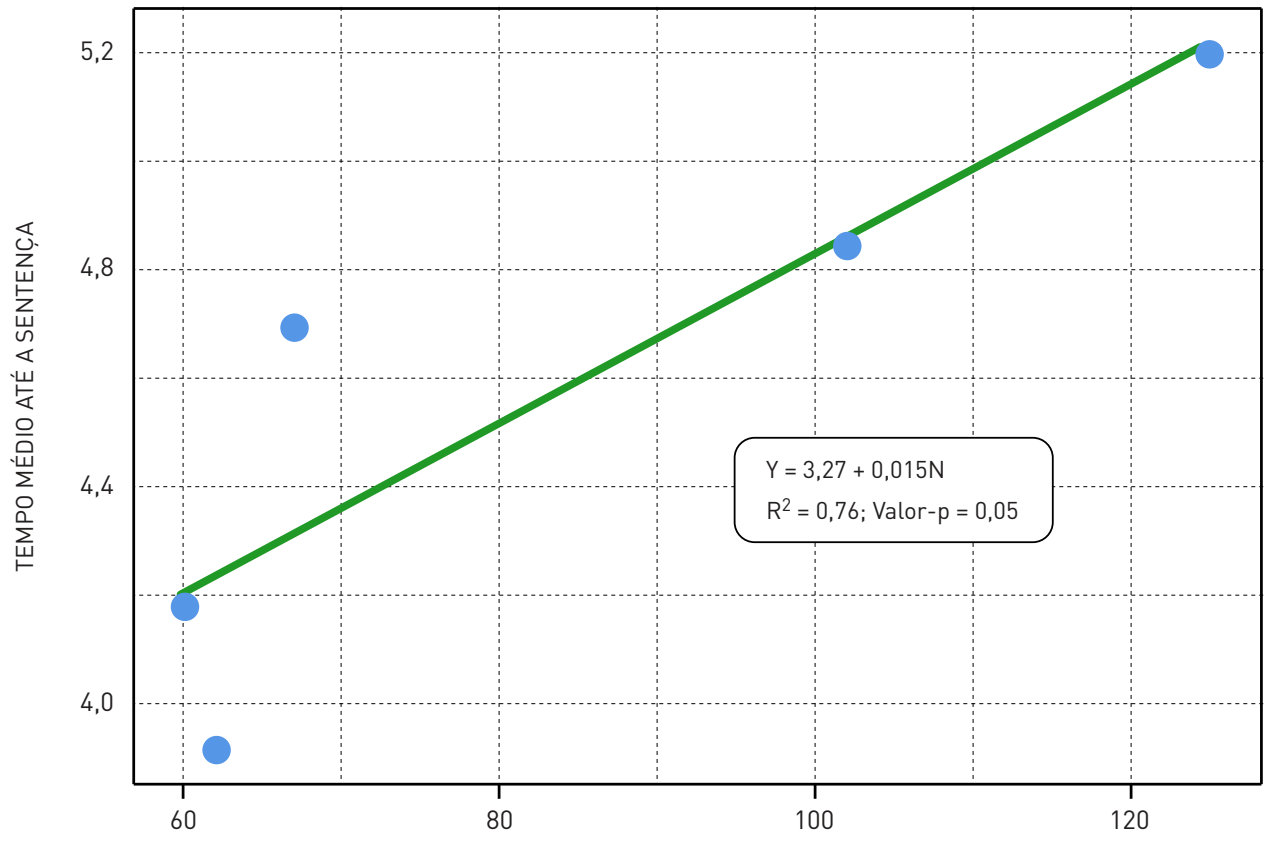
(continua)

VARIÁVEL	CATEGORIA	MÍN.	MEDIANA	MÉDIA	MÁX.	DESVIO-PADRÃO	VALOR-P
						TEMPO ATÉ A SENTENÇA (EM MESES)	
ANO DE INÍCIO	2015	0,8	4,3	6,1	24,9	6,3	0,05
	2016	1,1	2,3	4	12	3,5	
	2017	0	3,1	3,3	9,6	2,3	
	2018	1	3,2	3,8	11	2,3	
	2019	1	1,8	2,2	3,5	0,9	
						TEMPO TOTAL (EM MESES)	
VARA	3ª MACAPÁ	6,6	14,5	14,5	26,8	7	0
	11ª RIO DE JANEIRO	6	8,5	9,6	21,1	3,6	
	1ª SÃO CARLOS	6,2	11,9	12,1	18	4,4	
	8ª CURITIBA	2,3	8,1	8,4	17,5	3,5	
	30ª JABOATÃO DOS GUARARAPES	3,8	6,2	6,9	16,6	2,6	
DEFESA DO AUTOR	ADVOGADO	3,8	7,6	8,6	26,8	4	0,57
	DEFENSORIA PÚBLICA	4,6	7,6	8	12,7	3	
	ATERMAÇÃO	2,3	12	11,4	19,5	6,9	
ANO DE INÍCIO	2015	4,1	6,9	9,3	26,8	6,3	0,08
	2016	4,2	8,7	9,8	19,5	4,4	
	2017	2,3	7,6	8,3	21,1	4	
	2018	4,1	8,2	9	17,5	3,3	
	2019	4,7	6,3	6,2	9,4	1,4	

Fonte: Elaboração própria.

O Gráfico 1 exibe a relação entre a quantidade de processos iniciados nos anos analisados e o tempo médio até a sentença em cada ano (obtidos a partir dos dados da Tabela 2). A cada dois processos inseridos no sistema, o tempo médio até a sentença aumenta em cerca de dois dias.

GRÁFICO 1 – **DISPERSÃO ENTRE A QUANTIDADE DE PROCESSOS INICIADOS EM UM ANO E O TEMPO MÉDIO ATÉ A SENTENÇA, COM MODELO DE REGRESSÃO LINEAR SIMPLES AJUSTADO**



Fonte: Elaboração própria.

A Tabela 3 traz a análise bivariada para identificar associações com o tipo de doença atestada pelo INSS, a partir da qual se encontraram os seguintes achados significativos: a vara do Macapá teve maior propensão a atestar problemas de saúde cardiológicos e ortopédicos ou traumatológicos, sendo quase certo que o tipo neurológico não é registrado, enquanto a vara do Rio de Janeiro foi mais propensa a atestar problemas de saúde psiquiátricos, neurológicos ou cardiológicos. A vara de São Carlos, por sua vez, demonstrou maior propensão para casos psiquiátricos, neurológicos e ortopédicos ou traumatológicos. Jaboatão dos Guararapes teve predominância de casos ortopédicos ou traumatológicos e de outros tipos. Já a vara de Curitiba apresentou a distribuição de tipos de doenças mais homogênea (valor-p=0,04). Os autores solteiros apresentaram concentração para o tipo psiquiátrico ou outros; os casados, o tipo neurológico. Divorciados ou viúvos tiveram maior chance de serem identificados com doenças psiquiátricas. As "outras classificações", nelas incluída a união estável, para o estado civil são mais volumosas para doenças cardíacas. As pessoas que o INSS apontou como doentes cardiológicos e ortopédicos ou traumatológicos tiveram 52,6 e 51 anos de idade média, respectivamente, que são 15% e 11%

maiores que aqueles com doenças psiquiátricas, que foi o menor, com 45,6 anos de idade média. O desvio-padrão de todos é bastante similar, cerca de nove anos (valor-p<0,001).

TABELA 3 – **ANÁLISE BIVARIADA ENTRE VARIÁVEIS SOCIODEMOGRÁFICAS / PEDIDO SOLICITADO COM OS TIPOS DE COMORBIDADES**

VARIÁVEL	CATEGORIAS	TIPO DE COMORBIDADE NO INSS										VALOR-P*
		PSIQ.		NEURO		CÁRDIO		ORTO OU TRAUM.		OUTROS		
		N=67	%	N=22	%	N=34	%	N= 183	%	N= 77	%	
VARA	3ª MACAPÁ	3	4,5	0	0	4	12	19	10	6	7,8	**0**
	11ª RIO DE JANEIRO	16	24	7	32	9	27	32	18	13	17	
	1ª SÃO CARLOS	17	25	5	23	6	18	39	21	9	12	
	8ª CURITIBA	24	36	6	27	9	27	38	21	25	33	
	30ª JABOATÃO	7	10	4	18	6	18	55	30	24	31	
TIPO DO PEDIDO	AD	9	13	3	14	5	15	27	15	12	16	0,9
	AIZ	2	3	2	9,1	2	5,9	8	4,4	4	5,2	
	AD/AI	17	25	8	36	11	32	67	37	32	42	
	RESTABELECIMENTO AD	14	21	4	18	4	12	33	18	9	12	
	RESTABELECIMENTO AD E CONCESSÃO AIZ	18	27	4	18	9	27	30	16	14	18	
	OUTROS	7	10	1	4,5	3	8,8	18	9,8	6	7,8	
ACORDO	NÃO	49	73	17	77	27	79	146	80	65	84	0,6
	SIM	18	27	5	23	7	21	37	20	15	20	
ACÓRDÃO	NÃO	54	81	16	73	26	77	141	77	52	68	0,4
	SIM	13	19	6	27	8	24	42	23	25	33	
SEXO	MASCULINO	31	46	9	41	18	53	96	53	49	64	0,1
	FEMININO	36	54	13	59	16	47	87	48	28	36	
ESTADO CIVIL	SOLTEIRO	25	37	6	27	9	27	46	25	26	34	**0**
	CASADO	18	27	14	64	10	29	82	45	25	33	
	DIVORCIADO OU VIÚVO	9	13	0	0	2	5,9	19	10	6	7,8	
	OUTROS	10	15	1	4,5	9	27	18	9,8	15	20	

(continua)

VARIÁVEL	CATEGORIAS	TIPO DE COMORBIDADE NO INSS										VALOR-P*
		PSIQ.		NEURO		CÁRDIO		ORTO OU TRAUM.		OUTROS		
		N=67	%	N=22	%	N=34	%	N= 183	%	N= 77	%	
ESCOLARIDADE	ANALFABETO OU COM FUNDAMENTAL INCOMPLETO	24	36	7	32	18	53	92	50	43	56	0,6
	FUNDAMENTAL COMPLETO OU MÉDIO INCOMPLETO	10	15	4	18	5	15	81	44	8	10	
	ENSINO MÉDIO	18	27	7	32	9	27	52	28	16	21	
	ENSINO SUPERIOR CURSANDO OU COMPLETO	6	9	2	9,1	1	2,9	8	4,4	4	5,2	
SETOR DE OCUPAÇÃO	TRABALHADOR RURAL/ CONSTRUÇÃO CIVIL/ INDÚSTRIA	11	16	5	23	10	29	50	27	24	31	0,7
	EMPREGADO DOMÉSTICO/ DO LAR OU ESTUDANTE/ EDUCAÇÃO/OUTROS	13	19	3	14	7	21	32	18	14	18	
	COMÉRCIO/SERVIÇOS/ AUTÔNOMO/ AMBULANTE	42	63	14	64	17	50	100	55	37	48	
TIPO DE VÍNCULO	EMPREGADO	39	58	10	46	20	59	88	48	15	20	0,4
	CONTRIBUINTE INDIVIDUAL	15	22	7	32	8	24	45	25	3	3,9	
	BAIXA RENDA	2	3	1	4,5	3	8,8	14	7,7	2	2,6	
	SEGURADO ESPECIAL/ EMPREGADOR/OUTROS	10	15	4	18	3	8,8	36	20	13	17	
HISTÓRICO PREVIDENCIÁRIO	NUNCA RECEBEU	14	21	6	27	10	29	46	25	24	31	0,3
	AD	22	33	8	36	14	41	62	34	34	44	
	AIZ/+DE UM BENEFÍCIO/ OUTROS	31	46	8	36	14	41	75	41	19	25	

(continua)

VARIÁVEL	CATEGORIAS	TIPO DE COMORBIDADE NO INSS										VALOR-P*
		PSIQ.		NEURO		CÁRDIO		ORTO OU TRAUM.		OUTROS		
		N=67	%	N=22	%	N=34	%	N= 183	%	N= 77	%	
SITUAÇÃO ATUAL DO BENEFÍCIO	NUNCA RECEBEU	15	22	7	32	10	29	51	28	23	30	1
	CESSADO	49	73	14	64	23	68	124	68	51	66	
	ATIVO	3	4,5	1	4,5	1	2,9	7	3,8	3	3,9	
SENTENÇA JUDICIAL	PROCEDENTE	8	12	5	23	3	8,8	21	12	15	20	0,2
	IMPROCEDENTE	36	54	9	41	17	50	115	63	48	62	
	PROCEDENTE EM PARTE	11	16	3	14	5	15	22	12	7	9,1	
	OUTROS	12	18	5	23	9	27	25	14	7	9,1	

* TESTE QUI-QUADRADO DE PEARSON PARA INDEPENDÊNCIA COM USO DE SIMULAÇÃO DE MONTE CARLO COM 2.000 RÉPLICAS.

** AS COMORBIDADES NÃO INFORMADAS FORAM DESCONSIDERADAS DESTA ANÁLISE TAL COMO AS INFORMAÇÕES FALTANTES PARA CADA VARIÁVEL.

Fonte: Elaboração própria.

Fez-se averiguação sobre o valor da perícia em cada vara. Constatou-se que Rio de Janeiro, São Carlos, Curitiba e Jaboatão dos Guararapes tiveram valor fixo, sendo as anteriores em R$ 200,00 e a última em R$ 235,00. Macapá foi a única que apresentou variação, com média de R$ 208,00 e valores mínimos e máximos de, respectivamente, R$ 176,00 e R$ 360,00.

A Tabela 4 informa os resultados da investigação bivariada para identificar possíveis relações entre variáveis e concessão por parte do INSS. Destacaram-se as seguintes informações: quando a defesa do autor foi por atermação, houve 90% mais chances de haver concessão em relação às defesas feitas por advogados (valor-p=0,05). Quem recorreu teve 50% menos chances de ganhar (valor-p=0,01). Quem possuía ensino superior cursando ou finalizado teve aproximadamente cinco vezes mais chances de êxito em relação aos analfabetos ou às pessoas com ensino fundamental incompleto (valor-p<0,001). Quem apresentou histórico previdenciário de auxílio-doença pareceu ter mais chances de conseguir concessão em relação a quem nunca recebeu, porém, essa informação não foi significante a um nível de 5% (valor-p=0,1), sendo uma variável promissora para a análise multivariada. O tempo de espera total apresentou associação com a concessão ser positiva (valor-p=0,01).

TABELA 4 – **ANÁLISE BIVARIADA ENTRE AS VARIÁVEIS SOCIODEMOGRÁFICAS / TIPO DE PEDIDO E A EXISTÊNCIA DE CONCESSÃO OU NÃO**

		HOUVE CONCESSÃO				RAZÃO DE CHANCES	VALOR-P*
		NÃO		SIM			
VARIÁVEL	**CATEGORIAS**	**N=248**	**%**	**N=167**	**%**		
TIPO DO PEDIDO	AD	37	14,9	22	13,2	1	
	AI	10	4	8	4,8	1,3	0,59
	AD/AI	88	35,5	57	34,1	1,1	0,87
	RESTABELECIMENTO AD	43	17,3	30	18	1,2	0,72
	RESTABELECIMENTO AD E CONCESSÃO AI	46	18,5	34	20,4	1,2	0,6
	OUTROS	24	9,7	16	9,6	1,1	0,83
TEVE PROCESSO ANTERIOR	NÃO	186	75	120	71,9	1	
	SIM	62	25	47	28,1	1,2	0,5
DEFESA DO AUTOR	ADVOGADO	211	85,1	132	79	1	
	DEFENSORIA PÚBLICA	13	5,2	7	4,2	0,9	0,82
	ATERMAÇÃO	24	9,7	28	16,8	1,9	**0,05**
ACÓRDÃO	NÃO	175	70,6	137	82	1	
	SIM	73	29,4	30	18	0,5	**0,01**
SEXO	MASCULINO	133	53,6	92	55,1	1	
	FEMININO	115	46,4	75	44,9	0,9	0,84
VARA	3ª MACAPÁ	21	8,5	17	10,2	1	
	11ª RIO DE JANEIRO	51	20,6	33	19,8	0,8	0,69
	1ª SÃO CARLOS	34	13,7	44	26,3	1,6	0,32
	8ª CURITIBA	74	29,8	37	22,2	0,6	0,24
	30ª JABOATÃO DOS GUARARAPES	68	27,4	36	21,6	0,7	0,33
ESTADO CIVIL	SOLTEIRO	77	31	49	29,3	1	
	CASADO	97	39,1	62	37,1	1	1
	DIVORCIADO OU VIÚVO	25	10,1	13	7,8	0,8	0,7
	OUTROS	30	12,1	27	16,2	1,4	0,33
	NÃO INFORMADO	19	7,7	16	9,6	1,3	0,56

(continua)

		HOUVE CONCESSÃO				RAZÃO DE CHANCES	VALOR-P*
		NÃO		SIM			
VARIÁVEL	**CATEGORIAS**	**N=248**	**%**	**N=167**	**%**		
ESCOLARIDADE	ANALFABETO OU FUNDAMENTAL INCOMPLETO	123	49,6	74	44,3	1	
	FUNDAMENTAL COMPLETO OU MÉDIO INCOMPLETO	33	13,3	20	12	1	1
	ENSINO MÉDIO	71	28,6	41	24,6	1	0,9
	ENSINO SUPERIOR COMPLETO OU INCOMPLETO	6	2,4	17	10,2	4,7	**0**
	NÃO INFORMADO	15	6	15	9	1,7	0,23
SETOR DE OCUPAÇÃO	TRABALHADOR RURAL/ CONSTRUÇÃO CIVIL/ INDÚSTRIA	65	26,2	49	29,3	1	
	EMPREGADO DOMÉSTICO/DO LAR OU ESTUDANTE/ EDUCAÇÃO/OUTROS	43	17,3	28	16,8	0,9	0,65
	COMÉRCIO/SERVIÇOS/ AUTÔNOMO OU AMBULANTE/	136	54,8	89	53,3	0,9	0,56
	NÃO INFORMADO	4	1,6	1	0,6	0,3	0,4
TIPO DE VÍNCULO	EMPREGADO	124	50	84	50,3	1	
	CONTRIBUINTE INDIVIDUAL	58	23,4	32	19,2	0,8	0,52
	BAIXA RENDA	20	8,1	12	7,2	0,9	0,85
	SEGURADO ESPECIAL/ EMPREGADOR/OUTROS	45	18,1	39	23,4	1,3	0,36
	NÃO INFORMADO	1	0,4	0	0	0	1
HISTÓRICO PREVIDENCIÁRIO	NUNCA RECEBEU	71	28,6	38	22,8	1	
	AD	85	34,3	70	41,9	1,5	**0,1**
	AIZ/+ DE UM BENEFÍCIO/OUTROS	92	37,1	59	35,3	1,2	0,52

*TESTE ESTATÍSTICO PARA A RAZÃO DE CHANCES, EM QUE A HIPÓTESE NULA É QUE A RAZÃO DE CHANCES SEJA IGUAL A 1 (NÃO HAVER ASSOCIAÇÃO).

Fonte: Elaboração própria.

O modelo de regressão logística multivariado apresentado na Tabela 5 traz como informações significativas que: a) quem usou atermação teve o dobro de chances de conseguir concessão em relação a quem fez a defesa utilizando advogados; b) quem tinha ensino superior cursando ou completo possuiu seis vezes mais chances de conseguir a concessão em relação a quem era analfabeto ou com fundamental incompleto; c) quanto maior o tempo total, menores as chances de conseguir uma concessão, de modo que, a cada mês que passava, a chance de êxito diminuía em 20% em relação ao mês anterior. Já em grau de recurso, a relação anterior inverteu-se e as chances de êxito aumentaram 35% em relação ao mês anterior; d) quem recorreu teve diminuídas em 90% as chances de concessão, mas só quando o tempo até o julgamento foi de 1 mês; e) quem possuiu histórico previdenciário apresentou mais chances de concessão, aumentando em 5% de uma idade para outra. Essa relação só foi significante a um nível de 10%, o que explicou as chances relativas aumentarem em somente 5% a cada idade avançada.

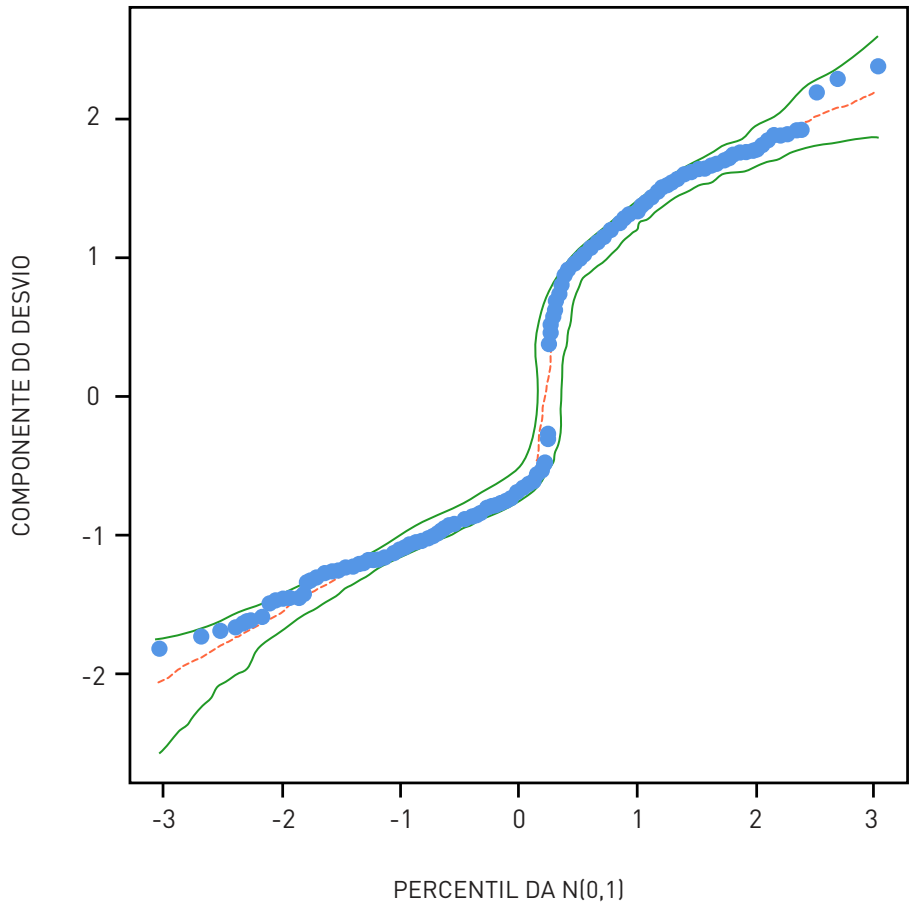
TABELA 5 – **RESULTADOS DO MODELO DE REGRESSÃO LOGÍSTICA MULTIVARIADO**

COEFICIENTE	ESTIMATIVA	RAZÃO DE CHANCES	VALOR-P
INTERCEPTO	0,78	2,18	0,51
DEFESA DO AUTOR=DEFENSORIA PÚBLICA	-0,13	0,87	0,8
DEFESA DO AUTOR=ATERMAÇÃO	0,72	**2,05**	**0,03**
ESCOLARIDADE=FUND. COMP. OU MÉD. INCOMP.	0,11	1,11	0,75
ESCOLARIDADE=ENSINO MÉDIO	-0,1	0,9	0,71
ESCOLARIDADE=ENSINO SUP. COMP. OU INCOMP.	1,82	**6,17**	**0**
TEMPO TOTAL (EM MESES)	-0,22	**0,8**	**0**
ACÓRDÃO=SIM	-2,08	**0,12**	**0**
IDADE	-0,02	0,98	0,48
HISTÓRICO PREVIDENCIÁRIO=AD	-1,12	0,33	0,44
HISTÓRICO PREVIDENCIÁRIO=AI/+ DE UM BENEFÍCIO/OUTROS	-2,16	0,12	0,14
TEMPO TOTAL (EM MESES) * ACÓRDÃO=SIM	0,3	**1,35**	**0**
IDADE * HISTÓRICO PREVIDENCIÁRIO JUNTO=AD	0,03	1,03	0,25
IDADE * HISTÓRICO PREVIDENCIÁRIO=AI/+DE UM BENEFÍCIO/OUTROS	0,05	**1,05**	**0,09**

Fonte: Elaboração própria.

No Gráfico 2, o teste de bondade de ajuste de Hosmer e Lemeshow retornou um valor-p de 0,67, o que consiste em bom nível de ajustamento do modelo. Ainda, apresenta o gráfico de envelope para os resíduos, que demonstra que todos os pontos se situaram dentro das bandas de confiança, corroborando com o resultado do teste de Hosmer e Lemeshow, que afirmou estar o modelo bem-ajustado.

GRÁFICO 2 – **GRÁFICO DE ENVELOPE PARA OS RESÍDUOS DO MODELO DE REGRESSÃO LOGÍSTICA MULTIVARIADO PARA VERIFICAR A QUALIDADE DO AJUSTE DO MODELO**



Fonte: Elaboração própria.

3. Discussão

A análise das frequências absolutas e relativas dos dados mostra aumento considerável na demanda previdenciária entre 2017 e 2018 nas cinco regiões pesquisadas. Essa constatação coincide com o Relatório Definitivo da pesquisa do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) realizada a pedido do CNJ e com o estudo produzido pelo mestrado em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco, que encontrou aumento de 94,8% das demandas entre 2014 e 2018 (Souza, 2020). Indiretamente, é possível extrair a mesma ilação a partir da pesquisa-base da Nota Técnica 6/2018, de 17 de maio de 2018, do Centro Nacional de Inteligência

da Justiça Federal (CNJ, 2018), que tratou da problemática do progressivo custo das perícias judiciais a cargo do orçamento da Justiça Federal. A diminuição do número de processos a partir de 2019 não significa uma efetiva queda do quantitativo, apenas pode caracterizar a exclusão ínsita aos critérios da pesquisa. Afinal, necessário que o feito estivesse trânsito em julgado, o que no ano de 2019 dificilmente ocorreria.

Em contrapartida, o alto índice de ratificação do não administrativo, expresso a partir das sentenças improcedentes (59,6%), proclama que a autarquia está com boa margem de acertos na apreciação dos benefícios por incapacidade, mas igualmente expõe número expressivo de aventura processual, na medida em que apenas 40,4% são demandas exitosas. Comparando-se à pesquisa de Rodrigo Souza (2020, p. 41), na ordem de 52,8%, acaba por validar o que ora se registra.

Ainda sob o enfoque das ditas frequências, os dados revelam elevado percentual de deferimento da gratuidade judiciária (99,5%). Segundo o art. 4º da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 (Brasil, 1950), a mera declaração da condição de pobre na forma da lei era o suficiente para o deferimento do benefício. Essa disciplina já era carente de critérios e acabou sendo revogada pelo art. 1.072 do CPC (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 [Brasil, 2015]), sem que tivessem sido previstos outros parâmetros, ainda que em outro texto. O dado sobre a concessão de 99,5% de beneficiários da Justiça gratuita confirma que o mero pedido autoriza a concessão judicial.

Não se quer com a medida acabar com o benefício, apenas que o deferimento se faça a quem demonstre critérios mínimos autorizativos. A medida é de simples exequibilidade, basta que o peticionante junte à inicial os elementos que embasam o pedido (carteira de trabalho, relações previdenciárias, imposto de renda, cadastro único de programas sociais, etc.). Em caso de falta, sujeita-o à emenda, correção da ausência documental, para então negá-la.

Esse cenário evidencia que há ambiente de estudo para a análise da gratuidade judiciária nos diversos assuntos da Justiça Federal, e a citada pesquisa-base do Centro Nacional de Inteligência parece levar à constatação de conclusão coincidente. O Acórdão 2.894, de 5 de dezembro de 2018, do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU, 2018) indicou como causa do aumento da judicialização de benefícios do INSS exatamente a gratuidade judiciária. E tudo isso faz crer que a perspectiva do governo de discutir o assunto mediante iniciativa de lei (Projeto de Lei n. 6.169, de 2019, p. 4) (Brasil, 2019c) que estabelece critérios de renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo ou de renda mensal familiar de até três salários mínimos (art. 3º-A, § 1º) possui total fundamento.

Embora 82,7% das causas sejam ajuizadas por advogados, o que representa 6,6 vezes mais que o número daqueles que distribuem demandas pessoalmente em juízo (12,5%), a análise bivariada dessas variáveis mostra que quem aterma tem o dobro de chance de êxito em relação a quem distribui por advogado. Esse dado, somado ao elevado índice de gratuidade judiciária, portanto prescindibilidade de pagar a perícia, somado ainda à alta confirmação das

decisões administrativas, pode significar que as partes assistidas por advogados arrisquem a ida ao Judiciário.

Na contramão da política judiciária e legislativa de estímulo à conciliação, função do Judiciário no Estado contemporâneo (Silva, 2013, p. 3-4), debulhada a partir da Resolução CNJ n. 125, de 29 de novembro de 2010 (CNJ, 2010), mediante treinamentos de juízes e conciliadores pelo CNJ, seguida das mudanças havidas com o CPC de 2015, é de se notar a baixa margem de acordos expressos em apenas 20,2% dos casos, apesar de em 48,8% dos casos a oferta ter sido de 100% dos atrasados. Não há resposta que explique esse dado, o qual pode ser objeto de pesquisa científica própria que adentre os meandros do subjetivismo mediante formulários adequados a esse propósito (pesquisa qualitativa).

A concordância de 62% entre a perícia administrativa e a perícia judicial ratifica o dado já evidenciado neste artigo de que as decisões da autarquia estão dentro do padrão de normalidade e razoabilidade do serviço.

No tema tipos de doença mais frequentes, a perícia administrativa coincidiu com a judicial quanto aos grupos "ortopedia/traumatologia" e "psiquiatria", havendo apenas um incremento no percentual. Enquanto administrativamente "ortopedia/traumatologia" alcançou 44% das doenças incapacitantes, a perícia judicial elevou para 54%. Quando o tipo de doença foi do grupo de "psiquiatria", o percentual administrativo, que era de 16%, passou a ser de 18,8%, mantendo a mesma equivalência.

Chama atenção, no entanto, o aumento de doenças cardíacas na ordem de 70% apuradas na perícia judicial em relação àquelas detectadas na perícia administrativa. Estudos indicam que as cardiopatias estão no topo da lista de causas de óbito e incapacidade no Brasil (Brasil, 2013, p. 7), então, esse dado pode significar a necessidade de apurar se o fator risco cardíaco está sendo avaliado nos critérios da perícia administrativa, a fim de não prejudicar o segurado e não ensejar mais um fator para judicialização, que se busca evitar. Acaso confirmada essa hipótese, uma nova perícia administrativa ou até pré-processual que contemplasse esse fator evitaria a judicialização da matéria.

É impactante o índice de confirmação da perícia judicial pela sentença. Embora a coincidência tenha ocorrido em 81,5% dos casos, o percentual de 17,1% relativo ao "não se aplica" pode ser somado a ele, haja vista que compreende as situações em que houve proposta de acordo, a significar que a sentença não concordou apenas porque o próprio INSS aceitou a incapacidade previamente, prescindindo da decisão judicial sobre o ponto. É intuitivo dizer que a sentença seria igualmente coincidente, apenas não chegando a sê-lo em virtude de anterior reconhecimento do direito por quem resistia. Resultado é a possibilidade de soma do percentual, que dará uma média elevada de 98,6% de concordância perícia-sentença.

Na pesquisa de Souza (2020, p. 42), esse dado alcançou 99,3%. O assunto tem despertado o olhar da comunidade científica, como constatado pelo estudo desenvolvido no Juizado Federal de Petrópolis/RJ, que, buscando determinar a influência da perícia técnica nos julgamentos na Seguridade Social, concluiu ser significante a relação (Garrido; Moreira, 2021).

A circunstância revela a importância de lançar olhar sobre a perícia médica, como lembrou Savaris (2011, p. 10), considerando-se que, na teoria e na prática, quem acaba julgando é o perito. O risco é trocar a opinião do perito administrativo pela do judicial, com o agravante de que, em juízo, não se exige formação em perícias forenses para referida missão pública, que é exigida dos e estimulada aos médicos do INSS. Então, o Judiciário precisa aproximar-se desses técnicos, desde a aproximação física até a troca de informações na análise dos casos para se perceber o ponto controvertido. Se a sentença confirma o que o perito conclui em seu laudo, mister aproximar-se do técnico e apurar os critérios utilizados nas perícias.

A sugestão seria a criação de central, núcleo ou centro de perícias, e há discussões até para o nome do órgão. Não se negam resistências dentro do próprio Judiciário, sobretudo por receio de cerceamento das liberdades do juiz, seja na escolha dos peritos, seja na elaboração dos quesitos, entre outros. No entanto, o amadurecimento do tema é importante para a eficiência que se busca dar ao serviço.

Assiste-se hoje no Judiciário a uma movimentação tendente à racionalização dos trabalhos. Foi o que ocorreu com o Comitê de Saúde, cuja criação veio a ser estimulada pelo CNJ em todos os estados sob a perspectiva da judicialização em matéria de saúde, e também com os Centros de Inteligência da Justiça Federal, criados igualmente em todas as unidades federativas com a missão de identificar adversidades passíveis de assoberbar o Judiciário, resolvendo o problema ainda no seu nascedouro.

A ideia aqui seria a institucionalização de uma central de perícias, até existente em algumas unidades federativas, mas que não possui a abrangência que poderia, sim, ser replicada em todas as unidades jurisdicionais do país. A iniciativa é fruto da experiência piloto da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, liderada e maturada pelo juiz federal José Carlos Dantas. Na área administrativa, a experiência ora proposta passou a existir a partir de 3 de março de 2020 no Projeto Na Hora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) (Primeira [...], 2020). Esse órgão, ora proposto, seria a semente, inclusive, de uma estrutura pericial ainda maior, de repente, com a formatação unificada dos formulários de laudos periciais, quem sabe uma central nacional de perícias? A padronização em demandas de massa tem alto poder de assertividade, pela exclusão de subjetividade possivelmente existente, culminando com o pretendido alcance de segurança e confiabilidade do serviço.

Essa central poderia: a) regular quantidade de perícias para cada perito, evitando que haja número elevado que prejudique a própria qualidade; b) estabelecer a distribuição equitativa entre os profissionais; c) demandar a habilitação de peritos que cumprissem o requisito da especialidade médica objeto da perícia, mas igualmente buscassem aperfeiçoamento na própria prática pericial, sobretudo porque desde 2011 a perícia deixou de ser área de atuação para se constituir em especialidade de medicina legal e perícia médica (Carvalho, 2020, p. 1); d) fazer a triagem dos processos que demandam exame pericial e daqueles que poderiam ser substituídos por perícia indireta, utilizada para a situação em que o examinado

é falecido ou a perícia se baseia em documentos médicos, passível de feitura tanto em pacientes falecidos quanto nos vivos. Essa prática serviria para trazer eficiência ao serviço, cumprindo os princípios de celeridade, informalidade e simplicidade buscados pelos juizados, na forma sugerida pela mesma autora. Enfim, a central seria o ponto de contato entre o técnico e o Judiciário, pois aqui não se limita ao médico, mas a qualquer profissional cujo conhecimento técnico seja exigido para a solução de um conflito levado à Justiça.

Ainda sobre a central de perícias, subsiste o ponto: o valor do exame. O estudo mostrou que não houve variação, sendo mantido o mesmo montante de R$ 200,00 em três unidades federativas: Paraná, São Paulo e Rio de Janeiro. Em Pernambuco, ficou próximo de R$ 235,00. Apenas o Amapá pagou os peritos com oscilação de preços. Esse mote é mais um dos elementos para confirmar a necessidade de uma estrutura organizacional que enfrente o problema. Aliás, a carência de recursos do orçamento judiciário federal, como visto, levou a várias ações propostas e adotadas pelo CNJ e pelo Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, entre elas a Medida Provisória (MP) n. 854/2018 (Brasil, 2018b) e a Lei n. 13.876/2019 (Brasil, 2019b), para solucionar o dilema. Mister o registro do traumático período que levou à suspensão por 12 meses dos pagamentos dos peritos até a paralisação de suas atividades.

O tempo do processo é outro fator que foi objeto de estudo no presente artigo. No método de gestão processual proposto por Haddad e Pedrosa (2014, p. 119-131), para alcançar o princípio da ótima duração do processo, faixas de velocidade são categorizadas. A depender da participação do juiz em audiências ou de outro colaborador da Justiça, como peritos nas diversas espécies de exames, poderá haver maior demora na tramitação do feito. No caso de benefícios previdenciários por incapacidade, em regra, só há a perícia médica, mas, se o motivo da negativa for também a qualidade de segurado, não raro haverá ainda uma audiência, fatores que irão alongar o tempo do processo. Sobre os benefícios assistenciais, além da perícia médica, existe a perícia social, que em alguns juízos é feita ou pelo oficial de justiça em audiência ou por assistentes sociais, o que igualmente propiciará uma demora maior ao processo.

Segundo o CNJ (2020, p. 180), os JEFs têm tempo de tramitação de um ano no conhecimento que compreende da distribuição à sentença e de um ano e cinco meses entre a distribuição e o acórdão. A par da celeridade apurada nos resultados expostos para esse tipo de procedimento, que, em última análise, é o tema mais recorrente da Justiça Federal, sobressalta outro qualificativo positivo, qual seja, a especialização.

A prova dessa circunstância apresenta-se em três fatos. Primeiro, a experiência vivida pela Vara de Curitiba. Não obstante seja a vara com a maior frequência de processos (26,9%), é também a mais rápida, com o tempo médio de 3,7 meses para a solução de um processo da distribuição à sentença. Isso quer mostrar o quanto a gestão do acervo pode representar ganhos para o jurisdicionado e o sistema judiciário como um todo. Segundo, Jaboatão dos Guararapes, que contempla 25% dos feitos e tem a maior agilidade total, pois, da distribuição

ao acórdão, o tempo total médio foi o mais rápido, de 6,9 meses. Lá não há a especialização por assunto, mas existe alguma especialização na medida em que apenas acumula os acervos dos Juizados e da Execução Fiscal, ficando de fora tanto o cível quanto o criminal. Terceiro, Rio de Janeiro, que, a despeito de ser vara de capital e conglobar o terceiro maior acervo da pesquisa, com 20,2% dos processos, é vara de Juizado e apresentou tempo médio da distribuição até a sentença igual a Jaboatão dos Guararapes, de 4,8 meses. Assim, não deixa de se constatar que a rapidez é fruto de certa especialização, a qual pode ser uma ferramenta para se repensar a competência das unidades judiciárias.

Outro qualificativo que pode ser extraído diz respeito à capacidade que as turmas recursais tiveram de reduzir o tempo de tramitação de seus feitos, mantendo e até baixando o tempo médio total, apesar do aumento de entradas na primeira instância, que chegou a ter dois dias de atraso para cada processo ajuizado. A demora entre 2018 e 2019 pode ser justificada pelos problemas que ocorreram com o pagamento dos peritos, que levou inclusive à paralisação dos exames e, por certo, impactou o número referente ao atraso. No entanto, mesmo esse fator não agravou o tempo médio final, que apresentou diminuição em todos os anos pesquisados: de 9,3 meses em 2015 para 9,8 em 2016; 8,3, em 2017 e 9,0 em 2018, caiu para 6,2 em 2019, embora a queda seja em razão do critério de exclusão.

Continuando a estudar a demora na tramitação do processo, destaca-se o achado relativo às variáveis tempo de processo e concessão, em que cada mês de demora na primeira instância diminui 20% as chances de êxito em relação ao mês anterior, invertendo a relação em grau recursal, no qual a proporção passa a ser de que, quanto mais se demora, aumentam em 35% as chances de concessão. Algo que pode explicar essa correlação diz respeito ao tempo que se leva para avisar às partes sobre o laudo favorável e o pronunciamento de ambas as partes com eventuais propostas/contrapropostas de acordo e a subsequente sentença homologatória de acordo ou de procedência/procedência em parte. Afinal, quando o laudo é negativo, não é necessário fazer intimações e aguardar pronunciamento das partes, o juiz pode decidir logo, assim como na instância recursal é mais rápida a decisão confirmatória do julgado de primeiro grau do que aquela que irá reformá-lo. No entanto, essa realidade expõe uma agilidade maior para negar do que para conceder, sendo interessante que o Judiciário ofereça alternativas para sanar o problema. Uma sugestão seriam as balizas de acordo previamente estabelecidas e conhecidas dos usuários do serviço; outra, a criação de uma plataforma *on-line* dos laudos periciais, os quais poderiam até mesmo ser feitos nesse mesmo sistema, de modo que os laudos favoráveis fossem rapidamente comunicados aos advogados para a pronta resposta, ciente das condições usuais da oferta, o que permitiria inclusive contrapropostas mais rápidas. Tudo isso poderia ficar a cargo da central de perícias. Esse tema de tempo de processo sugere outros estudos, seja para certificar se a especialização é realmente o fator decisivo para celeridade e agilidade processuais, seja para apurar o porquê, se é que ele realmente ocorre, de os processos de improcedência serem mais rápidos do que os processos de acordo, procedência ou procedência em parte,

sendo esses três os que correspondem à concessão. São perguntas que até o momento não têm respostas.

O padrão consistente vara-tipo de doença revela que algumas doenças incapacitantes são mais visualizadas em determinadas varas pesquisadas. Se existe esse padrão, seria intuitivo admitir que um jurisdicionado que chegasse a determinadas varas alegando incapacidade por essas específicas doenças tivesse um procedimento diferente, de forma a permitir melhor compreensão do problema e, assim, viabilizar a melhor decisão da causa. Reforça essa possibilidade o achado que relaciona idade e tipo de doença. Significa dizer que as pessoas com problemas cardiovasculares têm propensão a apresentar incapacidade quando possuem idade média de 52,6 anos, os pacientes traumatológicos ou ortopédicos, quando contam 51 anos e os psiquiátricos, os mais novos, com 45,6 anos, admitindo um desvio-padrão bastante similar de nove anos para mais ou para menos.

Outro achado é o que liga a doença ao estado civil.[3] Solteiros tiveram mais propensão a doenças psiquiátricas (37,3%); casados, doenças neurológicas (63,6%); e outros, que englobam quem vive em união estável, doenças cardiovasculares (26,5%). Esses fatos podem contribuir para que, nesses assuntos mais recorrentes de acordo com cada vara, haja um segundo olhar sobre o tema, como forma de reanalisar o caso. Seria como uma dupla perícia,[4] que, como sugestão, poderia ser tentada, por exemplo, pela própria central de perícias com a feitura de uma perícia indireta, por exemplo, com mera análise documental e pagamento simplificado, até pelo fato de poder ser feita mais rapidamente, não necessitando pagar a perícia judicial. De posse desse segundo laudo, a autarquia poderia se convencer da incapacidade e tornar prejudicada a continuidade do processo judicial, vindo a perder o objeto pelo deferimento do benefício. Acaso mantida a decisão administrativa, o Judiciário já teria uma segunda opinião até para justificar uma possível concessão de medida de urgência. Aqui, outros fatores poderiam ser utilizados para subsidiar a decisão liminar, como o histórico previdenciário, isto é, se a pessoa já teve um ou mais benefícios concedidos, o qual neste artigo foi achado como variável promissora, mas que sozinha não representa chance de êxito. Além desse

3 Essa relação doença-estado civil pode levar a uma conclusão irônica: "casar é bom, mas gera transtorno mental, solteirice dá loucura, e união estável afeta o coração". A pretexto de parecer preconceituosa, a conclusão encerra objeto de outras pesquisas, seja sob o enfoque médico, seja sob o sociojurídico.

4 As gestões públicas em torno da judicialização da saúde caminharam para a criação de uma Câmara de Resolução de Problemas de Saúde por iniciativa da Defensoria Pública e da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido uma das finalistas do Prêmio Innovare (XI Edição, 2014), na qual os pedidos passam pela análise de equipe multidisciplinar e extrajudicial, antes de se partir para o processamento judiciário. Algo semelhante é o que se propõe com a judicialização da previdência, que ficaria a cargo da central de perícias.

critério, como visto, podem ser usados os dados da relação doença-vara, doença-idade e doença-estado civil.

O achado sobre a relação êxito-nível de escolaridade anuncia uma relação diretamente proporcional existente entre as chances de concessão do benefício e o grau de instrução do segurado. Assim, os demandantes com ensino superior apresentaram seis vezes mais chances de ganhar do que os analfabetos e com ensino fundamental. Esse dado expõe que a classe mais pobre e que desempenha trabalho mais braçal tem dificuldade de provar sua incapacidade. Isso pode ocorrer diante da dificuldade que as pessoas de pouca instrução têm de argumentar, de explicar, de justificar sua situação de saúde ante as exigências do trabalho que desempenham. Afinal, há algumas situações de saúde que, olhadas isoladamente, não incapacitam, mas, se for levada em consideração a atividade habitual da pessoa, haverá a incapacidade. É o caso, por exemplo, de problemas circulatórios em quem seja carteiro ou entregador de encomendas. Visto abstratamente, pode ser até aconselhável que a pessoa exercite a caminhada para permitir melhor circulação sanguínea, mas o dia a dia do serviço extraído em uma anamnese bem-feita pode significar o afastamento. Há quem diga que o perito possa ficar sugestionado, inibido de negar o pedido a pessoas de maior esclarecimento, mas esses fatores subjetivos não foram objeto do presente artigo.

Não é demais também a inferência de que, se a população que mais acorre ao Judiciário é composta de pessoas com menor nível de escolaridade, é porque as pessoas com maior nível obtêm o benefício direto no INSS, sem que precisem ir à Justiça. A causa para essa constatação pode estar relacionada ao grau de acesso a provas. Uma pessoa com nível de escolaridade baixo, geralmente, tem atividade mais informalizada – o que é confirmado pelo dado de o setor de ocupação "serviços" (40%) ser o campeão dos tipos de atividade –, e, quando é formal, não consegue ter acesso a exames para provar a sua impossibilidade laboral.

Outra razão é que, para os benefícios superiores ao salário mínimo, há diferença de cálculo da remuneração final, ficando o auxílio com 91% a menos do salário pago na atividade. Só pleiteará a prestação quem verdadeiramente se julgue incapaz de trabalho. Assim é que o segurado com maior nível de escolaridade e, em decorrência, maior contribuição que ajuíza ação de benefício por incapacidade é porque realmente não tem condições de serviço. Diferentemente, para os que percebem salário mínimo, como há o limite constitucional de ser esse o menor valor que pode ser pago (art. 7º, IV, da CF/88 [Brasil, 1988]), ficar em atividade ou na ativa não vai trazer diferenças e inclusive vai garantir um valor certo, o que, geralmente, essas pessoas não possuem, ainda mais quando vinculadas à Previdência como contribuintes individuais, facultativos e facultativos baixa renda.

Conclusão

Os resultados encontrados permitem extrair as seguintes conclusões:

O segurado que demanda benefícios previdenciários por incapacidade nos JEFs é, em sua maioria, do sexo masculino (54,1%), casado (38,2%), tem idade média de 49 anos com desvio-padrão de 10 anos para mais ou para menos, exerce atividades na área de serviços (40,9%) e possui vínculo de emprego formal (50%).

As doenças mais recorrentes são as ortopédicas e traumatológicas (54,6%), as quais, sozinhas, são quase três vezes mais que as que ocupam o segundo lugar, as psiquiátricas (18,3%), seguida pelas cardiológicas (13,7%).

Esse jurisdicionado, na maioria das vezes, recebeu um auxílio-doença (37,3%) ou recebeu mais de um benefício (34,6%), mas tanto o que teve histórico previdenciário quanto aquele que não teve receberam na quase totalidade dos motivos de indeferimento o parecer contrário da perícia médica (96,6%), razão por que recorreram ao Judiciário.

A apuração do grau de concordância entre os exames periciais revela que as doenças cardiológicas podem não estar sendo objeto de estudo na perícia do INSS, em que pese serem problemas cardíacos os que mais matam e incapacitam no Brasil. Esse fato denota a importância da gestão da perícia e a necessidade de que os atores responsáveis por ela discutam a situação. O número de julgamentos pela improcedência (59,6%), confirmando a negativa do INSS, expõe que o serviço administrativo está adequado. Aponta também que a inexistência de contrapartida para o ajuizamento pode estar estimulando o peticionamento de quem quer arriscar. Esse fato é corroborado pelos dados de que a distribuição direta da causa tem o dobro de chance de obter o benefício.

A perícia médica indiscutivelmente contribui para o processo de benefícios por incapacidade, na medida em que o índice de concordância entre o exame pericial e a sentença de 98,6% revela que, na prática, os julgamentos são proferidos pelos médicos. Esse resultado atesta a necessidade de repensar a gestão dos exames, de modo a alcançar um patamar de qualidade que forneça segurança para os magistrados e, principalmente, para os jurisdicionados. Uma sugestão é a criação de uma central de perícias, que represente a proximidade e o contato menos formal e com vínculo de confiança entre o juiz e o perito na solução de inconformidades ocasionalmente existentes, como a padronização dos laudos, que pode ser inicialmente dentro de uma mesma sessão judiciária, embora possa também chegar a se ter uniformidade nacional, à vista de um problema vivido por todas as unidades da Justiça Federal.

A falada morosidade da Justiça não se compraz com um tempo médio de julgamento da distribuição até a sentença de 4,5 meses, extraindo a média das medianas das cinco varas objeto do estudo. Ainda que se considere o tempo de julgamento quando do recurso, o tempo eleva-se para 4,6 meses, totalizando uma espera de 9,1 meses, o que, apesar de poder e dever serem buscadas maiores eficiência e agilidade, já representa grande avanço.

O índice de 99,5% dos autores que obtêm gratuidade judiciária, somado à circunstância de que não há critérios legais para o deferimento com o número de improcedências dos pleitos

judiciais, pode significar que está havendo abuso no direito ao ajuizamento das demandas, sobretudo quando comparado ao percentual de êxito dos advogados (10%) em detrimento daqueles que ajuízam causas pelo serviço de atermação (90%). A quantidade de assistidos patrocinados pela Defensoria Pública (4,8%) representa 2,6 vezes o número daqueles patrocinados pela atermação (12,5%), e, se a relação se fizer entre advogados privados, esse índice vai para 6,6 vezes (82,7%). Relacionando o advogado privado e a Defensoria Pública, o patamar vai para 17,2 vezes.

A despeito de não haver normatização sobre os pagamentos das perícias, constata-se padronização em três varas, o que corresponde a mais da metade dos juízos estudados, no patamar de R$ 200,00, a significar viável a uniformização.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paula; HERCULANO, Lenir Camimura. Competência delegada: Justiça Estadual processa 14% dos casos previdenciários. *CNJ*, 5 fev. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/competencia-delegadajustica-estadual-processa-14-dos-casos-previdenciarios/. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 14.226, de 20 de outubro de 2021*. Dispõe sobre a criação do Tribunal Regional Federal da 6ª Região e altera a Lei n. 11.798, de 29 de outubro de 2008, para modificar a composição do Conselho da Justiça Federal. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14226.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.876, de 23 de setembro de 2019*. Dispõe sobre honorários periciais em ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) figure como parte e altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966, e a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília: Presidência da República, 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13876.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.169, de 2019*. Acrescenta os §§ 3º e 4º ao art. 895 e os §§ 9º e 10 ao art. 897, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para determinar o não cabimento de recurso ordinário e de agravo de petição em desfavor de decisão em consonância com súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e

do Supremo Tribunal Federal (STF); com súmula Vinculante do STF; com decisão proferida pelo STF em sede de repercussão geral e com decisão proferida pelo TST e pelo STF em sede de recurso repetitivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2254822. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. *Medida Provisória n. 854, de 3 de outubro de 2018*. Dispõe sobre a antecipação do pagamento dos honorários periciais nas ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social seja parte e que tramitem nos Juizados Especiais Federais. Brasília: Presidência da República, 2018b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/mpv/mpv854.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

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: 11 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Prêmio Innovare anuncia as práticas finalistas de sua 11ª edição. Brasília, 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/premio-innovare-anuncia-as-praticas-finalistas-de-sua-xi-edicao. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Diretrizes para o cuidado das pessoas com doenças crônicas nas redes de atenção básica à saúde e nas linhas de cuidado prioritárias*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes%20_cuidado_pessoas%20_doencas_cronicas.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

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: 11 jan. 2024.

BRASIL. *Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966*. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5010.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. *Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Rio de Janeiro, 1950. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

CARVALHO, Ana Maria Coelho. Perícia médica nos Juizados Especiais Federais: análise crítica e novas proposições. *Âmbito Jurídico*, 1º set. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/pericia-medica-nos-juizados-especiais-federais-analise-critica-e-novas-proposicoes/. Acesso em: 8 mar. 2021.

COMISSÃO NACIONAL DE ÉTICA EM PESQUISA (CONEP). *Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012*. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf. Acesso em: 11 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Edital 1/2019*. 2019b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/chamadas-publicas/. Acesso em: 25 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Nota Técnica 6/2018, de 17 de maio de 2018, do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal*. Brasília, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 11 jan. 2024.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; MOREIRA, Bruno da Silveira Pataro. Medical Expertise in Social Security Decisions: An Empirical Analysis. *Medicina Legal da Costa Rica*, [*s.l.*], v. 38, n. 2, p. 85-97, jul./dez. 2021.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; PEDROSA, Luís Antônio. Capanema. *Administração judicial aplicada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). *A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPER_2020-10-09.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). *Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária*. Brasília: INSS, 2018. Disponível em: https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

MARQUES, Cassius. Possíveis causas e consequências da judicialização dos benefícios do RGPS. *JusBrasil*, 23 mar. 2016. Disponível em: https://supercassius.jusbrasil.com.br/artigos/316638102/possiveis-causas-e-consequencias-da-judicializacao-dos-beneficios-do-rgps. Acesso em: 25 maio 2020.

OTONI, Luciana. Debate aborda dados preliminares sobre judicialização da Previdência. *CNJ*, 30 abr. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/debateaborda-dados-preliminares-sobre-judicializacao-da-previdencia/. Acesso em: 25 maio 2020.

PRIMEIRA central de perícia médica federal será inaugurada no Na Hora. *Jornal de Brasíli*a, 2 mar. 2020. Disponível em: https://jornaldebrasilia.com.br/brasilia/primeira-central-de-pericia-medica-federal-sera-inaugurada-no-na-hora/. Acesso em: 11 jan. 2024.

REVISÃO de benefícios do INSS inicia nova etapa, 522 mil são convocados. *Agência Brasil*, 1º mar. 2018. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/revisao-de-beneficios-do-inss-inicia-nova-etapa-522-mil-sao-convocados. Acesso em: 25 maio 2020.

SAVARIS, José Antonio (coord.). *Curso de perícia judicial previdenciária*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Rodrigo Cézar. *A perícia médica nos juizados especiais federais*. 76 f. 2020. Dissertação (Mestrado em Perícias Forenses) – Universidade de Pernambuco, Pernambuco, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Acórdão 2894/2018* (Plenário). Auditoria com o objetivo de identificar os riscos relacionados à judicialização dos benefícios concedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), bem como quantificar a ocorrência desse fenômeno, mapear processos e identificar fatores que contribuem para a judicialização, entre outros, realizado pela SecexPrevidência em conjunto com a SecexAdministração sobre INSS, a Advocacia-Geral da União (AGU), o Conselho da Justiça Federal (CNF), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Defensoria Pública da União (DPU). Relator: André Carvalho, 5 de dezembro de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2894%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 6 fev. 2024.

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz

Juíza Federal da 30ª Vara de Pernambuco. Mestra em Perícias Forenses pela Faculdade de Odontologia da Universidade de Pernambuco (FOP/UPE). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

dzpmq@yahoo.com.br

Adriana Conrado de Almeida

Professora Associada do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Faculdade de Odontologia da Universidade de Pernambuco (FOP/UPE). Doutora em Saúde Materno-Infantil pelo Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira. Mestra em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz. Bacharela em Enfermagem pela Faculdade de Enfermagem Nossa Senhora das Graças da UPE (FENSG/UPE).

adriana.conrado@upe.br

Gabriela Granja Porto

Professora Associada do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Faculdade de Odontologia da Universidade de Pernambuco (FOP/UPE). Doutora, mestra e especialista em Cirurgia e Traumatologia Bucomaxilofacial pela FOP/UPE. Bacharela em Odontologia pela FOP/UPE.

gabriela.porto@upe.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 14.03.2022
Aprovado: 06.06.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202405

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)

1 Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-9086-8019

2 Instituto Universitário de Lisboa, Centro de Investigação e Intervenção Social, Lisboa, Lisboa, Portugal
https://orcid.org/0000-0002-2793-2946

3 Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-9311-5020

Normas de gênero em graduação em Direito

GENDER NORMS IN LAW UNDERGRADUATION

NORMAS DE GÉNERO EN CURSOS DE DERECHO

Grazielly Alessandra Baggenstoss[1], *João Manuel de Oliveira*[2] e *Maria Juracy Filgueiras Toneli*[3]

Resumo
O presente artigo consiste em pesquisa de campo sobre normas de gênero em curso de Direito de uma universidade pública no Sul do Brasil, em que se investiga como as normas de gênero organizam as relações entre discentes mulheres no campo estudado. A pesquisa, orientada pelo pós-estruturalismo, é de abordagem qualitativa, com objetivo exploratório, e tem como ponto nuclear entrevistas realizadas durante o ano de 2021 na área mencionada. Das entrevistas, emergiram enunciados atrelados a relações de poder que envolvem gênero, raça, corporalidades, idade, regionalismos, entre outros. Para este artigo, com inspiração na ferramenta da interseccionalidade, focam-se as categorias relacionadas ao gênero e à raça. Baseia-se, também, em materiais registrados do campo, disponibilizados publicamente, assim como em revisão bibliográfica narrativa, costurando o viés epistemológico com teóricos como Michel Foucault e Judith Butler, como também com referências pós-coloniais, como Lélia Gonzalez, Enrique Dussel e Gayatri Spivak. Da pesquisa, a partir da análise temática, notou-se que as relações de poder estabelecidas mantêm acessos, visibilidades e reconhecimentos acadêmicos a sujeitos cujos corpos e comportamentos se enquadrem nas prescrições da ordem colonial.

Palavras-chave
Normas de gênero; interseccionalidade; colonialidade; Direito; ensino do Direito.

Abstract
This article consists of field research on gender norms in a Law Undergraduate at a public university in the South of Brazil, in which it is investigated how gender norms organize the relationships between female students in the field studied. The research, guided by post-structuralism, has a qualitative approach, with an exploratory objective, and has as its core point interviews carried out during the year 2021 in the aforementioned area. From the interviews, statements linked to power relations involving gender, race, corporeality, age, regionalisms. For this study, inspired by the intersectionality tool, it focuses on categories related to gender and race. It is also based on publicly available registered materials from the field, as well as a narrative bibliographic review, stitching the epistemological bias with theorists such as Michel Foucault and Judith Butler, as well as with post-colonial references, such as Lélia Gonzalez, Enrique Dussel and Gayatri Spivak. From the research, from the thematic analysis, it was noticed that the established power relations maintain access, visibility and academic recognition to subjects whose bodies and behaviors fit the prescriptions of the colonial order.

Keywords
Gender norms; intersectionality; coloniality; Law; teaching of Law.

Resumen
Este artículo consiste en una investigación de campo sobre las normas de género en un curso de Derecho en una universidad pública del Sur de Brasil, en que se

investiga como las normas de género organizan las relaciones entre alumnas en el campo estudiado. La investigación, guiada por el postestructuralismo, tiene un enfoque cualitativo, con el objetivo exploratorio, y su punto central es las entrevistas realizadas durante 2021 en el campo de investigación mencionado. De las entrevistas surgieron declaraciones vinculadas a las relaciones de poder que involucran género, raza, corporalidad, edad, regionalismo, entre otros. Este estudio, buscando un análisis adecuado del material disponible a través de la interseccionalidad, se centra en categorías relacionadas con el género y la raza. También se basa en materiales grabados sobre el campo, puestos a disposición del público, así como en revisiones narrativas bibliográficas, uniendo el sesgo epistemológico con teóricos como Michel Foucault y Judith Butler, así como con referentes poscoloniales, como Lélia González, Enrique Dussel y Gayatri Spivak. De la investigación se desprende que las relaciones de poder establecidas conducen al mantenimiento del acceso, a la visibilidad y al reconocimiento académico a sujetos cuyos cuerpos y conductas encajan en el prescripciones del orden colonial.

Palabras clave
Normas de género; interseccionalidad; colonialidad; Derecho; enseñanza del Derecho.

Contribuição de autoria

Grazielly Alessandra Baggenstoss
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; resources; visualization; writing – original draft.

João Manuel de Oliveira
Supervision; methodology; writing – review & editing.

Maria Juracy Filgueiras Toneli
Supervision; methodology; writing – review & editing.

Como citar este artigo
BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra; OLIVEIRA, João Manuel de; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Normas de gênero em graduação em Direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2405, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202405

Este é um artigo publicado em acesso aberto (Open Access) sob a licença Creative Commons Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que para fins não comerciais e com identificação da fonte.

A *Revista Direito GV* detém os direitos de autor do manuscrito, salvo os de natureza moral.

Introdução

Organizações de ensino superior, públicas e privadas, são constituídas por parâmetros de instituição do projeto moderno, o qual produz normas para determinada padronização de comportamento, consistindo no sujeito moderno (Foucault, 1987). Na sua configuração, uma universidade apresenta uma série de disciplinas cujo objetivo é produzir e reproduzir tais normativas e, consequentemente, organizar a normalização de determinadas práticas voltadas à subjetivação de indivíduos funcionais para essa instituição moderna. Para o alinhamento a esse regime produtivo, há práticas que se caracterizam como modos disciplinares, relativos a meios de sujeição e de correção dos indivíduos, em que se encontram definições de padronização caracterizadoras de uma tecnologia política. É nesse compasso que se sugere que as universidades organizam o gênero por meio de relações de poder-saber interseccionais e desiguais.

Para a produção de corpos dóceis e obedientes às funcionalidades (Foucault, 1987), os indivíduos são classificados, divididos e hierarquizados. Tais ordenações são reforçadas pela divisão do espaço e construção de uma lógica de tempo. O poder que incide sobre os corpos na instituição produz controle sobre os indivíduos e direciona suas forças, orientando sua força política. O poder, que opera com mecanismos disciplinadores para constituir uma função a determinado corpo, atua no sentido de conformá-lo anatomicamente à instituição. Essa operação produtiva, amparada em relações de poder e saber e articulada por diversas tecnologias políticas que investem sobre o corpo dentro de uma instituição política, será denominada anatomopolítica (Foucault, 1987).

Nos espaços formais de ensino, ocorrem, portanto, operações conjuntas de distribuição e análise e de controle e inteligibilidade, constituintes do enquadramento: uma técnica de poder e um processo de saber. No quadro, há uma organização, a partir de determinadas premissas, do múltiplo, com a finalidade de ser um instrumento passível de dominação. Diferente da norma, pois, deve ser conferida uma ordem, visando à normalização/padronização (Foucault, 1987). Para alcançar a ordem, o ambiente de ensino desdobra-se e é organizado de maneira serial, estabelecendo lugares individuais, homogeneidade dos indivíduos, ordenação por fileiras, controle de presença por chamada, avaliação e classificação por desempenho de tarefas e funções. Os espaços são organizados normativamente (pelas classificações e hierarquias) com diversas ordens e posição de sujeitos e coisas, a disposição de prédios, salas, móveis de edifícios (Foucault, 1987).

Os modos disciplinares organizam os lugares, as classificações, as fileiras. Criam-se determinados lugares, sejam arquitetônicos, hierárquicos ou funcionais, que fixam categorias políticas de sujeitos e permitem o seu trânsito dentro da lógica organizacional. Com isso, marcam as posições dos sujeitos, indicam crenças, valores e a garantia de obediência, ao lado da economia funcional das práticas e de tempo.

Na instituição, esse poder disciplinar é entendido como anatomopolítica: um poder que produz o sujeito mediante a sujeição e a correção dos indivíduos e define padrões de uma

tecnologia comportamental, como meio de controlar seu corpo e direcionar suas forças, bem como orientar ou diminuir sua força política (Foucault, 2014). Por isso, a anatomopolítica contempla uma concepção de anatomometafísica e produz efeitos de verdade sobre a percepção de realidade do indivíduo. Nas relações sociais determinadas pela disciplina, o poder produz saber e o saber produz poder. As relações poder-saber atravessam e constituem o sujeito, assim como estabelecem possibilidades e limites do conhecimento (Foucault, 1987). É aí, então, que técnicas, saberes e supostos discursos científicos se constituem entrelaçados com tais relações de poder que condicionam o sujeito a determinado senso de obediência às normas (Foucault, 1987).

Sob essa perspectiva teórica, propõe-se refletir como isso pode ocorrer faticamente. Assim, a proposta deste artigo é a reflexão sobre como as normas de gênero, mediante esse enquadramento, organizam a vida em curso de Direito de uma universidade pública da cidade de Katara,[1] no Sul do Brasil. Assim, como problema de pesquisa, investiga-se como as normas de gênero organizam as relações entre discentes mulheres no campo investigado.

Para o desenvolvimento deste artigo, orientado pela matriz epistemológica do pós-estruturalismo, adota-se a abordagem qualitativa, com objetivo exploratório, e tem-se como ponto nuclear entrevistas realizadas durante o ano de 2021 no campo de pesquisa mencionado, conforme se detalha a seguir.

1. Aspectos metodológicos: sujeitos, categorias teóricas introdutórias e campo de pesquisa

Os dados aqui coletados condizem com enunciações e relações de poder que associam elementos para formar um sistema simbólico funcional, que é entendido como discurso (Foucault, 2017, 2021). Esse conjunto de enunciados e relações opera, portanto, em um mesmo sistema de formação; assim, pode-se falar em discurso psiquiátrico, discurso econômico e discurso jurídico (Foucault, 2017). Nesse entendimento, discurso não se refere a falas, mas a uma forma de organizar técnicas, instituições, maneiras de conduta, modos de produção de conhecimento, as quais determinam e reforçam os discursos (Foucault, 2010). Incidindo

1 O projeto relacionado a esta pesquisa foi aprovado por Comitê de Ética, com o comprometimento de confidencialidade das informações concernentes à identificação das pessoas entrevistadas. Atende, assim, aos padrões éticos exigidos pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde (Conep/CNS/MS), bem como às determinações da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Diante disso, os nomes de locais e de pessoas do campo de pesquisa foram substituídos por nomes fictícios ou nominações indicativas dos cargos ocupados na instituição de ensino, visando, assim, evitar o "efeito sem nome", consistente no possível apagamento da historicidade das pessoas participantes (Despret, 2011).

discursos sobre os corpos, o indivíduo será subjetivado, ou normalizado, pelas diversas relações de poder que o constituirão como sujeito (Foucault, 2006; Butler, 2013, 2018a).

No campo semântico da epistemologia adotada, os significados das categorias teóricas, que se relacionam entre a base de autoras e autores utilizados, "normas de gênero" e "colonialidade" são aqui estabelecidos. As normas de gênero são entendidas como diretivas hegemônicas de comportamento, afetividade, convivência, advindas de regimes de verdade generificados e mantidos por sistemas de poder, relacionais e difusos, presentes de forma fundante nos processos de subjetivação das pessoas (Butler, 2018a; Foucault, 2000). São produzidas pelo sistema sexo-gênero, o qual articula mecanismos que regulam a organização dos corpos em sociedade (Rubin, 1975). Determinam um campo ontológico de legitimidade dos corpos a partir da ideia de dimorfismo ideal e da complementaridade do binarismo sexual, que está associada também a códigos de pureza racial (Toneli; Becker, 2010).

Pressupõe-se que tais normativas, por sua vez, organizando as relações de poder e, especialmente, os modos disciplinares, direcionam o comportamento das mulheres, que estão na posição de discentes na hierarquia institucional, de forma a estarem associadas a práticas orientadas pela colonialidade. Esta refere-se a um padrão de exercício de poder que opera por meio da naturalização de hierarquias territoriais, raciais, culturais e epistêmicas, o que possibilita a reprodução de relações de poder marcadas pela dominação. Esse padrão de poder garante, dessa forma, dinâmicas de subjugação de determinados grupos sociais, bem como a subalternização e obliteração de conhecimentos, experiências e formas de vida (Restrepo; Rojas, 2010).

Os sujeitos que dialogam com esta pesquisa são discentes da área de Direito de uma instituição de ensino superior do Sul do Brasil, em diferentes fases de sua formação. Todas as participantes identificam-se como mulheres, cisgêneras. Entre elas, a maioria se entende heterossexual, tendo diversidade relacionada à questão racial (brancas e negras). O convite para participar da pesquisa foi feito por meio do envio de *e-mail* à plataforma institucional do curso da área (que congrega os endereços de correspondência eletrônica de todas as pessoas discentes), com descrição acerca da pesquisa, *link* para preenchimento de questionário de identificação e indicação de dia e hora para entrevista. Foi também enviada mensagem para discentes pelo aplicativo WhatsApp, com as mesmas informações do *e-mail*, além de um pedido de encaminhamento às pessoas das quais tivessem o contato. Durante as entrevistas, pela técnica *snowball*, foram mencionadas pessoas que poderiam contribuir para a pesquisa, em virtude do conhecimento de determinadas situações relatadas, inclusive homens discentes. Em razão dessa técnica, os sujeitos podem ter aderido à pesquisa por conveniência e de forma aleatória. Assim, há, nos dados utilizados para análise, possibilidade de viés, com a tendência dos sujeitos entrevistados de aproximação ou identificação com as temáticas tratadas.

Para este artigo, foram utilizadas as narrativas de dez discentes de graduação. Para participar da pesquisa, as discentes concordaram com o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que destaca a confidencialidade dos dados sensíveis obtidos. O estudo foi aprovado por Comitê

de Ética, cujos dados específicos estão reservados. Com o aceite de participação da pesquisa, as entrevistas semiestruturadas foram realizadas pela plataforma Google Meet, sendo solicitado que as discentes refletissem sobre sua condição como mulher no curso de Direito da unidade de ensino pesquisada. A pergunta disparadora das entrevistas foi "como você se percebe mulher no espaço de formação em Direito".

As entrevistas, que tiveram como duração cerca de uma hora, foram registradas em gravação de vídeo e, em seguida, convertidas em áudio e transcritas. Cada uma das discentes, na transcrição, em cumprimento a procedimentos éticos de sigilo e confidencialidade, recebeu respectivas nominações: Charlie, Blenda, Gael, Megumi, Alex, Sol, Duda, Noah, Coral e Maki, sendo as quatro primeiras identificadas como alunas negras. É por tais termos que serão tratadas daqui adiante. Para descrever e analisar os materiais obtidos, foi efetuada uma análise temática das práticas discursivas, embasada no referencial teórico-epistemológico pós-estruturalista. Durante a entrevista, foram anotadas questões iniciais relativas ao tema da tese. Posteriormente, durante a degravação das entrevistas e sua consequente leitura, as transcrições foram categorizadas em temas principais como citações-chave de cada uma das discentes.

Para o tratamento dos dados, direcionando-se para resolver o problema de pesquisa, qual seja a investigação sobre como as normas de gênero organizam as relações de poder no campo investigado, o enfoque é dado às práticas narradas pelas discentes. Essas narrativas revelam enunciados que, em seu conjunto, sugerem em qual campo simbólico estão sendo submetidas as entrevistas. Além disso, indicam quais normas orientativas das relações de poder estão impondo o sentido da subjetivação.

Do material coletado nas entrevistas, emergiram enunciados atrelados a relações de poder concernentes a gênero, raça, corporalidades, idade, regionalismos, entre outros, que subjetivam as pessoas entrevistadas. Para este artigo, a análise temática inspirada na ferramenta da interseccionalidade é trazida como estratégia para o estudo dos discursos enunciados nas entrevistas que oferece uma perspectiva sobre como as relações sociais marcadas pela diversidade são moldadas pelas relações de poder (Collins; Bilge, 2021).

Das categorias políticas que apareceram nas entrevistas, terão como foco aquelas relacionadas a gênero e a raça. Desse modo, sobre as demais categorias, como as concernentes a corporalidades e sexualidades, escolhe-se trabalhar, oportunamente, com outros elementos que possam conferir uma análise adequada à temática. Demais dados utilizados para o desenvolvimento da pesquisa basearam-se em materiais registrados do campo disponibilizados publicamente,[2] assim como em revisão bibliográfica narrativa, costurando o viés epistemológico com teóricos como Michel Foucault e Judith Butler, como também com referências pós-coloniais, como Lélia Gonzalez, Enrique Dussel e Gayatri Spivak.

2 Aqui mantidos sob o crivo da confidencialidade, visando ao cumprimento das exigências estabelecidas pelo Comitê de Ética. As referências encontram-se registradas e reservadas com a autoria.

2. Normas de gênero e moldura do reconhecimento

As normas de gênero, as quais direcionam a observação deste artigo, orientam a disciplina para o enquadramento dos corpos a determinada funcionalidade e também organizam a moldura do reconhecimento das vidas. Nas possibilidades desse reconhecimento do que é vida, de como os indivíduos são entendidos e como são tratados, aqui se articula a ideia butleriana de enquadramento de critérios de inteligibilidade, que se referem a categorias políticas que constituem o sujeito em determinado tempo e lugar e que formam o que vem a ser entendido como moldura de reconhecimento ou moldura de inteligibilidade.

As linhas de reconhecimento desse enquadramento, que formam uma espécie de moldura sobre o que é vida passível de consideração, organizam as normas pelas quais os sujeitos são produzidos e em quais termos se deslocam em tais normas para serem reconhecidos (Butler, 2017). Nesse processo, o reconhecimento é produzido por formas conceituais e normas do que é vida e do que não é vida, de acordo com o que fora aprendido contextualmente (Butler, 2017). As normas de reconhecimento são condições amplas, discursivas e historicamente associadas a critérios objetivos de como alguém pode ser reconhecido. Essas condições projetam como o indivíduo deve se sujeitar para ser reconhecido como sujeito, com ideias, expressões, convenções, razão pela qual "a condição de ser reconhecido precede o reconhecimento" (Butler, 2017, p. 19).

As condições do reconhecimento, portanto, pressupõem molduras epistemológicas pelas quais os corpos recebem uma série de sentidos e que são, também, assujeitados por relações de poder. O assujeitamento, ou sujeição, pode caracterizar um processo de subordinação ao poder, mas também uma condição de possibilidade contínua de se tornar sujeito, o que confere ao mesmo tempo, ao indivíduo, um lugar discursivo. Desse lugar de posição perante as normas de reconhecimento, a sujeição, que é condição para a produção do sujeito, também "é o motivo de o sujeito se tornar garantidor de sua própria resistência e oposição" (Butler, 2018a, p. 23). Na questão ambivalente em que se diferenciam o poder que forma o sujeito e o próprio poder do sujeito, tem-se que "o poder é externo ao sujeito e simultaneamente seu âmbito de ação" (Butler, 2018a, p. 23-24).

Das normas de reconhecimento que estruturam simbolicamente sentidos de vida, são fundamentais, para esta pesquisa, as normas de gênero, i.e., o sentido do corpo, seus limites e suas potências, o que é definido pelas relações que proporcionam as possibilidades de vida e de ação (Butler, 2016). A ideia do corpo atuando em determinados contextos convoca, portanto, uma reflexão sobre posições precárias, ou em sua precariedade, em que os corpos devem ser compreendidos pela sua interdependência, ou seja, que um corpo não pode existir sem outro corpo. O Sujeito produz o Outro, que também o define pela condição de interdependência, que significa "que esse 'eu' requer 'você' para sobreviver e se desenvolver" e que "as lutas mais individuais pela sobrevivência também são sempre lutas sociais" (Butler, 2016, p. 32).

Os corpos que não estejam na moldura normativa do reconhecimento, entendidos como corpos não representados ou sub-representados (como passivos ou reificados), sofrem

reconhecimento indevido e essa pessoa suporta toda ordem de violência, marginalização econômica, discriminação cultural, violência policial ou patologização psiquiátrica (Butler, 2016). Os corpos são possibilidades de habitação cujas fronteiras são conferidas pela sua constituição como sujeito nos processos de reconhecimento das relações de poder mantidas pelos indivíduos. Assume-se um corpo, como um território político, com fronteiras produzidas politicamente, em que os sentidos políticos tentam justificar as violências (exploração, submissão, alienação, escravidão) de determinados sujeitos sobre outros (Grijalva, 2020).

Na pesquisa empírica realizada, o campo de investigação, orientado pela exploração de práticas relacionadas às normas generificadas, revela determinada moldura normativa de gênero que apresenta matrizes de reconhecimento que reforçam discursos hierarquizantes e desencadeiam uma simultaneidade de discriminações e privilégios interseccionais a mulheres discentes (Butler, 2017). Pelas interações dos sujeitos do campo de pesquisa, pensamos sobre a constituição das discentes do Direito e as dimensões nas quais a sujeição é mediada e negociada. Nessa posição hierárquica, há certa sujeição das mulheres que dialogaram com tal investigação. Há indicação de uma necessária concessão por parte delas, em dimensões interseccionais de negociação com o poder estabelecido. Buscamos, assim, desenvolver um pensamento de fronteira, cientes dos problemas coloniais da Modernidade e intentando entender seus efeitos na observação dos processos de constituição dos saberes e dos sujeitos cognoscentes (Mignolo, 2003). Para a compreensão dessas práticas, pautamo-nos prioritariamente nos/pelos enunciados proferidos pelas pessoas entrevistadas, que relatam questões relacionadas à estrutura acadêmica (acesso e permanência nas atividades acadêmicas), aos sentidos conferidos à ideia de mulher e aos modos disciplinares, como formas da prática do poder que impulsionam outras práticas associadas aos signos locais (Collins; Bilge, 2021).

2.1. Sentidos da moldura do reconhecimento

As condições do reconhecimento de uma vida condizem com molduras de inteligibilidade pelas quais uma série de significados são inscritos nos corpos, o que produz seu assujeitamento às relações de poder nas instituições. Essa moldura do reconhecimento, organizada por normas de gênero (Butler, 2017), é aqui associada pelo sistema de significados da colonialidade.

A colonialidade é efeito do colonialismo europeu, que configurou, na segunda metade do século XIX, diversas premissas políticas e científicas para justificar a hierarquização dos corpos e a subjugação de determinados grupos sociais (Gonzalez, 1988). No Brasil, tais processos de formação e consolidação das instituições pela lógica da Modernidade, engendrados pela colonização, caracterizaram uma série ordenada de implicações epistêmicas, culturais, políticas e econômicas, cujos efeitos convergem para a manutenção de uma estrutura social desigual e discriminatória. E, como uma categoria de análise que promove a desestabilização de diversas noções colocadas como universais, pela colonialidade são identificadas as hierarquias produzidas pelo paradigma da Modernidade e que representam hierarquias constituídas

historicamente, as quais estão associadas a diversas formas de discriminação, como sexismo e racismo.

A Modernidade consiste em um conjunto de elementos que integram dispositivos de poder-saber e formam uma episteme colonial que se fundamenta na ideia de ponto zero, configurado como um lugar fictício, em que determinados sujeitos são constituídos em uma posição de regentes e observadores do mundo, podendo-se afirmar como neutros daquele contexto; e outros sujeitos são sujeitados a poderes relacionais que os conformam em uma inteligibilidade do outro, daquele que é objeto de observação, de medida, de julgamento, em risco de desumanização ou animalização.

Os sujeitos produzidos como neutros não seriam eles mesmos observáveis, classificáveis ou nomináveis, pois seriam "o universal" (Colaço; Damázio, 2012; Grosfoguel, 2008). Assim, seriam produzidos por práticas hierárquicas de autoridade, entendendo-se como autorizados a nomear o mundo, a estabelecer limites sobre a legitimidade dos conhecimentos, validando-os ou não, a definir sobre normalidade e patologia (Castro-Gómez, 2005).

Nessa posição, os sujeitos produzidos como autoridade nessas relações de poder-saber emulam uma origem epistemológica de tudo e congregam condições de possibilidade para o direcionamento do poder a um sentido determinado (Castro-Gómez, 2005). A partir dessa episteme, capilarizam-se inúmeras formas de relações sociais, políticas, econômicas, que constituem modos e saberes mediante violência colonial, como a imposição ao outro de modos como sentir, como pensar, como viver e, inclusive, de como se nominar aos sujeitos outros, cujo processo de subjetivação específico no campo de pesquisa é aqui analisado.

3. COLONIALIDADE E INTERSECCIONALIDADE: CATEGORIAS ANALÍTICAS E PRESSUPOSTOS AO CAMPO

A colonialidade, pelos estudos do Grupo Modernidade/Colonialidade (M/C),[3] é integrada pelos eixos colonialidade do poder, do ser, do saber e colonialidade de gênero (Ballestrin, 2013; Lugones, 2007, 2014). Para este artigo, a partir das entrevistas realizadas, escolhe-se não apresentar os eixos específicos por se perceber que todos são estritamente articulados. No lugar dessa divisão, portanto, opta-se por compreender os enunciados a partir das práticas reveladas nas entrevistas, o que nos orienta à ferramenta da interseccionalidade.

A interseccionalidade, como ferramenta analítica para a análise dos discursos enunciados nas entrevistas desta pesquisa, assume uma perspectiva não só macropolítica das relações,

3 O Grupo Modernidade/Colonialidade (M/C), constituído no final dos anos 1990, consiste no coletivo de pensadores e pensadoras latino-americanos que se debruçaram nos estudos pós-coloniais visando uma renovação epistemológica, política e ética das ciências sociais na América Latina, formando a noção de giro decolonial (Ballestrin, 2013).

mas também micropolítica, que possibilita considerar, no exame, os mais diversos códigos de inteligibilidade que constituam a moldura do reconhecimento a ser delineada. Como uma forma, portanto, de articular a compreensão acerca das relações sociais e das normativas, permite a observação sobre categorias inter-relacionadas que constituam as hierarquias interseccionais que operam segundo lógicas coloniais.

Patricia Hill Collins e Sirma Bilge (2021) dimensionam quatro domínios de poder interconectados que funcionam, cada um, de uma maneira específica: (i) o domínio estrutural do poder, relativo às relações de macropolítica institucional, que consiste na forma de organização da instituição em relação ao trânsito dos indivíduos por ela; (ii) o domínio cultural do poder, caracterizado pelas ideias concernentes às categorias políticas que organizam as relações; (iii) o domínio disciplinar do poder, referente à aplicação de regras e sanções; e (iv) o domínio interpessoal do poder, que é o modo com que os indivíduos experienciam os domínios mencionados anteriormente.

Para o presente artigo, são considerados os quatro domínios que organizam as lógicas coloniais e as relações de poder. A linha investigatória das práticas relatadas, portanto, refere-se a uma episteme colonial generificada, que opera seguindo valores da heteronormatividade, da cisnormatividade e da branquitude, e produz uma hierarquização multidimensional entre as pessoas na medida em que privilegia determinados corpos e sujeitos em detrimento de outros. Contudo, como se verá na análise discursiva, mesmo o privilégio é mediado por concessões ambíguas sobre o enquadramento de reconhecimento a ser conferido a um indivíduo.

Para tanto, da mesma forma que a identificação da colonialidade representa a desnaturalização de valores falaciosamente impostos como universais, localizando-os em uma lógica discriminatória da Modernidade, tais orientações também promovem esse questionamento sobre como opera a moldura do reconhecimento a ser analisada e sobre como a posição na fronteira ou externamente a essa moldura de inteligibilidade acarreta exclusões. Nessa reflexão, são trazidas matrizes normativas de governamentalidade vigentes na Modernidade ocidental e seus ideais regulatórios, destacando-se o sistema cis-heternormativo e o sistema de branquitude.

A heteronormatividade opera em uma lógica de regular os corpos em uma funcionalidade heterossexual, validando tal modelo de sexualidade como o mais legítimo ou o único permitido (Oliveira, 2017). A cisnormatividade, por sua vez, pauta-se pela cisgeneridade como a forma legítima ou mais adequada de vida, a qual é definida pré-discursivamente por uma compreensão reducionista e binária do corpo (em feminino ou masculino) pela permanência de seu *status* como padrão (Vergueiro, 2016). Os modelos normativos cis (Serano, 2007; Vergueiro, 2016) e hetero (Rich, 1993; Butler, 2018b) são emulados como naturais e, portanto, compulsórios. Suas matrizes normativas e seus ideais regulatórios fortalecem a complementaridade entre homem cis e mulher cis, conforme defendido pelo projeto humanista moderno, especialmente pelo Estado e pelas denominações religiosas cristãs. Por consequência, essa

complementaridade naturalizada organizará a família moderna, inventada em uma subjetivação da mulher cis, branca e burguesa, na dependência econômica das mulheres aos homens e na busca do modelo ideal de feminilidade (devendo a mulher ser esposa submissa, passiva, obediente, preocupada com a casa e boa mãe). Ainda, como um efeito e uma das condições de possibilidade da heteronormatividade, tem-se a homonormatividade, como uma dimensão daquela, ao buscar a adesão de sujeitos da comunidade LGBT+ no enquadramento heteronormativo (Oliveira; Costa; Nogueira, 2013). A homonormatividade aparece nesta pesquisa na assunção dos indivíduos, os quais, apesar de se identificarem como dissidentes da heterossexualidade, parecem não refletir a respeito desse modelo político de moldura de reconhecimento.

A branquitude associa-se às lógicas anteriormente descritas na medida em que constitui posições de sujeitos. Para Bento (2002, p. 7), a branquitude é caracterizada como "um lugar de privilégio racial, econômico e político, no qual a racialidade, não nomeada como tal, é carregada de valores, de experiências, de identificações afetivas" em que são preservadas as "hierarquias raciais, como pacto entre iguais", especialmente nas organizações, que são instituições "essencialmente reprodutoras e conservadoras". Pela branquitude, em razão de determinados critérios do que se entende ser branco ou branca, pessoas assim identificadas são sistematicamente beneficiadas no acesso a recursos de diversas ordens (materiais e simbólicas), produzidos por hierarquias interseccionais do colonialismo e do imperialismo e mantidos atualmente (Schucman, 2014).

Apesar de ser possível uma definição genérica sobre tais critérios, seus sentidos também são instáveis, a depender das peculiaridades históricas, políticas e culturais da região. No território brasileiro, por exemplo, a moldura do reconhecimento da branquitude exige fenótipo de pele clara, feições entendidas como europeias e cabelo liso (Schucman, 2014). As práticas decorrentes dessas normativas produzem o racismo como uma estrutura hierárquica que cria e polariza uma superioridade branca ocidental a uma inferioridade negra. Como se a África fosse "o continente 'obscuro', sem uma história própria (Hegel); por isso, a Razão é branca, enquanto a Emoção é negra. Assim, dada a sua 'natureza sub-humana', a exploração socioeconômica dos amefricanos por todo o continente é considerada 'natural'" (Gonzalez, 1988, p. 77).

Entrelaçadas a tais práticas, estão as normativas do ocidentalismo e do eurocentrismo/imperialismo. A categoria ocidentalismo é formulada por Edward Said (2011) para se refletir sobre a posição dominadora do Ocidente e os símbolos ocidentais que produziram estereótipos sobre o Oriente, representativo de áreas associadas ao Islã (o Norte da África, o Oriente Médio, a Indonésia, a Índia e a costa leste africana). Articulado a isso, "o imperialismo consolidou a mescla de culturas e identidades numa escala global. Mas seu pior e mais paradoxal legado foi permitir que as pessoas acreditassem que eram apenas, sobretudo, exclusivamente brancas, pretas, ocidentais ou orientais" (Said, 2011, p. 144). Nessa lógica maniqueísta produzida pelo ocidentalismo, o imperialismo atenta contra "a continuidade

duradoura de longas tradições, de moradias constantes, idiomas nacionais e geografias culturais" (Said, 2011, p. 510) e representa, além de um projeto territorial, um projeto de constituição violenta do sujeito colonial "que se autoimola para a glorificação da missão social do colonizador" (Spivak, 2002). Nessa geopolítica, o eurocentrismo, como categoria geopolítica, é entendido como uma forma de conhecimento que elabora a lógica de que a Europa Ocidental é referência para os demais territórios. Surge associada à expansão e secularização da burguesia e do pensamento europeu por força da colonização e voltada a atender às suas exigências coloniais e capitalistas (Quijano, 1992).

Tais linhas categoriais temáticas que formam a colonialidade e a moldura de reconhecimento aqui apresentadas foram pressupostas na organização desta pesquisa, e, após análise, foram formulados os seguintes eixos temáticos: (a) pensar o sujeito mulher, em que são analisadas as hierarquias interseccionais presentes no campo a partir das mensagens culturais sobre os significados do sujeito mulher, na dicotomia cis-heteronormativa; (b) acesso e participação, relativa às possibilidades de ação dentro do espaço de formação profissional, em que são percebidos os limites e as disciplinas a partir dos significados relacionados às alunas; (c) possibilidades de vida e estrutura, em que são percebidas as relações hierárquicas, especialmente com os sujeitos que representam comandos administrativos institucionais.

4. Análise do campo: a constituição da discente de graduação em Direito

As normas institucionais para discentes, como regra geral, dizem respeito a atividades de ensino, pesquisa e extensão, em observância aos eixos constitucionais que estruturam a instituição de ensino superior, conforme art. 207 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Essas atividades integram o currículo oficial do curso e as discentes mulheres desenvolvem-nas por meio de relações sociais com discentes homens, com docentes mulheres e homens (que ministram aulas e coordenam grupos de pesquisa e extensão), com docentes em cargos administrativos e com técnicas e técnicos de apoio pedagógico.

Para o presente artigo, serão analisadas as relações com seus pares e com docentes. Dessas atividades, pelos relatos das discentes entrevistadas, a participação mais efetiva nos grupos de pesquisa e extensão é de pessoas brancas, que têm disponibilidade de tempo para se dedicar às atividades extraclasse e não são responsáveis pelo seu sustento e/ou pela sua manutenção material, além de não demonstrarem problemas em ter acesso às atividades de ensino.

Na relação com outras discentes e com discentes homens, discentes brancas relatam um bom contato, de modo geral, apesar de seus colegas homens não demonstrarem interesse em temas ligados à categoria política de gênero relacionada a mulheres. Quanto às relações com professores homens, foram recorrentes as afirmações de que docentes não se preocupam com a participação das mulheres, dando primazia à participação dos discentes homens, e que as tratavam de uma forma diferenciada, ora de maneira infantilizada, ora tentando alguma

proximidade. A categoria política de raça, especialmente para este artigo, foi preponderante para as discentes negras, sendo recorrente a afirmação de que a questão de gênero não as atravessava tanto quanto a questão racial.

4.1. Pensar o sujeito mulher

As ideias e a cultura organizacional da instituição, especialmente na unidade de ensino que foi campo da pesquisa, condizem com o domínio cultural de poder, que mobiliza ideias a respeito das categorias políticas estudadas, bem como quais são as possibilidades dos corpos reconhecidos nelas. Nesse aspecto, cabe, aqui, a referência de significante sobre *ser mulher*, que advém dos sentidos percebidos pelas entrevistadas nas relações que travam com pares e docentes. Pelos relatos das entrevistadas, há uma expectativa de quem é discente no curso de Direito: seria um homem, branco, que se expresse de forma entendida como masculina, de idade próxima a 20 anos, descendente de uma família de juristas e com possibilidades de realização de atividades acadêmicas com carga horária de grande dedicação. O reconhecimento de corpos diversos dessa expectativa modula as relações sociais ali estabelecidas. No campo de pesquisa, a categoria racial traz uma identificação das normativas de reconhecimento de gênero às discentes brancas. Para as discentes negras, os sentidos sobre o reconhecimento de si, referente ao que é ser mulher, são conformados em razão da categoria racial:

> [me sinto] menos mulher… é preciso tirar mecanismos pra que eu seja ouvida enquanto mulher; […] aí não tem como dissociar eu sou uma mulher negra. Portanto, tenho opiniões menos e menos validadas; a minha opinião sempre tem que vir ancorada num dado científico […] e eu não tenho o direito de errar. […] As minhas opiniões, se elas não forem extremamente fortes e bem ancoradas, elas são menos do que as opiniões das mulheres brancas (Megumi).

Das entrevistas, os enunciados sugerem dimensões relacionais diferentes, a variar preponderantemente pela questão racial. Discentes negras revelam um discurso de não reconhecimento como acadêmicas do curso de Direito, como também de não pertencimento ao espaço, apesar de relatarem que sentiam sua presença ser percebida, de certa forma, naquele local.

O sentido sobre ser mulher também atravessa a percepção que as discentes têm sobre as docentes mulheres. Das entrevistadas, há o reconhecimento de que as docentes realizam o trabalho de excelência, mas que, ambiguamente, não podem competir com os homens devido à sobrecarga de trabalho externo (como família e casa). Mesmo assim, as discentes indicam a imposição de exigências às docentes, diferentemente de como abordam um professor homem.

> As mulheres, eu vejo que, pela pressão, elas se colocam numa posição de tentar chegar no nível que eles estão, mas eles não, elas não têm como chegar no nível que eles estão,

> porque eles não, eles não têm casa pra limpar. Eles não têm roupa pra lavar, eles não têm nenhuma tarefa que as mulheres que ficam na casa das mulheres. [...] É isso: as mulheres não têm como entrar nessa competição, eu vejo que elas tentam ao máximo entrar na produtividade, produtividade, produtividade [...]. São homens e brancos, e os homens brancos têm todo um exército de pessoas que para cuidar deles como se fossem bebês infantilizados, eles são infantilizados (Gael).

As posições das discentes no campo de pesquisa investigado apresentam-se em dimensões diversas, dependendo de sua constituição racial. Pelo colocado, sugere-se que o reconhecimento dos corpos brancos, entendidos como funcionais, recebe tratamento pautado em normas cis-heteronormativas, ora direcionado a um tratamento objetificador, ora a um tratamento de condescendência e paternalista. De outro modo, nas relações em que não se reconhece a branquitude, há uma resistência de aceitação de acesso e participação de acadêmicas negras na formação jurídica da instituição pesquisada, como se percebe a seguir.

4.2. Acesso e participação

Neste tema, são abordados enunciados que se associam ao acesso às aulas, aos grupos de pesquisa e extensão, bem como à participação efetiva nessas atividades acadêmicas, com demais discentes e com docentes. Entre as discentes que mencionaram sua participação em sala de aula, todas relataram participar menos do que os discentes homens nas aulas, por falta de incentivo, seja por receio da reação dos professores homens, seja pela reação dos colegas.

> [...] é muito nítido como meninos participam muito mais das aulas. Eles falam, os professores dão bem mais atenção também. Nossa, [...] são muito poucas meninas que falam, sabe, que, que fazem perguntas pros professores. É bem claro (Alex).

> [Determinado professor] ele é muito impositivo [...]; então parece que a gente é um pouquinho menor, sabe? (Duda).

O desestímulo também foi percebido para a participação em iniciação à pesquisa. Houve enunciado de discentes entrevistadas que indica tratamento diverso entre homens e mulheres. A discente Sol narrou que, comparado a outro colega na mesma atividade, o tratamento que um professor lhe conferia era omisso, impondo-lhe o dever de saber aquilo que ele deveria ensinar:

> [...] eu te falar assim, "senti idiota, senti burra", foi mínima de toda essa experiência que eu tive. [...] Teve diversas situações, né, e que, que enfim acabou, infelizmente, nutrindo esse sentimento negativo, né? [a situação mais marcante] pra mim foi o fato de eu pedir ajuda, literalmente, a palavra "ajuda" pra conseguir superar [...] uma

> dúvida [...] e não receber nenhuma resposta, zero. Pra mim, isso é, assim, a maior clareza de desinteresse pelo jeito que ele fala que não acredita na minha passagem, de verdade, muito claro, desde o começo. Ele não explicava, ele me ignorava [...] e eu não pedia desculpa, eu pedia perdão. [...] Toda [reunião], ele mudava de ideia, mudava de ideia [...], tinha que apagar e começar do zero. E isso está acontecendo agora: tenho que entregar um relatório amanhã e hoje, cinco minutos atrás, ele me mandou mensagem do tipo: "Oh, tu não pode esquecer de falar isso na pesquisa", e nunca nem [tínhamos conversado sobre durante] um ano e... e eu peço perdão [...] Óbvio que eu estou me arrastando no chão, [...] que ele vai sentir superior (Sol).

O represamento do conhecimento, que impede a discente de ter acesso a saberes necessários para o desenvolvimento do seu trabalho, sugere uma formação relacional de dependência, na qual a discente se vê impelida constantemente a acionar o docente para poder estudar, o que relativiza a sua autonomia de pesquisa. Ainda, conforme o relato, produz a noção de que a discente deveria saber, mas não sabe; logo, por isso, não se entende suficiente para realizar aquele trabalho.

Essa situação refere-se à lógica das relações com discentes brancas, uma vez que o acesso às atividades acadêmicas para discentes negras foi relatado como mais restrito ainda. Para discentes negras, a participação em aula parece ser considerada somente após apresentarem diversos argumentos relacionados a seu ponto de vista, como estatísticas ou argumentação de autoridade reconhecida pela colonialidade; ou reivindicada quando se aborda o processo escravocrata de forma colonial:

> Como mulher dentro do curso de Direito [me sinto] menos mulher. E aí é preciso tirar mecanismos para que eu seja ouvida enquanto mulher; não [...] tem como dissociar: eu sou uma mulher negra. [Nessa ideia] Portanto, né, tenho opiniões menos [...] menos validadas; a minha opinião [...] sempre tem que vir ancorada num dado científico, [...] eu não tenho o direito de errar. Eu, enquanto um ser pensante que tem opiniões, as minhas opiniões, se elas não forem extremamente fortes e bem ancoradas, elas são menos do que as opiniões das mulheres brancas (Megumi).

Ademais, a participação em grupos ou eventos por tais discentes só é pensada quando seus temas refletem algo vinculado ao pertencimento racial dessas discentes:

> [...] um dos motivos que, que me faz querer sair daqui porque as patotas, os grupos, [...] eu não consigo me sentir inserida em um lugar; [...] apenas se for pra tratar de racismo. [...] Algum professor vai falar alguma coisa e ele olha pra mim pra que eu valide se o que ele está falando é correto ou se não está incorrendo em racismo, em alguma outra coisa. Eu não quero esse olhar, eu não quero essa postura de estar ensinando o

> tempo inteiro. [...] Eu sei falar bem de direito administrativo, eu sei falar bem de propriedade intelectual [...]. Eu sinto que essa experiência aqui ela me mostra muito o lugar que tá reservado pra mim. A posição que está reservada pra mim, isso fica muito demarcado. E principalmente essa possibilidade de ensinar branco, sabe? (Megumi).

O enunciado referido alcança um discurso do projeto colonial, sobretudo pelo viés da individualidade, em que não se reconhece como responsabilidade de todas e todos a luta antirracista e impõe-se ao sujeito negro um lugar reduzido de possibilidades.

Nessa perspectiva, a branquitude representa uma posição social em uma estrutura discriminatória que constitui o sujeito, reconhecido como branco, em uma série de privilégios, e, nesse sentido, tal sujeito também reforça a lógica estrutural. Para a manutenção da colonialidade, as dinâmicas relacionais ocorrem em termos de categorização de pessoas negras e indígenas a partir da ideia de branquitude (Schucman, 2020). É nesse caminho que se faz necessário compreender o compartilhamento de processos e de responsabilização sobre a discriminação, visto que a branquitude cria o Outro e, como uma exímia invenção, não se identifica ou localiza como branco. A resistência ao aprendizado acerca de racismo, como pessoas brancas, sugere também uma resistência em se reconhecer como responsável por pensar ações antirracistas.

Esses enunciados triangulam-se com o "véu ideológico do branqueamento", o qual "é recalcado por classificações eurocêntricas", que hierarquizam práticas e corpos, e podem subjetivar todos os indivíduos que estejam sujeitos a essa lógica. Seria o racismo à brasileira essa "denegação de nossa latinoamefricanidade", que produz efeitos deletérios "contra aqueles que são o testemunho vivo da mesma (os negros), ao mesmo tempo que diz não o fazer", utilizando o mito da democracia racial como escusa (Gonzalez, 1988, p. 69).

Nas atividades extraclasse, as entrevistadas demonstraram existir, entre as pessoas participantes dos grupos de pesquisa ou de extensão, vínculos privilegiados, especialmente com a pessoa docente, o que acaba gerando uma espécie de poder político que tais discentes possuem. Em alguns relatos, foram mencionadas situações de discentes outros/outras que se reconheciam como "crias" ou "filhos/filhas" de determinados professores e/ou identificavam-se, com orgulho, como participantes de um grupo ou de outro. Aparentemente, segundo as entrevistadas que comentaram sobre o assunto, o acesso das pessoas a oportunidades de trabalho, estágio, assessoria, chances de ingresso na pós-graduação e consequentes viagens acadêmicas, seria facilitado com a proximidade a determinados docentes. Esse suposto poder político também apareceu nas entrevistas quando foram citadas deferências conferidas a discentes com determinados sobrenomes de famílias consideradas de relevância social local e/ou parentesco com algum profissional considerado relevante no campo do Direito. Essa é uma tentativa de manutenção da lógica colonial, especialmente a plasmada pela branquitude, por meio de uma lógica familista, que integra a colonialidade.

> Eu acho que as pessoas já chegam com um pouco disso [negociação do poder] porque boa parte da [unidade de ensino] vem de famílias, né? Ah, famílias, o sobrenome faz. O sobrenome: sobrenome que, que fala antes da pessoa, antes de a pessoa chegar, já tem um não sei o quê, um sei lá, uma coisa assim (Gael).

> Eu observo [a existência de determinados grupos na unidade de ensino] como uma tentativa de manutenção desse *status*, né? [...] Eu acho que o comportamento deles é muito semelhante com comportamento [...] tipo do Judiciário, sabe? Que vô é juiz, o pai tem que ser juiz, o filho também vai ter que ser juiz (Blenda).

A lógica familista, como um subproduto do colonialismo, opera de diversas formas, e destaca-se pelo paternalismo (proteção e facilitação de acessos mediante um homem reconhecido como patriarca), pelo clientelismo (relações de favores entre famílias/grupos) e pelo assistencialismo (uma lógica de manutenção de dependência que mantém a hierarquia e impede que os componentes do grupo/família se tornem interdependentes ou formem outros grupos sem o aval do patriarca) (Coimbra, 2021). Assim, paternalismo, clientelismo e assistencialismo formam dinâmicas que constituem também as dinâmicas institucionais, favorecem as pessoas que integram determinadas famílias e conspurcam até a falácia do *fair play*.

Pelo colonialismo, o Brasil, país que mais traficou pessoas negras para fins de escravização, foi formado por grandes latifúndios, controlados por determinados homens que chefiavam famílias (Schwarcz, 2019). A lógica familista atual, que impera em certos espaços, seria resquício prático desses esquemas sociopolíticos, os quais são conhecidos, em algumas regiões do território brasileiro, como coronelismo. Isso reforçará o individualismo familiar, em um fortalecimento com o que é estreitado por laços de afeto em detrimento das relações públicas (Schwarcz; Starling, 2015). São os sobrenomes de tais famílias e os sobrenomes de imigrantes, principalmente europeus, que chamam a atenção e recebem destaque em sala de aula por professores homens. Com perguntas como "de onde é sua família" ou "qual a sua ascendência" ou "de qual região da Europa é seu sobrenome", com prevalência tão somente desses nomes, são constituídos sujeitos marcados pelo eurocentrismo e pelo imperialismo.

O acesso às atividades acadêmicas não se mostrou facilitado para discentes negras. Sobre o acesso a matérias curriculares, as enunciações apreendidas nas entrevistas sugerem normativas racializadas que orientam o tratamento institucional e implicam discriminação racial:

> [No] reajuste excepcional das matrículas, várias pessoas estavam conseguindo [a aprovação do pedido de quebra de pré-requisito], várias pessoas brancas, né? [...] Quando uma amiga [negra] foi tentar uma matéria, ela não conseguiu essa matéria. E aí ela pegou e voltou chorando. Ela falou: "Todo mundo da minha sala, tipo quase todo mundo da minha sala que tentou a matéria conseguiu e eu não consegui". [...] Aí [...] uma amiga dela branca [...] falou: "Ah, vamos lá comigo porque ele [o professor responsável na

> época] me adora" [...] E aí ela foi com ela e ela conseguiu a matéria. E aí fiquei naquela... será que é uma situação de racismo ou de racismo? [...] Será que ele não via a cor dela como igual ou será que soube fazer essa diferenciação de gênero ali na hora porque ela também era uma mulher branca igual? (Blenda).

No Brasil, há o disfarce, cuja articulação ideológica é marcada pela denegação, como mencionado anteriormente, em que se verifica a colonialidade produzida por ideias e teorias racistas, como a teoria da miscigenação, da assimilação e da democracia racial (Gonzalez, 1988). Ao serem questionados sobre o comportamento, a resposta é a negação. Isso impede o reconhecimento dos indivíduos de si mesmos e de agrupamento por coletivos, que vão obstaculari-zar, por consequência, estratégias e resistências coletivas contra práticas discriminatórias.

4.3. Possibilidades de vida e estrutura

A omissão institucional em relação ao combate às práticas discriminatórias reforça o poder colonial de hierarquização de determinados corpos. Vinculados à questão disciplina, associam-se os sentidos a respeito das categorias integrantes da moldura do reconhecimento desses mesmos corpos. Foram recorrentes as menções de percepção de não lugar, de não pertencimento, e, no que tange à associação com a categoria racial negra, relacionadas ao enunciado de não reconhecimento das ações afirmativas como direito:

> Tirando [algumas] disciplinas, [...] você vê [que] não está nem um pouco a fim de estar ali [...] Voltamos para o quadradinho dogmático, cartesiano [...] Tirando [...] aquelas discussões [sobre questões antidiscriminatórias], eu só fiquei falando sozinha e eu percebendo a cara das pessoas [...] ... e sei lá, uma sensação, eu me sinto [...] perdida ali no [curso]. Tanto que eu parei dois semestres, né? E, e relutei em voltar por várias questões [...]. Eu relutei em voltar porque eu tava muito exausta. O [coletivo de discentes] foi uma coisa que exauriu muito a gente e deixou a gente muito cercado, quando a gente começou a pautar aqui as coisas estavam muito equivocadas, como investigação de fraude às cotas e falas de professores contrários (Gael).

A colonialidade, pelos pressupostos da Modernidade, apresenta uma justificativa indefensável de um diferencial de caráter civilizatório entre os grupos sociais, em que se produzem determinados Outros como inferiores. As omissões de inclusão e de cumprimento de direitos humanos fundamentais associam-se a modos disciplinatórios coloniais que investem contra corpos que não se identificam pela tentativa de se enquadrar na moldura de reconhecimento de cisnormatividade, heterocisnormatividade e branquitude. As violências parecem, assim, nefastamente justificáveis, em um limbo no qual se negocia o inegociável (Rolnik, 2019).

Nessa criação colonial do Outro, há uma exigência moral de quem ocupa a posição social superior de ensinar aos inferiorizados o caminho do desenvolvimento – que também

é adotado pela lógica da falácia desenvolvimentista (Dussel, 2000). É aí que, na oposição ao processo civilizador, o sujeito moderno poderia, deleteriamente, praticar a violência, que é defendida como um ato inevitável. Desse caráter, a violência torna-se assumida e naturalizada nas hierarquias interseccionais e justificada como uma guerra justa em nome da modernização. Nesse processo de violência colonial, a produção de "vítimas" produz também o herói civilizador: a culpa da vítima é sua própria condição, da qual o civilizador, o salvador, a salva. Na colonialidade, o Outro "tem uma "culpa" (por opor-se ao processo civilizador) que permite à "Modernidade" apresentar-se não apenas como inocente, mas como "emancipadora" dessa "culpa" de suas próprias vítimas (Dussel, 2000, p. 49).

No final do ano de 2020, a Administração da unidade de ensino pesquisada convocou para uma reunião, realizada e disponível em plataforma virtual, discentes e docentes, a fim de discutir sobre o primeiro semestre de ensino remoto excepcional. Foi enunciado pelo responsável pela unidade de ensino:

> Então a gente tem que ter uma presença para evitar racismo, discriminação e, desde cedo, chamar a atenção do novo aluno para o curso que nós estamos construindo, que é solidário, [...], que se tem alguém com dificuldade, toda a turma presta atenção e procura ajudar e é só comunicar. [...]. E isso a gente tem que desenvolver, sabe... porque o diferente é aquele que nos torna ainda mais completos. O diferente é aquele que traz uma necessidade... por exemplo, se você conviver com a [pessoa reconhecida pela categoria deficiência], ou conviver com aluno indígena, isso é uma riqueza. [...]. (Responsável pela unidade de ensino).

O discurso foi endossado, posteriormente, pela representação do curso de graduação presente na mesa virtual, em que os indivíduos são percebidos e tratados em uma lógica individualista, na qual não se pensa que os obstáculos são de responsabilidade coletiva e das pessoas com quem se relacionam. Apesar de sugerir uma convocação à responsabilidade das pessoas, essa chamada é estruturada pela nominação do outro como diferente daquele que o pode nominar, como um sujeito neutro e com autoridade atribuída a isso nas relações de poder. Além disso, é uma convocação apontada ao indivíduo e à sua solidariedade, localizando a questão em uma relação interpessoal, o que promove um afastamento da responsabilidade institucional sobre o assunto.

A conivência com essa lógica associa-se a uma ideia do feminismo liberal, que reforça os pressupostos excludentes do imperialismo e do ocidentalismo, e motiva a adesão a práticas em nome da salvação do Outro (Oliveira, 2017). Tais enunciações sugerem, assim, além de um projeto territorial, um projeto de constituição violenta do sujeito colonial "que se autoimola para a glorificação da missão social do colonizador" (Spivak, 2002, p. 28).

Os modos disciplinares também atuam sobre as discentes brancas a partir do discurso da heteronormatividade, que sugere que os professores homens se sentem autorizados a

extrapolar demasiadamente os limites da relação pedagógica com as alunas mulheres, expondo-as em sala de aula, com contatos externos ao horário de trabalho ou com intervenções questionáveis.

> […] desde o começo [da relação de orientação de pesquisa] eu já senti que tinha alguma coisa errada. Eu achei que era comigo. Eu achei que eu não tinha capacidade de pesquisar, que eu não tive capacidade de entender […]. Ele [professor] faz se sentir como se fosse completamente idiota e ele simplesmente me ligou […] três horas da manhã contando da vida dele, pensativo (Sol).

> Se você põe um *short*, você passa a ser vista… mas a forma como você é vista […] é muito delimitada pela raça, porque outras garotas [com] poucas roupas, elas vão ser olhadas de um jeito… como se um olhar pra branca fosse um olhar para uma princesa e o olhar pra negra fosse um olhar de sexualização (Megumi).

Na interação com os colegas homens, temas relacionados às mulheres ou aos movimentos e às teorias feministas parecem ser menosprezados pelos alunos do curso, sendo alvo de piada ou encarados como um tema superado, sugerindo uma prática legitimada em sala de aula. São práticas que levam a um processo de interdição acerca do que se pode falar ou não (Foucault, 2014). São práticas também associadas à lógica colonial, na qual há a hierarquização do conteúdo que merece consideração pelos alunos homens:

> […] tu percebe, tem alguma percepção se eles não entram nessas discussões porque eles não se interessam ou porque têm medo de falar alguma besteira… […]. Colegas mais próximos, eu acho que têm um certo desinteresse que passa muito pelo cansaço, assim, como se fosse um tema batido da academia… como se fosse uma coisa tipo: "Ah, de novo falar sobre", sabe? Sobre gênero ou sobre, sei lá, direito das minorias (Noah).

Para as discentes, ainda, os temas relativos às mulheres e aos movimentos sociais são tangenciais às disciplinas e trazidos pontualmente por professoras mulheres.

> Os professores [homens] muitas vezes não se dedicam a aula, […] mas você observa que os professores respeitam a especialidade… [determinados professores] têm problemas com horário; todos eles têm problemas pra agendar prova, pra agendar atividades […] (Megumi).

> Se uma professora mulher tem o mesmo comportamento [de imposição, como o de um professor homem] e isso já é bem visível […] é colocada como a louca, como a

> desequilibrada… Porque ela não faz parte [...] desse símbolo, o símbolo [homem hétero branco]… ele pode se comportar dessa forma, sim, os outros não, né? (Blenda).

Dos enunciados recolhidos apresentados, o que emerge de significado sobre ser mulher e discente em um curso de graduação em Direito é estritamente relacionado a normas de gênero, as quais, por sua vez, são conformadas à colonialidade e às relações hierárquicas respectivas. Aí, não se produzem somente sujeitos que podem agir somente em determinados limites simbólicos, mas também os sujeitos que ditam quais são as delimitações e as possibilidades de ação. Em uma perspectiva pós-estruturalista, portanto, a produção dos sujeitos, que deve ser observada de um prisma relacional, demonstra a produção de lugares políticos em hierarquia, por vezes, discriminatória.

Conclusão

Na instituição moderna, imperam a ordem, a hierarquia e a padronização a partir de um enquadramento do que pode ser categorizado dentro da moldura da Modernidade, a qual, por sua vez, é orientada por um ideal de identificação de reconhecimento colonial. Nesse ideal, preponderam as condições da heteronormatividade, da cisnormatividade, da branquitude, do imperialismo/eurocentrismo/ocidentalismo. Na episteme moderna, o sujeito é produzido e outros são produzidos para que se normalizem ao enquadramento. Nesse compasso, a instituição de ensino também se organiza na formatação de tais corpos para que cumpram a sua docilização e que aprendam, no assujeitamento, a ordem profissional. São relações de poder que modelam sujeitos para que sirvam a relações de poder.

O desafio que se coloca nesse tipo de instituição é a legitimação da hierarquia, o que nos faz questionar sobre o próprio processo educacional (quais são essas posições, como elas se dão, o que extrapola os objetivos deste artigo). Contudo, excessos e deturpações do processo pedagógico insinuam a forma com que operam outras pretensões hierárquicas, aqui refletidas pelas normas de gênero. Nas dinâmicas percebidas, notam-se reiteradas criações do Outro para si mesmo, como uma satisfação em representar a salvação desse Outro, na qual, estando acima deste, sabe orientá-lo e dizer como ele deve agir, sentir, o que deve estudar, como deve ser tratado. Daí surgem as menções à condescendência; à negligência, como se as pessoas fossem superar obstáculos mediante a própria vontade tão somente e com boas práticas colegiais; à compaixão, pois, afinal de contas, o Outro não sabe o que faz.

Nesse processo de assujeitamento do Outro, as definições de padronização para enquadramento no reconhecimento como sujeito incidem sobre os corpos, controlando-os. As normas de gênero praticadas no campo revelaram a hierarquia estabelecida de organização do próprio espaço – sobre quem aparece, quem é destaque, sobre poder estar, quem é tolerável, quem é percebido e sob quais condições. Pela anatomopolítica de tais dinâmicas, sua força política é canalizada e orientada na/pela valorização da lógica imperialista, em uma

negação de si para aqueles que não cumprem os protocolos do reconhecimento pela colonialidade, o que pode produzir a denegação, como assinalado por Gonzalez (1988). Na escassez da sua força política, em que imperam o individualismo e a lógica concorrencial sem *fair play*, são reduzidas as possibilidades de ações conjuntas para efetivar mudanças, ou para pensar coletivamente. Nessa escassez, o objetivo das pessoas ouvidas torna-se (daquelas que não assimilaram totalmente a colonialidade) apenas sobreviver naquele ambiente, conseguir se formar e logo dali sair. As forças de potência de vida são canalizadas para que o mínimo de si possa existir.

Nas dimensões das hierarquias interseccionais, as práticas relacionadas às discentes brancas reforçam padrões cis-heteronormativos, designados pela condescendência, pelo paternalismo e por práticas para a criação de dependência e envolvimento em uma lógica familista e em relação aos sentidos do que significa ser/estar mulher, associando-a ao signo de vítima. Configura-se como secundária a posição das discentes, o que, de certa forma, é aceito. Às discentes negras, nota-se a imposição da branquitude, com racismo velado, epistemicídio, imposição do eurocentrismo, não reconhecimento de direitos e associação da negritude a símbolos de crime. Nas constituintes do enquadramento da instituição de ensino, mantidas por técnicas de poder e processos de saber, atuam conjuntamente práticas de reconhecimento, classificação, distribuição e análise, que, pelas relações de poder estabelecidas, conduzem à manutenção dos acessos, das visibilidades e dos reconhecimentos acadêmicos a sujeitos cujos corpos e comportamentos se enquadrem nas prescrições da ordem colonial.

REFERÊNCIAS

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.

BENTO, Maria Aparecida Silva. *Pactos narcísicos no racismo*: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público. 2002. 185 f. (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder*: teorias da sujeição. Belo Horizonte: Autêntica, 2018a.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. 16. ed. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018b.

BUTLER, Judith. *Quadros de guerra*: quando a vida é possível de luto? 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

BUTLER, Judith. Corpos que ainda importam. *In*: COLLING, Leandro (org.). *Dissidências sexuais e de gênero*. Salvador: Edufba, 2016. p. 19-42.

BUTLER, Judith. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do "pós-modernismo". *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 11, p. 11-42, 2013. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634457. Acesso em: 14 fev. 2024.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La hybris del punto cero*: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

COIMBRA, Márcio. Subproduto do colonialismo. [Entrevista com] Maroni João da Silva. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, mar./abr. 2021.

COLAÇO, Thais; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter (orgs.). *Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina*: o direito e o pensamento decolonial. Florianópolis: Funjab, 2012. (Coleção Pensando o Direito no Século XXI, v. 4).

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Tradução Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.

DESPRET, Vinciane. Leitura etnopsicológica do segredo. *Fractal: Revista de Psicologia*, Niterói, v. 23, n. 1, p. 5-28, jan./abr. 2011.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. *In*: LANDER, Edgardo. *La colonialidad del saber*: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2000. p. 24-33.

FOUCAULT, Michel. *Sobre a sexualidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *O poder psiquiátrico*. Curso dado no Collège de France (1973-1974). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, 1988.

GRIJALVA, Dorotea Gómez. *Meu corpo é um território político.* Rio de Janeiro: Zaziê, 2020.

GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 80, p. 115-147, 2008.

LASIO, Diego *et al*. Hegemony and Heteronormativity: Homonormative Discourses of LGBTQ Activists About Lesbian and Gay Parenting. *Journal of Homosexuality*, [*s. l.*], v. 66, n. 8, p. 1058-1081, 2019.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.

LUGONES, María. Heterosexualism and the Colonial/Modern Gender System. *Hypatia*, Morelos, v. 22, n. 1, p. 186-209, 2007.

MIGNOLO, Walter. *Historias locales/diseños globales*: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo. Madri: Akal, 2003.

OLIVEIRA, João Manuel de. *Desobediências de gênero*. Salvador: Devires, 2017.

OLIVEIRA, João Manuel de. A necropolítica e as sombras na teoria feminista. *Revista Ex Aequo*, Lisboa, v. 29, p. 69-82, 2014.

OLIVEIRA, João Manuel de; COSTA, Carlos Gonçalves; NOGUEIRA, Conceição. The Workings of Homonormativity: Discourses of Lesbian, Gay, Bisexual and Queer People on Discrimination and Public Display of Affections in Portugal. *Journal of Homosexuality*, [*s. l.*], v. 60, n. 10, p. 1475-1493, 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad-racionalidad. *Perú Indígena*, [*s. l.*], v. 13, n. 29, p. 11--20, 1992.

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. *Inflexión decolonial*: fuentes, conceptos y cuestionamientos. Popayán, Colômbia: Editorial Universidad del Cauca, 2010.

RICH, Adrienne. Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence. *In*: ABELOVE, Henry; BARALE, Michele Aina; HALPERIN, David M. (eds.). *The Lesbian and Gay Studies Reader*. Londres: Routledge, 1993. p. 631-660.

ROLNIK, Suely. *Esferas da ressureição*: notas para uma vida não cafetinada. 2. ed. Rio de Janeiro: n-1 Edições, 2019.

RUBIN, Gayle. The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex. *In*: REITER, Rayna R. (ed.). *Toward an Anthropology of Women*. Nova York: Monthly Review Press, 1975. p. 157-210.

SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHUCMAN, Lia Vainer. *Branquitude e privilégios*. Sesc São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.sescsp.org.br/online/artigo/compartilhar/14477_BRANQUITUDE+E+PRIVILEGIOS. Acesso em: 6 dez. 2021.

SCHUCMAN, Lia Vainer. Sim, nós somos racistas: estudo psicossocial da branquitude paulistana. *Revista Psicologia & Sociedade*, Campo Grande, v. 26, n. 1, p. 83-94, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil*: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SERANO, Julia. *Whipping Girl*: A Transexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Feminity. Berkeley: Seal Press, 2007.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Literatura. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 19, p. 9-53, 2002.

TONELI, Maria Juracy Filgueiras; BECKER, Simone. A violência normativa e os processos de subjetivação: contribuições para o debate a partir de Judith Butler. *In*: FAZENDO GÊNERO: DIÁSPORAS, DIVERSIDADES, DESLOCAMENTOS, 9, 2010, Florianópolis. *Anais* [...], Florianópolis: UFSC, 2010. p. 1-8.

VERGUEIRO, Viviane. Pensando a cisgeneridade como crítica decolonial. *In*: MESSEDER, Suely; CASTRO, Mary Garcia; MOUTINHO, Laura (orgs.). *Enlaçando sexualidades*: uma tessitura interdisciplinar no reino das sexualidades e das relações de gênero [*on-line*]. Salvador: Edufba, 2016.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Professora do curso de graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora no campo de Ética Profissional, Estudos de Gênero, Direitos Humanos, Direito Antidiscriminatório e Psicologia Social, com ênfase em estudos de gênero e feminismos. Doutora em Psicologia Social Crítica e em Direito pela UFSC.

grazyab@gmail.com

João Manuel de Oliveira

Investigador do Centro de Investigação e Intervenção Social do Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE), Portugal. Trabalha no campo de Estudos de Género, Estudos Críticos de Sexualidade, Teoria Feminista e Teoria *Queer*. Doutor em Psicologia Social pelo ISCTE.

joao.m.oliveira@gmail.com

Maria Juracy Filgueiras Toneli

Professora no Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Investigadora na área da Psicologia Social, com ênfase nos temas gênero e feminismos, masculinidades, saúde sexual e reprodutiva, diversidade e direitos sexuais, violência de gênero e travestilidades. Doutora em Psicologia pela Universidade de São Paulo (USP).

juracy.toneli@gmail.com

V. 20
2024

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 21.02.2021
Aprovado: 10.08.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202406

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)

1 Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5615-8187

As três programações constitucionais contra crises políticas: sistemas de governo e estabilidade governamental em grandes democracias

THREE CONSTITUTIONAL PROGRAMS APPLIED AGAINST POLITICAL CRISIS: SYSTEMS OF GOVERNMENT AND GOVERNMENTAL STABILITY IN LARGE DEMOCRACIES

TRES PROGRAMAS CONSTITUCIONALES APLICADOS CONTRA LA CRISIS POLÍTICA: SISTEMAS DE GOBIERNO Y ESTABILIDAD GUBERNAMENTAL EN GRANDES DEMOCRACIAS

Augusto Neftali Corte de Oliveira[1]

Resumo
O artigo realiza uma investigação comparada sobre as instituições políticas das 18 maiores democracias em população e Portugal. Em seguida, avalia o papel dessas configurações institucionais na estabilidade governamental. São propostas duas visões sobre os sistemas de governo: (a) a tradicional, presidencialismo, parlamentarismo ou semipresidencialismo; e (b) uma transversal, focada na programação constitucional contra crises políticas, classificada como rígida, resiliente ou flexível. A pesquisa recorre a modelos de regressão logística e a dados em painel. É proposta a inferência de que programações constitucionais flexíveis (no parlamentarismo e no semipresidencialismo) apresentam menor estabilidade governamental. Os resultados são submetidos a uma análise comparativa que valida a interpretação e destaca as características institucionais cuja intencionalidade é a produção de estabilidade governamental.

Palavras-chave
Presidencialismo; parlamentarismo; semipresidencialismo; política comparada.

Abstract
The paper presents a comparative investigation on the political institutions of the 18 largest democracies in population and Portugal. Subsequently it assesses the role of these institutional configurations in governmental stability. Two views on government systems are being proposed: (a) the traditional, presidentialism, parliamentarism, or semi-presidentialism; and (b) a cross-cutting one, focused on constitutional programming against political crises, classified as rigid, resilient, or flexible. The research relies on logistic regression models and panel data. It is proposed that flexible constitutional programs (in parliamentarisms and semi-presidentialism) present lower governmental stability. The results are subjected to a comparative analysis that validates the interpretation and highlights the institutional characteristics whose intentionality is the production of governmental stability.

Keywords
Presidential system; parliamentary system; semi-presidential system; comparative politics.

Resumen
El artículo presenta una investigación comparativa sobre las instituciones políticas de las 18 mayores democracias en población y Portugal. Posteriormente, evalúa el

papel de estas configuraciones institucionales en la estabilidad gubernamental. Se proponen dos perspectivas sobre los sistemas de gobierno: (a) la tradicional, presidencialismo, parlamentarismo o semipresidencialismo; y (b) una perspectiva transversal, centrada en la programación constitucional contra las crisis políticas, clasificadas como rígidas, resilientes o flexibles. La investigación se basa en modelos de regresión logística y datos de panel. Se propone que los programas constitucionales flexibles (en parlamentarismos y semipresidencialismos) presentan menor estabilidad gubernamental. Los resultados se someten a un análisis comparativo que valida la interpretación y destaca las características institucionales cuya intencionalidad es la producción de estabilidad gubernamental.

Palabras clave
Sistema presidencial; sistema parlamentario; sistema semipresidencial; política comparada.

Como citar este artigo
OLIVEIRA, Augusto Neftali Corte de. As três programações constitucionais contra crises políticas: sistemas de governo e estabilidade governamental em grandes democracias. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2406, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202406

• • •

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.FVWSSF

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução

O debate sobre sistemas de governo é um dos mais antigos e desenvolvidos da ciência política e da teoria constitucional comparada. Não seria difícil defender a tese de que a investigação sobre a classificação e a oportunidade das diferentes formas de governar está na origem das disciplinas. Esse debate encontrou um momento de forte interesse devido aos processos de democratização na América Latina, na Península Ibérica e no Leste Europeu. Quais fatores conduzem aos processos de abertura democrática? Quais seriam as instituições constitucionais mais adequadas para assegurar a transição e a consolidação das novas democracias? Algumas das contribuições dadas em resposta a esses questionamentos assumiram, para a ciência política contemporânea, o *status* de clássicos da disciplina.

Talvez em virtude desse amplo e relativamente recente desenvolvimento do estudo sobre sistemas de governo, pôde-se notar nos últimos anos uma mudança na agenda de pesquisa: passou-se a focar com mais atenção os elementos e procedimentos específicos das práticas governativas democráticas em vez do funcionamento amplo do sistema. Da mesma forma, em que pese elevada atividade legislativa do constituinte derivado sobre a organização dos poderes no Brasil, ela dedicou-se a elementos secundários do sistema político, como o processo legislativo, o sistema partidário e as regras eleitorais (Maués, 2020). Em decorrência do contexto político brasileiro, ressurgiram no cenário público interrogações sobre seu sistema de governo presidencial e reemerge embrionária discussão sobre a sua reforma e a adoção do parlamentarismo ou do semipresidencialismo[1] (Katz, 2018; Amaral Júnior; Amaral, 2017).

Este artigo procura retomar a discussão clássica da teoria constitucional e da ciência política sobre os sistemas de governo, isto é, sobre o presidencialismo, o parlamentarismo e o semipresidencialismo. Uma visão alternativa é acrescida à discussão por meio de análise institucional comparada: as programações constitucionais contra crises políticas, uma ramificação da visão inicialmente apresentada por Linz (1985). Segundo Linz, faltaria ao presidencialismo a flexibilidade conveniente ao enfrentamento de crises políticas. A análise institucional resulta na adoção de três tipos de programações constitucionais contra crises políticas: flexível, resiliente e rígido. A visão clássica é apresentada na seção 1, e a visão alternativa, na seção 2.

O artigo busca investigar empiricamente em que medida as duas diferentes visões sobre as instituições políticas estão relacionadas à estabilidade governamental. A seleção de casos inclui as 18 maiores democracias e Portugal,[2] por ser uma referência para o debate brasileiro

1 Para uma revisão do parlamentarismo na experiência histórica e política brasileira, consultar Silva (1989-1990) e Theodoro Júnior (1985-1986).

2 Justifica-se o recorte restrito do número de casos por três motivos. Primeiro, pelo esforço de análise institucional desenvolvido na segunda seção, que envolve o levantamento detalhado na construção dos tipos

na matéria.[3] As 18 maiores democracias qualificam a amostra por sua pluralidade e englobam quatro continentes (Europa, América, Ásia e África), ampla diversidade cultural, social e econômica.[4] Por constarem alterações em suas instituições políticas, Índia e Portugal foram inseridos na pesquisa como casos prévios e posteriores às reformas.

A dimensão temporal foi estabelecida em até 20 anos de dados para cada caso de pesquisa. O banco de dados trabalhado organiza informações sobre as visões institucionais destacadas, a presença de governos com maioria parlamentar unipartidária na câmara baixa ou única dos parlamentos (variável de controle) e a ocorrência de crise política (Oliveira, 2023). O conceito operacional de crise política é o de alteração no titular da chefia de governo, exceto em decorrência de processo eleitoral, incapacidade por motivo de saúde ou morte.

A informação descritiva sobre a frequência de crises por caso de pesquisa é apresentada na seção 3. Para análise empírica, são empregados dois modelos de regressão logística para dados em painel. O modelo A trata da visão clássica sobre sistemas de governo; e o modelo B, da visão sobre programações constitucionais contra crises políticas. Os dados são apresentados nos relatórios e nas projeções marginais para valores representativos, discriminados por ausência ou presença de governo de maioria parlamentar unipartidária.

Na visão dos sistemas de governo (modelo A), a chance de que em determinado ano ocorra uma crise no presidencialismo é menor do que no semipresidencialismo e marginalmente

• • •

analíticos que poderão ser desdobrados para maior número de casos em futura pesquisa. Segundo, pela ausência de banco de dados sistematizados sobre formação de gabinetes e términos de governo fora da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE). Terceiro, pelo trabalho de comparação focada em casos como parte da análise empírica, apresentado na seção 4. A ampliação do número de casos, mantida a estratégia de investigação quantitativa e qualitativa, além de academicamente onerosa, é limitada pelo espaço regularmente disponível nas publicações acadêmicas atuais.

3 Por exemplo, o ex-presidente Michel Temer afirmou em fevereiro de 2023 que o "semipresidencialismo faria 'Revolução dos Cravos' no Brasil", em clara referência positiva à adoção do sistema de governo português no Brasil (Soares, 2023). O Presidente da Câmara dos Deputados, Artur Lira, manifestou apoio à proposta em análise para adoção do semipresidencialismo no Brasil, com referência ao caso de Portugal (Brandão, 2021). O ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes citou Portugal como um exemplo de semipresidencialismo a ser adotado pelo Brasil (Luiz; Neves, 2022). Outros ministros da Suprema Corte, Dias Toffoli e Roberto Barroso, também fizeram referência ao tema (Toffoli…, 2021).

4 O critério democrático foi dado pelo Democracy Index (Economist Intelligence Unit, 2020) e o de tamanho, pela dimensão populacional (Banco Mundial, 2023). A amostra qualifica-se por não presumir nenhum comportamento específico da variável de interesse (Geddes, 1990, p. 135), embora não seja aleatória e exaustiva. De qualquer forma, destaca-se que o recorte discricionário restringe a segurança em inferir generalizações. A presente pesquisa, nesse sentido, deve ser complementada por esforços posteriores de investigação com um rol de casos exaustivo, de modo a contribuir com a construção de categorias de análise e de expectativas sobre o comportamento da estabilidade governamental.

menor do que no parlamentarismo. Na visão das programações constitucionais (modelo B), a chance de que em determinado ano ocorra uma crise política em um país que adote uma programação constitucional flexível é muito superior à dos que adotam programações constitucionais resilientes ou rígidas. Nas duas visões, a ausência de maioria parlamentar do partido político do chefe de governo agrava a chance de crise.

A pesquisa conclui que sistemas de governo parlamentaristas e semipresidenciais com programações constitucionais flexíveis são mais propensos a crises políticas e mais instáveis, sobretudo se o partido político do chefe de governo não tiver maioria parlamentar. Sistemas de governo presidencialistas, que têm programações constitucionais rígidas, são menos propensos a crises políticas; eles apresentam maior estabilidade governamental mesmo na ausência de maioria parlamentar do partido do presidente.

Uma discussão comparativa adicional é realizada com o objetivo de avançar na compreensão dos potenciais efeitos de instituições sobre a estabilidade governamental (seção 4). Essa discussão final valoriza a costura entre o acúmulo da produção científica, os achados das análises anteriores e as preocupações do debate público. Destacam-se as diferentes estratégias adotadas pelas democracias para tornarem mais estáveis seus sistemas de governo, bem como os motivos institucionais pelos quais se pode compreender as dificuldades dos países que convivem com alta taxa de crises no governo. O limitado número de casos da pesquisa, se restringe sua validade externa, permite, neste momento adicional da investigação, o recurso a formulações teóricas de médio alcance e o interesse pela dimensão da aplicabilidade. O objetivo é apresentar uma abordagem que ultrapasse o mecanicismo, ou seja, a visão de que as constituições são diretamente capazes de estruturar o jogo político nacional (François, 2011, p. 7).

1. SISTEMAS DE GOVERNO: ANÁLISE INSTITUCIONAL CLÁSSICA

Por sistema de governo compreendem-se conjuntos de disposições institucionais com características solidamente estabelecidas na literatura. Tipicamente, são empregados dois sistemas de governo – presidencialismo, parlamentarismo – e uma variação, de certa forma, intermediária – semipresidencialismo. Embora haja especificidades em cada sistema realmente existente, as nomenclaturas referidas captam as instituições básicas da organização política presente nas constituições estudadas.

Consolidando uma discussão acadêmica profícua (Cheibub, 2007; Shugart; Carey, 1997; Lijphart, 2003; Sartori, 1994; Elgie, 2011; Shugart, 2005; Lacerda, 2016), as diferenças dos sistemas de governo presidencialistas, parlamentaristas e semipresidencialistas podem ser sintetizadas em seis regras, mais duas regras inversas, na forma do Quadro 1.

QUADRO 1 – **REGRAS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE SISTEMAS DE GOVERNO**

Sistemas ***presidencialistas*** são aqueles nos quais:

(1) o chefe de Estado governa com poderes que incluem a gestão da administração pública superior;

(2) o chefe de Estado é constituído pelo povo independentemente da vontade do parlamento, salvo em condições excepcionais; e

(3) o chefe de Estado permanece no desempenho de suas atribuições independentemente da confiança do parlamento, durante o prazo do mandato.

Sistemas ***parlamentaristas*** são aqueles nos quais:

(4) o chefe de governo, que detém o poder de gestão da administração pública superior, é investido pelo parlamento;

(5) o chefe de Estado não participa decisivamente da investidura do chefe de governo, ou participa apenas em casos excepcionais; e

(6) o chefe de governo permanece no desempenho de suas atribuições exclusivamente enquanto detém confiança parlamentar.

Sistemas ***semipresidencialistas*** são aqueles nos quais:

(7, contrário de "1") o chefe de Estado não governa com poderes que incluem a gestão da administração pública superior;

(2) o chefe de Estado é constituído pelo povo independentemente da vontade do parlamento, salvo em condições excepcionais;

(8, contrário de "5") o chefe de Estado participa decisivamente da investidura do chefe de governo, ou não participa apenas em casos excepcionais; e

(6) o chefe de governo permanece no desempenho de suas atribuições exclusivamente enquanto detém confiança parlamentar.

Fonte: Elaboração própria, a partir de sistematização da literatura (Cheibub, 2007; Shugart; Carey, 1997; Lijphart, 2003; Sartori, 1994; Elgie, 2011; Shugart, 2005; Lacerda, 2016).

O sistema presidencialista e o sistema parlamentarista possuem três regras de identidade cada. A primeira diz respeito à unidade ou dualidade do exercício das funções típicas de chefe de Estado e de chefe de governo. Por função típica de chefe de Estado compreende-se as de representação cerimonial e nas relações internacionais, mas o cargo pode comportar poderes legislativos específicos (como o veto e a promulgação de leis) e governamentais extraordinários (como a convocação e a dissolução do parlamento, a indicação do chefe de governo, a declaração de emergência e do estado de sítio). Por função de chefe de governo compreende-se a gestão superior da administração pública, em especial por

meio da direção política do gabinete[5] (próxima seção) e da adoção de normas regulamentadoras próprias.

A unidade em um mesmo cargo deste conjunto de funções (chefia de Estado e de governo) é uma característica essencial do presidencialismo (regra 1) e deve estar absente do semipresidencialismo (regra 7), embora possa ou não constar em sistemas parlamentaristas. As demais regras estruturam os processos de investidura e remoção do titular da chefia de Estado e da chefia de governo, em especial atenção à participação do parlamento. Como regras básicas, observa-se a responsabilidade parlamentar sobre o chefe de governo no parlamentarismo e a bifurcação dessa responsabilidade entre parlamento e chefe de Estado no semipresidencialismo. O sistema semipresidencialista retira, de cada um dos dois sistemas puros, uma regra ("2" e "6") mais o inverso de uma regra ("7" e "8").

O Quadro 2 relaciona os países investigados por sistemas de governo. Adicionalmente, apresenta informações sobre unidade e dualidade da chefia de Estado e governo (características "a" e "b"), estrutura do gabinete ("c", "d", "e" e "f") e forma de chefatura de Estado ("g" e "h"). Tais características, acessórias no presente artigo, são retomadas na análise institucional da seção 2 e na análise comparativa da seção 4.

QUADRO 2 – **SISTEMAS DE GOVERNO DAS 18 GRANDES DEMOCRACIAS E PORTUGAL**

PRESIDENCIALISMO	PARLAMENTARISMO	SEMIPRESIDENCIALISMO
Argentina (a, e, g)	África do Sul (a, e, g)	França (b, d, g)
Brasil (a, f, g)	Alemanha (b, c, g)	Peru (b, d, g)
Colômbia (a, f, g)	Canadá (b, c, h)	Polônia (b, c, g)
Coreia do Sul (a, e, g)	Espanha (b, c, h)	Portugal 1 e 2 (b, c, g)
Estados Unidos (a, f, g)	Índia 1 e 2 (b, c, g)	
Indonésia (a, f, g)	Itália (b, c, g)	
México (a, f, g)	Japão (b, c, h)	
	Reino Unido (b, c, h)	

(a) Unidade entre chefe de Estado e de governo; (b) dualidade entre chefe de Estado e chefe de governo; (c) governo de gabinete colegiado; (d) governo de gabinete colegiado com presidente; (e) governo pessoal mitigado por gabinete; (f) governo pessoal; (g) forma de chefatura de Estado: republicana; (h) forma de chefatura de Estado: monárquica.

Fonte: Elaboração própria, com base no repositório de Elkins, Ginsburg e Melton (*s.d.*) e na literatura referida.

5 A palavra "gabinete" é empregada para o conjunto dos titulares de cargos do Poder Executivo que exercem a função de direção superior da administração pública. Os cargos são chamados de ministros ou secretários,

2. Programações constitucionais contra crises políticas: outra análise institucional

Este artigo propõe que programações constitucionais podem ser identificadas como resposta a crises políticas, seguindo um grau de flexibilidade do sistema – uma noção já presente em Linz (1985). Por crise política compreende-se a situação de remoção do governo sem a ocorrência de eleições. Ela pode ocorrer, por exemplo, pelo estresse das relações entre o parlamento e o governo. As programações de respostas constitucionais a esse momento podem prever alterações no âmbito da titularidade do gabinete ou da chefia de governo. Quanto maior a abertura institucional para remoção dos titulares do governo de seus cargos, maior a flexibilidade prevista para responder às crises em determinada estrutura política. As próximas subseções analisam comparativamente as instituições presentes nos sistemas de governo presidencialistas, parlamentaristas e semipresidenciais, com o objetivo de formar uma classificação sobre a flexibilidade ou rigidez de programações constitucionais encontradas em tais sistemas.

2.1. Programações constitucionais no presidencialismo

Sete grandes democracias adotam o sistema de governo presidencial, com unidade entre chefe de Estado e de governo na figura do presidente, o qual recebe um mandato por tempo determinado, proveniente dos cidadãos e sem a interferência do parlamento. A separação política de funções e de propósito[6] é a característica inerente ao sistema.

A separação de propósito decorre primariamente da eleição independente do presidente e dos membros do parlamento: cada um carrega a própria legitimidade democrática, bem como diferentes incentivos eleitorais (Shugart; Haggard, 2001, p. 89). Nos sistemas presidenciais, a eleição direta do chefe de Estado – como órgão unipessoal – ocorre por meio de sistema majoritário simples ou com segundo turno, com a exceção do colégio eleitoral dos Estados Unidos. Esses modos de eleger divergem da formação dos órgãos legislativos, seja pelo tempo da eleição do presidente e do Legislativo (que pode ter seus membros renovados de forma intercalada), seja pelo sistema eleitoral, seja pela circunscrição geográfica na qual a agregação de votos ocorre para efeitos de aplicação da fórmula eleitoral.

• • •

podendo haver títulos específicos vinculados a determinadas funções e estar, ou não, fixados ou limitados quanto ao número nas constituições. Restritivamente, o governo de gabinete é aquele no qual o órgão decide de forma colegiada.

6 Só existe separação institucional de propósito entre os poderes quando, presumindo um regime democrático: (a) os poderes estão institucionalmente protegidos em relação à capacidade superior de produzir e reformar as normas legais que regem a separação de funções por uma constituição escrita e não flexível e um tribunal constitucional; e (b) o investimento e o controle do ramo executivo do Estado não são dependentes do ramo legislativo (como ocorre no parlamentarismo).

Como destacado, no presidencialismo vigora a regra de mandato presidencial temporalmente determinado e independente da confiança parlamentar. Uma diferença significativa que existe entre os regimes presidenciais estudados é a presença ou ausência de participação parlamentar sobre a investidura e no controle dos membros do gabinete. Para Shugart e Carey (1997, p. 106), a presença dessa característica é um desvio do padrão ideal do presidencialismo. Em quatro países, existe participação parlamentar sobre o gabinete. Nos Estados Unidos, os membros do gabinete são apontados pelo presidente e aprovados pelo Senado, após arguição em comissão. Ocasiões nas quais o apontamento é bloqueado ou rejeitado são raras, mas a percepção de inconformidade pode levar à retirada do nome. Isso torna o processo efetivo mesmo quando não resulta em uma decisão final do Senado (Senado dos Estados Unidos, *s.d.*).

A Argentina e, principalmente, a Coreia do Sul são casos de sistemas presidenciais atípicos (Rojo, 1998; Croissant, 2002), com gabinetes colegiados e chefe de gabinete. Eles estão sujeitos à confirmação pelo parlamento (Coreia do Sul) ou à censura e remoção (Argentina). No entanto, o primeiro-ministro coreano não pode ser removido sem a concordância do presidente, o chefe de gabinete argentino não precisa ser confirmado. Ambos, ademais, respondem pessoal e individualmente perante o parlamento e não em nome do gabinete. A Colômbia, embora não possua um gabinete com funções colegiadas, dota qualquer casa do parlamento da capacidade de censurar um ministro (Daza, 2015).

O controle político sobre o gabinete no presidencialismo é, portanto, uma ferramenta débil (quando muito, preventiva). E não atinge a autoridade governamental superior, o presidente. Atendo-se à proposição original de Linz (1985), pode-se considerar que a programação constitucional do presidencialismo para situações de crise política é sempre rígida. Isto é, responsabiliza o presidente na condução do gabinete e, se não o mantém blindado à intervenção parlamentar, torna esse processo penoso.

2.2. Programações constitucionais do parlamentarismo

Os sistemas parlamentaristas são aqueles nos quais o governo é constituído pelo parlamento e depende de sua confiança. Essas são suas características essenciais, o que não importa em outras, como a dualidade entre chefia de Estado e chefia de governo ou o modelo de governo de gabinete colegiado. Ao contrário do sistema presidencial, o sistema parlamentarista não conta com qualquer nível institucional de separação de propósito entre os ramos executivo e legislativo do Estado. O chefe de governo (genericamente chamado de *premier* ou primeiro-ministro) carrega o propósito e a legitimidade democrática decorrente da eleição do Legislativo.

A formação do governo em todos os sistemas parlamentaristas das grandes democracias depende, essencialmente, do apoio da maioria dos membros do parlamento. Como exceção, pode haver a participação do chefe de Estado. Reino Unido e Japão são exemplos nos quais a responsabilidade pela formação do governo é interna ao parlamento. O *premier* é tão somente

cerimonialmente reconhecido pelo chefe de Estado (monarca). Nas outras duas monarquias, a participação do chefe de Estado é limitada: no Canadá, é desempenhada pelo governador geral; na Espanha, depende da chancela do presidente da câmara alta. A ausência de relevância do chefe de Estado nesse assunto também ocorre na África do Sul (considerando o presidente em exercício). Nos outros casos, o parlamento recebe uma indicação externa, do chefe de Estado – Alemanha, Itália e Índia (Spadaro, 2011; Thakur, 1995). Isso, no entanto, não muda a natureza parlamentarista dos seus sistemas de governo: a indicação externa precisa estar em consonância expressa ou tácita da maioria parlamentar, sem a qual é inútil.[7]

Após a constituição do governo, em sistemas parlamentaristas, o chefe de governo e o gabinete continuam responsáveis perante o parlamento. Isso implica a possibilidade de o Poder Legislativo intervir no gabinete e remover o *premier*. A forma de realizar essa intervenção é o voto de desconfiança. Sua consequência pode ser a queda do governo. De acordo com Lacerda (2016, p. 23), são os institutos do voto de confiança e desconfiança uma característica central do sistema de governo parlamentarista.

O voto de desconfiança está geralmente atrelado a duas circunstâncias imediatas. A primeira é uma alteração de ânimo político no seio do parlamento, que faz o primeiro-ministro perder o apoio com o qual foi constituído. A segunda está atrelada a um tipo específico de processo legislativo (como, usualmente, a aprovação do orçamento) ou à aplicação discricionária do governo à tramitação de um projeto. Nesse caso, com o objetivo de blindar a coalizão governamental contra deserções e favorecer sua aprovação.

Entre os casos analisados, ocorrem duas espécies de restrições ao voto de desconfiança. Uma é o voto de desconfiança construtivo, criado pela lei fundamental alemã e posteriormente adotado na Espanha. Nele, o voto de desconfiança só acarreta a queda do gabinete caso venha acompanhado da indicação de um novo *premier*. A solução torna mais rígida a programação constitucional tanto por aumentar o custo de adoção da desconfiança quanto por evitar o vácuo governativo decorrente de um governo de transição (entre a perda de confiança e a escolha de um novo ou uma nova *premier*). Lacerda (2016, p. 27) indica que esse arranjo, direcionado para ressalvar eventual instabilidade governamental, pode caracterizar o parlamentarismo como de tipo "positivo".

A segunda restrição ocorre na Índia e na África do Sul. Procurando evitar que a baixa coesão partidária indiana continuasse inviabilizando a estabilidade dos governos indianos (tanto nacional quanto estadual), foi adotada uma norma constitucional de não deserção parlamentar em 1985 (Hardgrave; Kochanek, 2008, p. 295; Nikolenyi, 2016). Essa regra prevê

7 A importância da indicação externa do *premier* cresce em caso de impasse no parlamento, e pode, eventualmente, determinar a formação do governo ou a necessidade/oportunidade de dissolver o parlamento (Schleiter; Morgan-Jones, 2018).

que o parlamentar que votar contra a instrução partidária, quando assim for exigido pela liderança, ficará desqualificado para concorrer nas próximas eleições (a menos que seja acompanhado por um terço ou mais dos membros do partido na infidelidade). Assim, o parlamentar não pode deixar o partido ou votar contra sua orientação. Na África do Sul, ocorre uma regra ainda mais rígida: a liderança do partido pode causar a expulsão do próprio parlamento do membro que não seguir a linha partidária, removendo-o da agremiação (Mattes, 2002).[8]

Nos dois casos, o chefe de governo está protegido, inclusive, contra a deserção de parlamentares do próprio partido ou dos partidos que o investiram enquanto usufruir de apoio, ao menos, da facção majoritária (Índia) ou dominante (África do Sul) das agremiações. Nos demais casos (Reino Unido, Canadá e Japão), o voto da maioria da câmara baixa do parlamento pode derrubar o governo; na Itália, é necessária a deliberação nesse sentido das duas casas do parlamento (o que não chega a ser uma limitação profunda, em razão do bicameralismo congruente).[9]

A partir das características estudadas, podem ser descritos dois níveis de flexibilidade nas programações constitucionais dos sistemas parlamentaristas. Ambos são inferiores ao presidencialismo. O menos flexível indica programações constitucionais que encarecem a adoção do voto de desconfiança pelo sistema do voto de desconfiança construtivo ou regras de não deserção, que protegem os grupos parlamentares de defecções. Tal programação pode ser considerada resiliente, pois institucionalmente mais propícia à preservação da formatação do gabinete em momentos de ameaça por crises políticas. Nas outras programações, que podem ser ditas flexíveis, tais empecilhos não estão presentes e a desconfiança do governo pode ser deliberada pelo órgão legislativo sem entraves adicionais. Portanto, são casos de instituições nas quais vigora elevada flexibilidade sobre a formatação do gabinete, sob a discricionariedade da confiança parlamentar.

2.3. Programações constitucionais no semipresidencialismo

No semipresidencialismo típico, o parlamento e o chefe de Estado colaboram na investidura e/ou no controle do governo, que é exercido pelo *premier* e por seu gabinete colegiado. Outra característica é o presidente com legitimidade democrática própria, proveniente de

8 Regras menos rigorosas, sem impacto em seu comportamento, são encontradas em países com outros sistemas de governo, como em Portugal (cláusula checoslovaca) e no Brasil (fidelidade partidária).

9 Uma possibilidade adicional é a dissolução do órgão legislativo por convocação antecipada de eleições. Nas repúblicas parlamentaristas, tal capacidade é atribuída ao chefe de Estado. Já nas monarquias parlamentaristas, é atribuída ou ao *premier* (Reino Unido, Canadá), ou a uma decisão colegiada do gabinete (Espanha, Japão). Na África do Sul, cabe ao presidente. O âmbito da dissolução costuma ser a câmara baixa, com exceção da Itália, na qual atinge ambas as casas do parlamento.

sua eleição direta pelos cidadãos. Isso conduz à separação institucional de propósito na formação do poder legislativo e do chefe de Estado, a qual precisa ser trabalhada para instituição do governo (*premier* e gabinete). Assim, o presidente do semipresidencialismo típico é fundamentalmente mais poderoso do que seu congênere no parlamentarismo e mais fraco do que no presidencialismo.

Entre as grandes democracias, existem três países com esse sistema: França, Polônia e Peru. Além dessas, foi incluído na pesquisa Portugal, que apresentou dois sistemas de governo semipresidenciais, identificados como Portugal 1 (anterior à reforma constitucional de 1982) e Portugal 2 (posterior à reforma) (Amorim Neto; Lobo, 2009). Podem ser identificados dois tipos do sistema semipresidencial (Shugart; Carey, 1997; Shugart, 2005; Elgie, 2011). França, Polônia e Portugal 2 têm o tipo chamado *premier*-presidencial. Peru e Portugal 1, o tipo presidente-parlamentar. Lacerda (2016, p. 84) denomina esses sistemas, respectivamente, de responsabilidade exclusiva e de dupla responsabilidade.

A principal diferença dos dois tipos de sistema é que no *premier*-presidencial (responsabilidade exclusiva) o chefe de Estado decide ou participa da investidura do chefe de governo, que posteriormente governa sob controle político exclusivo ou determinante do parlamento. No tipo presidente-parlamentar (dupla responsabilidade), o controle sobre o chefe de governo é dual: tanto o parlamento quanto o chefe de Estado possuem o poder de encerrar o governo, removendo o *premier* e/ou membros do gabinete. Portanto, no segundo tipo, o *premier* permanece em uma posição subalterna ao relacionamento direto entabulado entre presidência e parlamento.

Como resultado da composição dessas regras, decorre a possibilidade de coabitação no Poder Executivo em sistemas semipresidenciais de responsabilidade exclusiva. O exemplo típico é o francês (Raynaud, 2017, p. 127; Lacerda, 2016, p. 80). Essa é a situação que aparece quando a maioria parlamentar é formada em oposição política ao presidente, levando o Poder Executivo a ser compartilhado por um chefe de Estado e um chefe de governo pertencentes a grupos antagônicos. Embora a coabitação seja institucionalmente possível quando houver dupla responsabilidade, ela é politicamente difícil de ser suportada pelo presidente. O presidente permanece integralmente capaz de remover os opositores da chefia de governo e do gabinete, entregando-os a aliados. Assim, a estabilidade no caso da dupla responsabilidade depende da dominância do chefe de Estado sobre o parlamento, ou, ao menos, da aquiescência do parlamento com um governo dominado politicamente pelo presidente.

Os dois tipos de sistemas de governo semipresidenciais podem ser traduzidos como diferentes programações constitucionais contra crises políticas. O semipresidencialismo com dupla responsabilidade é mais flexível, pois a reforma do governo pode ser originada tanto no órgão legislativo, via voto de desconfiança ou desconstituição, quanto por deliberação particular do chefe de Estado. Já o semipresidencialismo de responsabilidade exclusiva é mais resiliente em situações de crise política, posto que apenas o parlamento pode

provocar unilateralmente a alteração do gabinete. O semipresidencialismo da França é especialmente resiliente, por duas características de suas instituições. O calendário eleitoral enfraquece a separação de propósito, pois favorece o partido ou a coalizão do presidente eleito. Diferentemente dos demais casos, as indicações dos titulares aos postos do gabinete não precisam ser chanceladas pelo órgão legislativo. Isso diminui os incentivos para que os legisladores intervenham no governo.

2.4. Programação constitucional: visão alternativa para análise institucional

A partir da análise institucional realizada nas seções anteriores, emergem duas visões interpretativas sobre configurações de relações entre os órgãos dos poderes Executivo e Legislativo. A primeira é a visão clássica que identifica os sistemas de governo, nomeadamente: presidencialismo, parlamentarismo e semipresidencialismo (Quadros 1 e 2). Na presente seção, articulou-se a possibilidade de outra interpretação, focada na programação constitucional que regula as possibilidades institucionais de desfecho de crises na relação entre os órgãos dos poderes Executivo e Legislativo.

O Quadro 3 apresenta as características institucionais das três programações constitucionais: flexível, resiliente e rígida.

QUADRO 3 – **Regras de diferenciação entre programações constitucionais**

Programação constitucional rígida é aquela na qual:

(1) o chefe de governo permanece no desempenho de suas atribuições independentemente da confiança do parlamento, durante o prazo do mandato.

Programação constitucional resiliente é aquela na qual:

(2) o chefe de governo permanece no desempenho de suas atribuições exclusivamente enquanto detém confiança parlamentar;

(3) se adota o voto de desconfiança construtivo e/ou se adota regra de não deserção parlamentar.

Programação constitucional flexível é aquela na qual:

(2) o chefe de governo permanece no desempenho de suas atribuições exclusivamente enquanto detém confiança parlamentar;

(4) não se adota o voto de desconfiança construtivo e não se adota regra de não deserção parlamentar.

Fonte: Elaboração própria.

Considerando a visão clássica sobre sistemas de governo (Quadro 1), a interpretação proposta pode ser considerada transversal, pois utiliza elementos específicos dos sistemas de governo que ultrapassam as fronteiras estipuladas para a classificação das grandes democracias entre presidencialismo, parlamentarismo e semipresidencialismo. O Quadro 4 identifica os casos de análise de acordo com a programação constitucional adotada.

QUADRO 4 – **PROGRAMAÇÃO CONSTITUCIONAL EM 19 DEMOCRACIAS**

FLEXÍVEL	RESILIENTE	RÍGIDA
Canadá	África do Sul	Argentina
Índia 1	Alemanha	Brasil
Itália	Espanha	Colômbia
Japão	França	Coreia do Sul
Peru	Índia 2	Estados Unidos
Portugal 1	Polônia	Indonésia
Reino Unido	Portugal 2	México

Fonte: Elaboração própria.

3. INSTITUIÇÕES POLÍTICAS, SISTEMA PARTIDÁRIO E ESTABILIDADE GOVERNAMENTAL: ANÁLISE EMPÍRICA

Considerando o conjunto das 18 grandes democracias e Portugal, as instituições políticas inerentes aos diferentes sistemas de governo podem ser relacionadas a diferentes níveis de estabilidade governamental? Esta seção procura responder à questão, além de produzir informações sobre a capacidade de as diferentes visões sobre os sistemas de governo explicarem a ocorrência de estabilidade e instabilidade governamentais. A instabilidade governamental pode indicar um problema de funcionamento do sistema político com reflexos relevantes, por exemplo, existem evidências de que está associada à redução do crescimento econômico (Arezki; Fetzer, 2019).

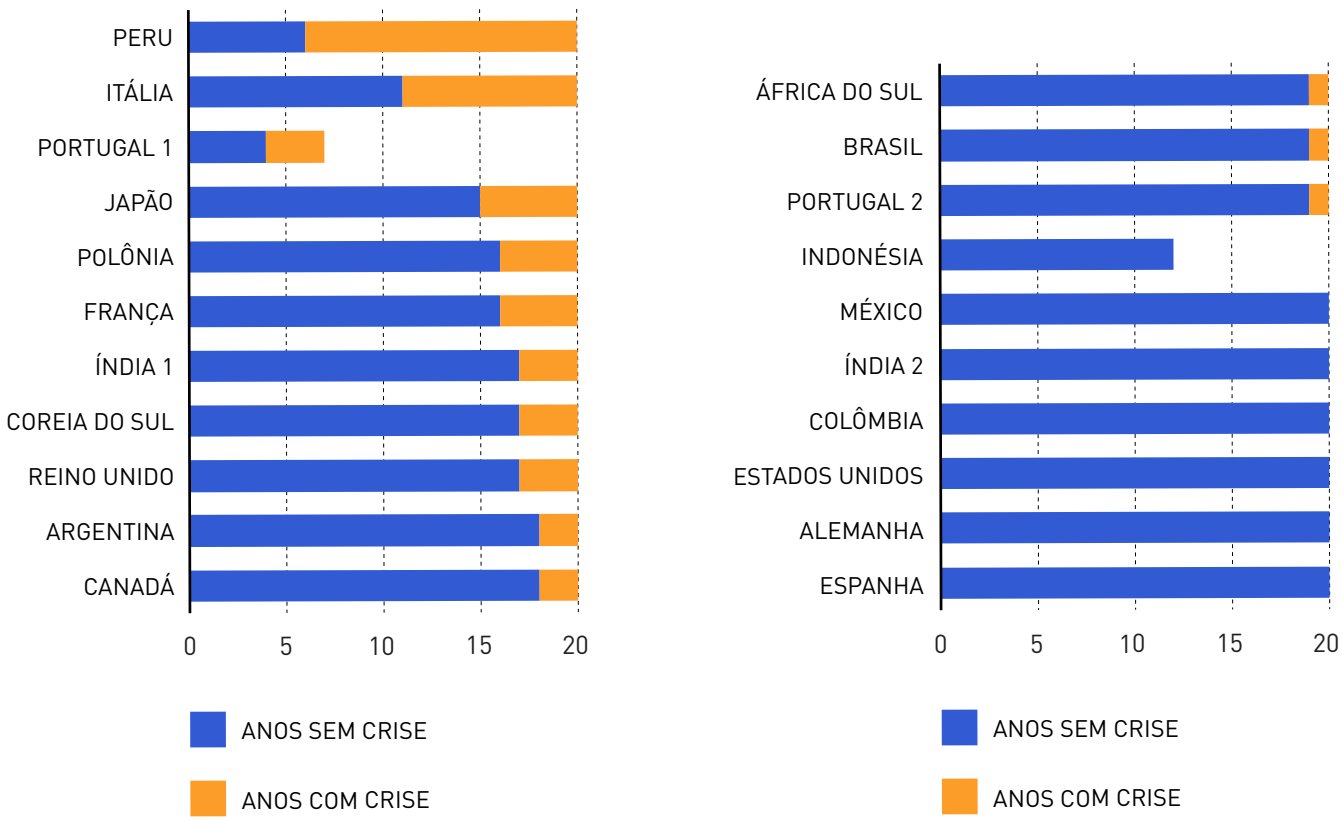
A literatura destaca que há vários fatores associados à estabilidade governamental. As instituições do sistema de governo são referidas em obras citadas anteriormente, por exemplo, Shugart e Carey (1997) e Elgie (2011). Regras específicas da relação entre Executivo e Legislativo recebem atenção recente (Rubabshi-Shitrit; Hasson, 2021; Nikolenyi, 2022). Não obstante, a interação entre o sistema partidário e a formação de maiorias parlamentares favoráveis ao governo é um tema relevante nessa área. Taylor e Herman (1971) apontam que a fragmentação partidária é um elemento essencial para compreender instabilidade em sistemas

em que o governo depende do parlamento. Os autores destacam que governos apoiados por maiorias unipartidárias no parlamento tendem a ser mais estáveis do que governos minoritários ou coalizões. Pesquisas atuais tendem a reforçar essa compreensão, ainda que ressaltem a importância de outros elementos, como a ideologia e o recrutamento político (Carozzi; Cipullo; Repetto, 2020; Maoz; Somer-Topcu, 2010).

Para operacionalizar o conceito de estabilidade governamental, adota-se o critério de alteração na titularidade do chefe de governo na ausência de processo eleitoral, no decurso de um ano-calendário. Os anos nos quais não ocorreu alteração do titular da chefia de governo, ou nos quais a alteração decorreu de processo eleitoral, são considerados com estabilidade governamental. Em contraponto, os anos nos quais ocorreu a substituição do chefe de governo, exceto quando decorrente de eleição, são considerados resultado de uma situação de instabilidade governamental. Por simplificação, essa situação é denominada "crise".

Foram levantadas informações para as 18 grandes democracias e para Portugal no período de 20 anos, incluídas no banco de dados (Oliveira, 2023). O Gráfico 1 apresenta uma análise descritiva, com o número de anos em que não ocorreu e no qual ocorreu crise por país estudado.

GRÁFICO 1 – **ESTABILIDADE GOVERNAMENTAL NAS 19 DEMOCRACIAS ESTUDADAS, ANOS SEM E COM CRISE (ALTERAÇÃO DO CHEFE DE ESTADO SEM PROCESSO ELEITORAL)**



O dado refere-se ao número de anos sem e com alteração do chefe de governo no período de 20 anos, compreendidos entre 2000 e 2020 (com variações entre os países).

Fonte: Elaboração própria.

Uma rápida análise descritiva indica que os países com maior frequência de anos com crises são aqueles com programações constitucionais flexíveis: Peru, Itália, Portugal 1. Todos com 40% ou mais de anos com crises. Dois, Peru e Portugal 1, têm sistemas de governo semipresidenciais, e um, Itália, sistema parlamentarista. Outros dois sistemas semipresidenciais, porém com programações constitucionais resilientes, França e Polônia, apresentam relativamente alta frequência de crises, bem como Japão (parlamentarista). Entre os países que passaram por crises nos últimos 20 anos, mas em número reduzido, encontram-se parlamentarismos flexíveis (Reino Unido, Canadá, Índia 1) e resiliente (África do Sul), semipresidencialismo resiliente (Portugal 2) e presidencialismo/rígido (Brasil, Argentina e Coreia do Sul). Já os países que não passaram por crises no período estudado adotam presidencialismo/rígido (Indonésia, México, Colômbia e Estados Unidos) ou parlamentarismo resiliente (Índia 2, Alemanha e Espanha).

Para analisar se, e em que medida, existe relação entre as instituições políticas adotadas e a estabilidade governamental, foram empregados dois modelos de regressão logística aplicados para dados desbalanceados em painel *cross-section* (21 grupos). Ao todo, a amostra possui 399 observações, um número adequado para o método.

Como apontam Fernandes *et al.* (2020), a regressão logística é a melhor ferramenta para lidar com variáveis dicotômicas, como é o caso da crise política: em cada ano, ou ocorreu uma crise, ou não ocorreu. A regressão logística permite descobrir a probabilidade condicional de determinada ocorrência (Bonney, 1987). No presente caso, ela indica qual a probabilidade de que uma crise ocorra de acordo com a presença dos fatores institucionais estudados. Os modelos apresentados a seguir são limitados de duas formas importantes. Em primeiro lugar, como destacado anteriormente, a amostra da presente pesquisa é discricionária, embora plural em relação às características políticas, culturais, sociais e econômicas dos casos. Em segundo lugar, os modelos são restritos no que concerne às variáveis independentes.[10]

O modelo A testa a visão tradicional, por sistemas de governo parlamentaristas, semipresidenciais e presidencialistas. O modelo B testa a visão que distingue entre as programações constitucionais flexíveis, resilientes e rígidas.

Os modelos A e B também utilizam, como variável de controle, se o partido do chefe de Estado possui maioria na câmara baixa ou única do parlamento. A literatura específica sobre estabilidade governamental no parlamentarismo costuma trabalhar com noções mais

10 Idealmente, os controles poderiam ser ampliados para incorporar questões econômicas (por exemplo, crises de inflação ou desemprego), sociais (protestos e greves) e políticas (crises de confiança, como denúncias de corrupção). Não existem, salvo melhor juízo, dados sistematizados para essas informações, exceto as econômicas. Portanto, os modelos devem ser compreendidos como um esforço inicial de operacionalização dos conceitos institucionais produzidos nas seções anteriores e interpretados em conjunto com a análise comparativa que segue na próxima seção.

complexas, como a de maioria partidária ou por coalizões, se as coalizões são minimamente vitoriosas ou se maximizam o apoio parlamentar. Entretanto, o papel das coalizões no presidencialismo ainda é um tema debatido, especialmente acerca da estabilidade governamental (Abranches, 2018). A forma mais simples de tratar o tema é observar se o chefe de governo possui apoio na maioria parlamentar por força de sua própria agremiação política. Por hipótese, espera-se que a maioria partidária em suporte ao chefe de governo possua um efeito negativo sobre a probabilidade de crise do governo.

Os relatórios dos modelos podem ser consultados na Tabela 1.

TABELA 1 – **INSTITUIÇÕES E ESTABILIDADE GOVERNAMENTAL:** RELATÓRIO DOS MODELOS

	A **OR**	**B** **OR**
SISTEMA DE GOVERNO		
SEMIPRESIDENCIAL	2,90 (2,34)	
PRESIDENCIALISMO	0,23* (0,19)	
PROGRAMAÇÃO CONSTITUCIONAL		
RESILIENTE		0,18** (0,15)
RÍGIDA		0,08*** (0,06)
COM MAIORIA	0,34*** (0,10)	0,32*** (0,08)
CONSTANTE	0,15*** (0,10)	0,46 (0,20)
WHALD CHI2	19,61***	21,93***
RHO	0,28 (0,10)	0,22 (0,09)
CASOS	399	399
GRUPOS	21	21

ESTATÍSTICA Z COM SIGNIFICÂNCIA AO NÍVEL DE: *** P < 0,01, ** P < 0,05, * P < 0,10. VARIÁVEL DEPENDENTE: CRISE. FONTE DOS DADOS: OLIVEIRA (2023). REGRESSÃO LOGÍSTICA COM EFEITOS ALEATÓRIOS COM ERROS PADRÕES ROBUSTOS (STATA 14), REPORTADA EM OR (RAZÃO DE CHANCES).

Fonte: Elaboração própria.

Para interpretação, a Tabela 2 apresenta os efeitos marginais para os valores representativos dos fatores incluídos nos modelos.

TABELA 2 – **PREVISÕES AJUSTADAS DAS CHANCES DE OCORRER CRISE POLÍTICA NO ANO (MODELOS A E B)**

		COM AUSÊNCIA DE MAIORIA PARTIDÁRIA		COM PRESENÇA DE MAIORIA PARTIDÁRIA	
MODELO A SISTEMA DE GOVERNO	PARLAMENTARISMO	18% (7%)	2,58**	8% (2%)	3,10***
	SEMIPRESIDENCIALISMO	34% (10%)	3,26***	18% (7%)	2,57***
	PRESIDENCIALISMO	5% (3%)	1,80*	2% (1%)	1,52
MODELO B PROGRAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	FLEXÍVEL	34% (7%)	4,34***	16% (4%)	3,98***
	RESILIENTE	10% (5%)	1,8*	4% (2%)	1,52
	RÍGIDA	5% (3%)	1,8*	2% (1%)	1,53

TESTE Z COM SIGNIFICÂNCIA NO NÍVEL: * P < 0,10, ** P < 0,05, *** P < 0,01. EFEITOS MARGINAIS PARA VALORES REPRESENTATIVOS DOS FATORES NOS MODELOS, DISCRIMINADOS POR AUSÊNCIA E PRESENÇA DE MAIORIA PARLAMENTAR UNIPARTIDÁRIA FAVORÁVEL AO CHEFE DE GOVERNO. DESVIO-PADRÃO INFORMADO ENTRE PARÊNTESES.

Fonte: Elaboração própria.

De acordo com o modelo A, o presidencialismo é o sistema de governo com maior estabilidade governamental. Os sistemas de governo parlamentarista e semipresidencial têm uma possibilidade distintiva significativa de ocorrência de crises. No semipresidencialismo, a chance de crise em um ano aleatório é de 34% em caso de governo sem maioria partidária no parlamento e de 18%, caso possua maioria. No parlamentarismo, a chance cai para 18%, sem maioria, e 8%, com maioria. Ainda que o presidencialismo seja mais estável, existe uma probabilidade pouco significativa de 5% de crise por ano se o partido do presidente não possuir maioria parlamentar.

Quando a ótica de análise é alterada para a programação constitucional, modelo B, observa-se que aquelas constituições que adotam instituições flexíveis concentram a maior probabilidade de crise. Nessa programação, a chance de crise no governo em um ano é de 34%, caso não possua maioria parlamentar, e de 16%, caso possua. Ambas as estatísticas com

elevada significância. No caso de o partido do chefe de governo não possuir maioria parlamentar, existe uma fraca chance de crise nas constituições resilientes (10%) e nas rígidas (5%); com a presença de maioria parlamentar, não existe efeito com significância estatística.

4. Instituições políticas e estabilidade governamental: uma discussão comparativa

Os sistemas presidenciais são sempre programados para serem resistentes em razão do presidente com mandato fixo e não politicamente responsável perante o parlamento. As remoções de presidentes listadas no Brasil, na Argentina e na Coreia do Sul foram decorrentes de renúncia ou do juízo de contravenção por meio de *impeachment*.[11] Habilitado em todos os sistemas, ocorreram *impeachments* no Brasil e na Coreia do Sul. Na Argentina, foram constatadas renúncias presidenciais. Em que pese a dimensão jurídico-penal do instituto do *impeachment*, que o distingue do voto de desconfiança do parlamentarismo (Megali Neto, 2020; Lacerda, 2016, p. 50), ao menos em sua dimensão procedimental há incontornável contaminação política. Nesse sentido, a adequada classificação do *impeachment* como alteração da titularidade do chefe de governo sem processo eleitoral (crise), na classificação adotada pelo presente artigo.

Como indicado na seção 2.1, os presidencialismos da Coreia do Sul e da Argentina adotam um gabinete atípico com elementos de responsabilização política perante o parlamento, com previsão do exercício do voto de desconfiança. Esses sistemas permitem ao presidente conceder poder político por conta do gabinete colegiado, administrando o pluripartidarismo ou a oposição parlamentar. A vantagem deles em relação a uma coalizão presidencial em governo pessoal puro está no nível da formalidade, mas este parece ser um recurso bastante tímido diante da derradeira responsabilidade do presidente. De qualquer forma, os dados disponíveis na pesquisa não permitem inferir com precisão o quanto tais mecanismos preventivos e paliativos, nos quais podem ser incluídos os existentes nos Estados Unidos e na Colômbia, foram úteis para evitar a superveniência de crises políticas por moderarem o comportamento do presidente e dos membros do gabinete.

As crises políticas que levaram à alteração do presidente na Coreia do Sul e na Argentina sucederam eleições parlamentares de meio-termo, nas quais forças oposicionistas obtiveram maiorias parlamentares. Sabe-se que o gabinete presidencial atípico do presidencialismo

11 O uso do instrumento para fins de controle político é uma questão recorrente da relação entre poderes no presidencialismo, como expõe Linz (1985). Uma diferença ocorre na Coreia do Sul, que parece dificultar esse uso, pois o *impeachment* adotado pela câmara única do parlamento deve ser chancelado pela Corte Constitucional (Lee, 2005).

argentino e sul-coreano não foi útil para uma solução do tipo de "coabitação" do semipresidencialismo francês. Nem foram empregadas as medidas menos extremas de controle parlamentar sobre o gabinete, como o voto de desconfiança contra membros do órgão.

Os parlamentarismos são claramente mais propensos à alteração do chefe de governo sem processo eleitoral do que os presidencialismos, confirmando-se a característica abertura desse sistema de governo para adaptações ao cenário político. No entanto, este artigo demonstra que nem todos os parlamentarismos funcionam de forma semelhante. Os dados descritivos no Gráfico 1 indicam que os parlamentarismos considerados resilientes (Índia 2, Alemanha, Espanha, África do Sul) são mais estáveis do que os considerados flexíveis (Canadá, Índia 1, Reino Unido, Japão e Itália).

Os dados do modelo B fortalecem a percepção de que programações constitucionais resilientes são favoráveis à estabilidade governamental. Ainda incipiente, a discussão acadêmica parece corroborar essa conclusão. Rubabshi-Shitrit e Hasson (2021) estudaram a duração dos governos e descobriram que a adoção de voto de não confiança construtivo está associada a maior tempo de permanência. Nikolenyi (2022) analisa as regras de não deserção partidárias adotadas em Israel, na Índia e na Nova Zelândia. Conclui-se que, embora raras, essas regras são eficientes para a finalidade de evitar a instabilidade governamental.

No presente artigo, o caso indiano apresenta valor experimental: a adoção de instituição restritiva ao comportamento parlamentar foi adequada para reduzir a instabilidade governamental. Outro exemplo: os parlamentarismos da Alemanha e do Japão. Caso a programação constitucional alemã fosse igualmente flexível à japonesa, teria o sistema da Alemanha o mesmo incentivo para governos estáveis de grandes coalizões? Certamente outros elementos podem ser relevantes, especialmente derivados da engenharia do sistema eleitoral.[12] Ainda assim, há razões para justificar a programação resiliente como favorável a maior estabilidade, na medida em que restringe o uso estratégico da dissolução do parlamento e da renúncia do *premier*. O caso da Espanha oferece uma evidência mais forte nesse sentido, pois a extrema estabilidade de seus governos não seria justificável considerando a maior frequência de governos sem maioria parlamentar partidária. Portanto, as diferenças que tornam os sistemas de governo resilientes parecem ser eficientes para a finalidade da estabilidade governamental.

Como revela a comparação entre as chances de crise no modelo A, a existência de governo de maioria unipartidária é um fator relevante para explicar a estabilidade governamental. Observa-se a diferença das chances de crise nos sistemas parlamentaristas (modelo A)

12 Podem ser referidos: a elevada cláusula de barreira; o favorecimento dos partidos mais votados na obtenção de maioria parlamentar; a abertura para o voto estratégico dos eleitores em favor de partidos aptos para se coligarem no gabinete; o incentivo à nacionalização dos partidos políticos (Saalfeld, 2005).

com e sem maioria partidária na Tabela 2. Revela-se que a ausência de instituições resilientes pode, em parte, ser compensada pela estrutura partidária, quando condizente à formação de maiorias unipartidárias nos parlamentos. O caso da Itália (Gráfico 1) exemplifica como a ausência destes dois elementos – programação constitucional resiliente e capacidade de formar maiorias partidárias no parlamento – associa-se à elevada instabilidade governamental. O caso antitético é o do Reino Unido, no qual a frequente presença do segundo elemento (governo de maioria unipartidária) ajuda a explicar a estabilidade governamental relativamente maior.

A análise dos sistemas semipresidenciais apresenta uma complexidade maior, tendo em vista sua diversidade institucional. Como sistema, ele é o mais propenso à instabilidade (Tabelas 1 e 2). Ainda assim, a existência de maioria parlamentar unipartidária possui o efeito de reduzir a chance de crise política no semipresidencialismo. Sob a ótica da programação constitucional, a inovação institucional em Portugal pode ser tomada como um experimento. O país conseguiu diminuir a instabilidade governamental a partir da inovação de seu sistema de governo, adotando um semipresidencialismo de responsabilidade exclusiva do parlamento, com programação constitucional resiliente.

Deve-se destacar que os sistemas semipresidenciais do Peru e da França adotam um gabinete colegiado com a presença do presidente. Isto é, o presidente pode intentar o papel diretivo na gestão superior do governo. Nesse sentido, a instabilidade denotada pela frequente alteração do *premier* pode ser balanceada pela concentração da direção do governo na figura do próprio presidente. Como referido, de acordo com Elgie (2011), a estabilidade governamental do tipo de semipresidencialismo peruano tende a depender da dominância do presidente sobre o parlamento, enquanto o francês mais facilmente pode recorrer a um arranjo de coabitação.

A crise política no Peru pós-2017 parece exemplificar o problema institucional do semipresidencialismo de dupla responsabilidade. Em que pese a eleição concomitante do presidente e do parlamento unicameral, com mitigação da separação de propósito, forças políticas antagônicas passaram a dominar os distintos ramos do governo. No lugar de uma situação de coabitação, presidente e parlamento avançaram contra os limites constitucionais em uma situação de elevada instabilidade política e risco democrático (Aredes; Encinas, 2020). Decorre instabilidade não apenas em âmbito do governo, mas, também, da própria chefia de Estado. De qualquer forma, o risco institucional do semipresidencialismo de dupla responsabilidade peruano já é reconhecido na literatura (Shugart; Carey, 1997, p. 113; Elgie, 2011, p. 153).

Em comparação, tanto na França quanto em Portugal 2 o governo tende a seguir a preferência do presidente, exceto na presença de uma maioria parlamentar que lhe seja contrária. Nesses casos, pode surgir a coabitação, sendo a última resposta possível do presidente à dissolução do parlamento. Não considerada crise nos termos desta pesquisa, Portugal 2 recorreu à segunda solução três vezes no período da pesquisa (Carneiro; Eanes, 2021).

O presidente francês, no entanto, também no período de pesquisa, manteve afastada a necessidade de coabitação e não recorreu à dissolução do parlamento. Ou seja, exerceu uma autoridade, de fato, presidencial sobre o governo. Como destacam Dupoirier e Sauger (2010), a atual capacidade do presidente francês pode ser atribuída à mitigação da separação de propósito pelo ciclo eleitoral de "lua de mel".[13]

A Polônia adota um sistema de investidura do *premier* complexo, no qual a rejeição da confiança da indicação presidencial pelo parlamento abre a possibilidade para composição de um governo da maioria parlamentar (Millard, 2008). Em que pese não contar com a mitigação da separação de propósito existente na França nem com a mesma frequência de governos de maioria partidária no parlamento, a Polônia recente realizou um percentual de crises semelhante ao francês (Gráfico 1). Um fator favorável à estabilidade governamental na Polônia é a adoção do voto de desconfiança construtivo, semelhante ao da Alemanha e da Espanha.

França, Polônia e Portugal 2 são mais estáveis do que Portugal 1 e Peru. Especialmente para o caso da França, Raynaud (2017) e François (2011) destacam elementos atitudinais como favoráveis à estabilidade governamental: o exemplo da primeira experiência de coabitação, dirigida por François Mitterrand, e a deferência estratégica da liderança política da maioria parlamentar ao cargo da presidência, que, em tese, desejará ocupar. Em sentido semelhante, Amorim Neto (2006, p. 189) propôs que o sucesso do semipresidencialismo de França, Polônia e Portugal 2 depende de "líderes comprometidos com o fortalecimento dos partidos e regras eleitorais que facilitem esta tarefa". Portanto, para além do destacado no presente artigo, a intricada funcionalidade do sistema semipresidencial pode depender de elementos extrainstitucionais.

Esses elementos podem, inclusive, modular a relevância do que se considera uma crise governamental. Os reflexos da alteração do chefe de governo podem ser menos relevantes caso a fundação da estabilidade governamental esteja depositada em outro lugar, não na titularidade desse órgão. Esse pode ser o caso, em parte, das observações de crise anotadas para França, Polônia e Peru (nesse caso, excetuando-se o conturbado período pós-2017). Enquanto existir concordância entre o chefe de governo e a maioria parlamentar, os efeitos da substituição do chefe de governo podem ser limitados pela continuidade de determinado arranjo político. O mesmo pode ser dito de determinadas crises no Reino Unido e no Japão, quando motivadas por estratégia ou alteração de preferência do seio de um partido majoritário na câmara baixa do parlamento.

13 Também contribui para a mitigação da separação de propósito o sistema eleitoral majoritário com segundo turno da eleição parlamentar, semelhante ao presidencial, o que reproduz localmente as condições de vitória do partido do presidente (sempre que não houver padrões regionais acentuados na preferência eleitoral).

Conclusão

Como observou Linz (1985), ao apostar em um governo forte e institucionalmente separado do parlamento, o sistema presidencial cria as bases para uma relação democrática direta entre os cidadãos e o governo. Seu contraponto é a reduzida capacidade de adaptação, caso as coisas não ocorram bem. Este artigo extrapola essa preocupação para analisar a institucionalidade constitucional de grandes democracias para além da visão tradicional sobre os sistemas de governo. Revela um contraponto à problemática exposta por Linz: a adoção de programação constitucional flexível pode favorecer a instabilidade governamental.

De acordo com os dados apresentados para a amostra deste artigo (Tabela 2), a chance de que em determinado ano ocorra uma crise política com a substituição do chefe de governo sem processo eleitoral é de 16% com a programação constitucional flexível e maioria parlamentar do partido do chefe de governo. Caso o partido do chefe de governo seja minoritário, a chance de crise no ano sobe para 34%. Países parlamentaristas e semipresidenciais como Itália, Peru, Japão e Portugal (antes da reforma constitucional de 1985) exemplificam essa situação de instabilidade governamental.

Como destaca a discussão realizada na seção 4, a instabilidade na chefia de governo tende a ser mais problemática caso não existam fundamentos alternativos à estabilização das relações entre Executivo e Legislativo, por exemplo, no âmbito das atitudes políticas ou do sistema partidário.[14] Ou seja, para parafrasear uma constatação de Mainwaring e Shugart (1997): a substituição de uma programação constitucional rígida por uma flexível tende a exacerbar o problema de instabilidade governamental na ausência de partidos políticos disciplinados. Esforços investigativos posteriores podem ampliar o número de observações e avançar nos conceitos e métodos utilizados, buscando uma visão integrada entre os diferentes fatores analisados. Nos limites do presente artigo, espera-se que a pesquisa auxilie na reflexão sobre as oportunidades e os desafios da engenharia constitucional, sobretudo quando reformas no sistema de governo são aventadas.

14 Um exemplo ocorre na Itália. A legislação eleitoral foi alterada com o objetivo de desfragmentar o sistema partidário, o que propiciou coalizões em torno das principais lideranças aptas a obterem a chefia de governo. No entanto, essa coerência não é preservada após as eleições, quando o interesse de assegurar a identificação partidária autônoma em relação à coalizão e ao governo, inclusive para fins eleitorais, incentiva a dispersão da base parlamentar do gabinete e gera instabilidade governamental (D'Alimonte, 2005).

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão*: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AMARAL JÚNIOR, José Levi do; AMARAL, João Marcos. Multipartidarismo atomístico e (semi)presidencialismo de coalizão. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, [*s.l.*], v. 9, n. 3, p. 355-365, set./dez. 2017.

AMORIM NETO, Octavio. *Presidencialismo e governabilidade nas Américas.* Rio de Janeiro: FGV, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

AMORIM NETO, Octavio; LOBO, Marina Costa. Portugal's Semi-Presidentialism (Re)considered: An Assessment of the President's Role in the Policy Process, 1976-2006. *European Journal of Political Research*, [*s.l.*], v. 48, n. 2, p. 234-255, fev. 2009.

ANDEWEG, Rudy. Collegiality and Collectivity: Cabinets, Cabinet Committees and Cabinet Ministers. *In*: WELLER, Patrick; BAKVIS, Herman; RHODES, Roderick A. William (eds.). *The Hollow Crown:* Countervailing Trends in Core Executives. Londres: Palgrave Macmillan, 1997. p. 58-84.

AREDES, Maritza; ENCINAS, Daniel. Perú 2019: crisis política y salida institucional. *Revista de Ciência Política*, Santiago, v. 40, n. 2, p. 483-510, jun. 2020.

AREZKI, Rabah; FETZER, Thiemo. Executive Branch Turnover, Policy Uncertainty and Growth. *International Growth Centre, Working Paper* S-89326-CCN-1, mar. 2019. Disponível em: https://www.theigc.org/wp-content/uploads/2019/04/Arezki-Fetzer-2019-Working-paper.pdf. Acesso em: 14 jan. 2024.

BANCO MUNDIAL. *Population, total*. 2023. Disponível em: https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL. Acesso em: 14 jan. 2024.

BONNEY, George Edward. Logistic Regression for Dependent Binary Observations. *Biometrics*, [*s.l.*], v. 43, n. 4, p. 951-973, 1987.

BRANDÃO, Francisco. Lira defende adoção do semipresidencialismo para enfrentar crises políticas. *Câmara dos Deputados*, 15 nov. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/827233-LIRA-DEFENDE-ADOCAO-DO-SEMIPRESIDENCIALISMO-PARA-ENFRENTAR-CRISES-POLITICAS. Acesso em: 14 jan. 2024.

CAMPBELL, James E. The Presidential Surge and its Midterm Decline in Congressional Elections, 1868-1988. *The Journal of Politics*, [*s.l.*], v. 53, n. 2, p. 477-487, maio 1991.

CARNEIRO, Francisco; EANES, Ramalho. Três dissoluções resultaram em maiorias absolutas e três em governos de coligação. *Diário de Notícias*, 4 nov. 2021. Disponível em: https://www.dn.pt/politica/tres-dissolucoes-resultaram-em-maiorias-absolutas-e-tres-em-governos-de-coligacao-14286365.html. Acesso em: 22 mar. 2022.

CAROZZI, Felipe; CIPULLO, Davide; REPETTO, Luca. Divided They Fall. Fragmented Parliaments and Government Stability. *CEPR Discussion Paper*, n. DP14619, abr. 2020. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3594249. Acesso em: 14 jan. 2024.

CHEIBUB, José Antonio. *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

CHHIBBER, Pradeep; KOLLMAN, Ken. Party Aggregation and the Number of Parties in India and the United States. *The American Political Science Review*, [*s.l.*], v. 92, n. 2, p. 329-342, 1998.

CROISSANT, Aurel. Electoral Politics in South Korea. *In*: CROISSANT, Aurel; BRUNS, Gabriele; JOHN, Marei (eds.). *Electoral Politics in Southeast & East Asia*. Singapura: Friedrich Ebert Stiftung, 2002. p. 233-276.

D'ALIMONTE, Roberto. Italy: A Case of Fragmented Bipolarism. *In*: GALLAGHER, Michael; MITCHELL, Paul (eds.). *The Politics of Electoral Systems*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 253-276.

DAZA, Javier Duque. La moción de censura en Colombia. Reglas, coaliciones e intentos fallidos. *Colombia Internacional*, [*s.l.*], n. 83, p. 43-75, 2015.

DUPOIRIER, Elisabeth; SAUGER, Nicolas. Four Rounds in a Row: The Impact of Présidential Election Outcomes on Legislative Elections in France. *French Politics*, [*s.l.*], v. 8, n. 1, p. 21-41, 2010.

ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Democracy Index 2019*: A Year of Democratic Setbacks and Popular Protest. Londres: EIU, 2020. Disponível em: https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2019/. Acesso em: 29 fev. 2024.

ELGIE, Robert. *Semi-Presidentialism*: Sub-Types and Democratic Performance. Nova York: Oxford University Press, 2011.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. Constitute: The World's Constitutions to Read, Search, and Compare. *Constitute Project*, [*s.d.*] Disponível em: https://www.constituteproject.org/content/about. Acesso em: 5 mar. 2024.

FARINHO, Domingos Soares. A responsabilidade do primeiro-ministro perante o presidente da República e a condição material do artigo 195.º/2 da Constituição da República Portuguesa: entre a exceção e a inconfessada política. *In*: PINTO, António Costa; RAPAZ, Paulo José Canelas (orgs.). *Presidentes e (semi)presidencialismo nas democracias contemporâneas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2018. p. 179-191.

FERNANDES, Antônio Alves Tôrres *et al*. Leia este artigo se você quiser aprender regressão logística. *Revista de Sociologia e Política*, [*s.l.*], v. 28, n. 74, p. 1-20, 2020.

FRAIN, Maritheresa. Relações entre o presidente e o primeiro-ministro em Portugal: 1985-1995. *Análise Social*, [*s.l.*], v. 30, n. 133, p. 653-678, 1995.

FRANÇOIS, Bastien. *Le régime politique de la Ve République*. Paris: La Découverte, 2011.

GALLAGHER, Michael. Electoral Systems. *Trinity College Dublin*, 2020. Disponível em: https://www.tcd.ie/Political_Science/about/people/michael_gallagher/ElSystems/index.php. Acesso em: 14 jan. 2024.

GEDDES, Barbara. How the Cases You Choose Affect the Answers You Get: Selection Bias in Comparative Politics. *Political Analysis*, Cambridge, v. 2, p. 131-150, 1990. https://doi.org/10.1093/pan/2.1.131

GOLDER, Matt. Presidential Coattails and Legislative Fragmentation. *American Journal of Political Science*, [*s.l.*], v. 50, n. 1, p. 34-48, jan. 2006.

HARDGRAVE, Robert; KOCHANEK, Stanley A. *India*: Government and Politics in a Developing Nation. Boston: Thomson, 2008.

KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil Work? Brazilian Coalitional Presidentialism at 30 and its Post-Lava Jato Prospects. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez. 2018.

LACERDA, Alan Daniel Freire de. *Sistemas de governo*: organizando a relação entre Executivo e Legislativo. Curitiba: Appris, 2016.

LEE, Youngjae. Law, Politics, and Impeachment: The Impeachment of Roh Moo-hyun from a Comparative Constitutional Perspective. *The American Journal of Comparative Law*, [*s.l.*], v. 53, n. 2, p. 403-432, 2005.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LINZ, Juan J. Democracy: Presidential or Parliamentary. Does it Make a Difference? *Latin American Program of the Woodrow Wilson International Center for Scholars, and the World Peace Foundation*, 1985. Disponível em: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABJ524.pdf. Acesso em: 14 jan. 2024.

LUIZ, Bruno; NEVES, Giordanna. Gilmar Mendes defende semipresidencialismo e critica baixa responsabilidade do Congresso. *UOL*, 21 fev. 2022. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/02/21/gilmar-defende-semipresidencialismo-e-critica-baixa-responsabilidade-do-congresso.htm. Acesso em: 14 jan. 2024.

MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew Soberg. Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal. *Comparative Politics*, [*s.l.*], v. 29, n. 4, p. 449-471, jul. 1997.

MAOZ, Zeev; SOMER-TOPCU, Zeynep. Political Polarization and Cabinet Stability in Multiparty Systems: A Social Networks Analysis of European Parliaments, 1945-98. *British Journal of Political Science*, [*s.l.*], v. 40, n. 4, p. 805-833, out. 2010.

MATTES, Robert B. South Africa: Democracy without the People? *Journal of Democracy*, [*s.l.*], v. 13, n. 1, p. 22-36, 2002.

MAUÉS, Antonio Moreira. 30 anos de Constituição, 30 anos de reforma constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 1-30, e1941, jan./abr. 2020.

MEGALI NETO, Almir. *Impeachment*, direito e política: lições a partir do caso Andrew Johnson. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 13, n. 1, p. 148-172, ago./dez. 2020. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/23303/13970. Acesso em: 1º fev. 2024.

MILLARD, Frances. Executive-Legislative Relations in Poland, 1991-2005: Institutional Relations in Transition. *The Journal of Legislative Studies*, [*s.l.*], v. 14, n. 4, p. 367-393, 2008.

NIKOLENYI, Csaba. Government Termination and Anti-Defection Laws in Parliamentary Democracies. *West European Politics*, [*s.l.*], v. 45, n. 3, p. 638-662, abr. 2022.

NIKOLENYI, Csaba. The Adoption of Anti-Defection Laws in Parliamentary Democracies. *Election Law Journal: Rules Politics and Policy*, [*s.l.*], v. 15, n. 1, p. 96-108, mar. 2016.

OLIVEIRA, Augusto. Dados de replicação para: as três programações constitucionais contra crises políticas. *SciELO Data*, 2023. Disponível em: https://doi.org/10.48331/scielodata.FVWSSF. Acesso em: 25 fev. 2024.

RAYNAUD, Philippe. *L'Esprit de la Ve République*: l'histoire, le régime, le système. Paris: Perrin, 2017.

ROJO, Raúl Enrique. El sistema político argentino. *In*: TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Enrique (orgs.). *Instituições políticas comparadas dos países do Mercosul*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 23-152.

RUBABSHI-SHITRIT, Ayelet; HASSON, Sharon. The Effect of the Constructive Vote of No-Confidence on Government Termination and Government Durability. *West European Politics*, [*s.l.*], v. 45, n. 3, p. 576--590, 2021.

SAALFELD, Thomas. Germany: Stability and Strategy in a Mixed-Member Proportional System. *In*: GALLAGHER, Michael; MITCHELL, Paul (eds.). *The Politics of Electoral Systems*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 209-230.

SARTORI, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering*: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes. Londres: Macmillan, 1994.

SCHLEITER, Petra; MORGAN-JONES, Edward. Presidents. Assembly Dissolution, and the Electoral Performance of Prime Ministers. *Comparative Political Studies*, [*s.l.*], v. 51, n. 6, p. 730-758, 2018.

SENADO DOS ESTADOS UNIDOS. *Cabinet Nominations Rejected, Withdrawn, or no Action Taken*, [*s.d.*]. Disponível em: https://www.senate.gov/legislative/NominationsRejectedorWithdrawn.htm. Acesso em: 14 jan. 2024.

SHUGART, Matthew Soberg. Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns. *French Politics*, [*s.l.*], v. 3, p. 323-351, 2005.

SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John M. *Presidents and Assemblies*: Constitutional Design and Electoral Dynamics. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SHUGART, Matthew Soberg; HAGGARD, Stephan. Institutions and Public Policy in Presidential Systems. *In*: HAGGARD, Stephan; MCCUBINS, Mathew D. (eds.). *Presidents, Parliaments, and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 64-102.

SILVA, José Afonso da. Presidencialismo e parlamentarismo no Brasil. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 9-32, 1989-1990.

SOARES, Davi. Temer diz que semipresidencialismo faria "Revolução dos Cravos" no Brasil. *Diário do Poder*, 3 fev. 2023. Disponível em: https://diariodopoder.com.br/brasil-e-regioes/csa-brasil/temer-diz-que-semipresidencialismo-faria-revolucao-dos-cravos-no-brasil. Acesso em: 14 jan. 2024.

SPADARO, Antonio. I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana. *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Constituzionalisti*, [*s.l.*], n. 1, p. 1-40, 2011.

SULISTYO, Hermawan. Electoral Politics in Indonesia: A Hard Way to Democracy. *In*: CROISSANT, Aurel; BRUNS, Gabriele; JOHN, Marei (eds.). *Electoral Politics in Southeast & East Asia*. Singapura: Friedrich Ebert Stiftung, 2002. p. 75-100.

TAYLOR, Michael; HERMAN, V. M. Party Systems and Government Stability. *American Political Science Review*, [*s.l.*], v. 65, n. 1, p. 28-37, 1971.

THAKUR, Ramesh. *The Government and Politics of India*. Londres: MacMillan, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O parlamentarismo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 30, n. 28/29, p. 187-210, maio/out. 1985-1986.

TOFFOLI defende a adoção do semipresidencialismo no Brasil. *Carta Capital*, 16 nov. 2021. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/toffoli-defende-a-adocao-do-semipresidencialismo-no-brasil/. Acesso em: 29 fev. 2024.

Augusto Neftali Corte de Oliveira

DOUTOR EM CIÊNCIA POLÍTICA. PROFESSOR ADJUNTO DA ESCOLA DE HUMANIDADES, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA E CIÊNCIA POLÍTICA E DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUCRS).

augusto.oliveira@pucrs.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 06.11.2022
Aprovado: 10.08.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202407

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)

1 Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-1769-2117

Como citar este artigo
PESSO, Ariel Engel. Os negros nas faculdades de Direito do Brasil no século XIX: exclusão, preconceito e apagamento. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2407, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202407

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY)*, que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Os negros nas faculdades de Direito do Brasil no século XIX: exclusão, preconceito e apagamento

BLACK PEOPLE IN BRAZILIAN LAW SCHOOLS IN THE NINETEENTH CENTURY: EXCLUSION, PREJUDICE AND ERASURE

LOS NEGROS EN LAS FACULTADES DE DERECHO BRASILEÑAS EN EL SIGLO XIX: EXCLUSIÓN, PREJUICIO Y APAGAMIENTO

Ariel Engel Pesso[1]

Resumo
No século XIX, existiram duas faculdades de Direito no Brasil, uma em São Paulo e outra em Olinda (posteriormente transferida para o Recife), ambas fundadas em 1827. O objetivo do presente artigo é analisar como o negro se inseria em tais faculdades no período imperial, sob a ótica de três aspectos diferentes, mas complementares: exclusão, preconceito e apagamento. Para tanto, faremos uso de fontes primárias e secundárias, com o escopo de resgatar a memória de pessoas negras que fizeram parte dessas instituições ou que nelas tentaram ingressar, mas não conseguiram.

Palavras-chave
Ensino jurídico; escravidão; negros no ensino superior; Faculdade de Direito de São Paulo; Faculdade de Direito do Recife.

Abstract
In the 19th century there were two law schools in Brazil, one in São Paulo and another in Olinda (later transferred to Recife), both founded in 1827. The objective of this paper is to analyze how black people were inserted in these institutions in the imperial period from the point of view of three different but complementary aspects: exclusion, prejudice, and erasure. To do so, we will make use of primary and secondary sources, with the purpose of recovering the memory of black people who were part of these institutions or who tried to enter them, but failed.

Keywords
Legal education; slavery; black people in higher education; São Paulo Law School; Recife Law School.

Resumen
En el siglo XIX existían en Brasil dos facultades de Derecho, una en São Paulo y otra en Olinda (posteriormente transferida a Recife), ambas fundadas en 1827. El objetivo de este artículo es analizar cómo se incluían a los negros en estas facultades en la época imperial, desde la perspectiva de tres aspectos diferentes pero complementarios: la exclusión, el prejuicio y lo apagamiento. Para hacerlo, utilizaremos fuentes primarias y secundarias, con el objetivo de recuperar la memoria de los negros que integraron estas instituciones o que intentaron ingresar en ellas sin conseguirlo.

Palabras clave
Educación jurídica; esclavitud; negros en la enseñanza superior; Facultad de Derecho de São Paulo; Facultad de Derecho de Recife.

Introdução[1]

Os cursos jurídicos no Brasil foram fundados pela Lei de 11 de agosto de 1827 (Brasil, 1827), e as Academias de Direito, como eram chamadas, iniciaram seu funcionamento no começo de 1828. O curso, idealizado para suprir a burocracia imperial do Estado Nacional recém-independente, tinha duração de cinco anos e os alunos deveriam ser aprovados nos exames das "cadeiras" regidas por um "lente" (professor) para poderem obter o diploma de bacharel.[2] Um aspecto digno de nota é a função que as instituições tiveram no século XIX, pois, segundo José Murilo de Carvalho (2017), o ensino superior no Brasil Imperial foi responsável por gerar uniformização na elite política, *i. e.*, fornecer uma visão de mundo comum aos egressos dos bancos acadêmicos.

As Academias localizaram-se nas cidades de Olinda (posteriormente transferida para o Recife) e São Paulo, de modo a contemplar os potenciais jovens estudantes do Norte e do Sul do país, respectivamente. Ambas as cidades foram importantes do ponto de vista econômico – Olinda/Recife no começo, herdeiras da agricultura do açúcar (já decadente), e São Paulo a partir de metade do século XIX, com a produção e a exportação crescentes de café. Nessa esteira, a utilização da mão de obra escrava era um denominador comum nessas localidades, devendo-se reconhecer que ambas as cidades eram sociedades escravistas[3] e, por isso, os escravizados faziam parte constante do cotidiano de alunos, professores e funcionários das instituições. Assim, a figura do negro representava uma peça fundamental em tal sociedade, uma vez que, em sua maioria, eram marginalizados – fossem escravizados ou libertos.

A existência do trabalho escravo foi uma das razões pelas quais José Maria de Avelar Brotero, lente de Direito Natural em São Paulo, abordou o tema em compêndio (manual) sobre a disciplina publicado em 1829. No § 87 dos seus *Princípios de Direito Natural*, intitulado "A escravidão é o maior de todos os males", Brotero utiliza as ideias de Gabriel Bonnot de Mably (L'Abbé de Mably) (1709-1785) em *Des Droits e des Devoirs du Citoyen* (1789) para atacar o regime servil:

> [...] toda alma grande e generosa olha para a escravidão como um dos maiores males; e com efeito parece um excesso de baixeza, e de corrupção, e até parece, que não pode existir na natureza um homem, que se acostume por um longo hábito a ser escravo, e

1 O autor agradece à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) pelo apoio financeiro à pesquisa (2019/04345-9), bem como a João José Reis, a Gustavo Zatelli e aos pareceristas anônimos da *Revista Direito GV* pelos comentários ao presente artigo.

2 Sobre o ensino jurídico no Brasil, cf. Venancio Filho (2004) e Pesso e Abdouch (2020).

3 Cf. Finley (1991).

> que possa olhar para si próprio, e considerar-se como propriedade de outro homem, e conter sua indignação à vista de um tirano, que quer reduzir seus semelhantes a uma condição miserável, que degradando as criaturas, que Deus dotou de razão, lhes rouba aquilo, que não pode dar-lhes (falando moralmente). Parece repugnante à espécie humana, que haja um homem tão degenerado, que possa perder o sentimento da Liberdade e a ideia da dignidade do seu ser! (Brotero, 1829, p. 215).

No entanto, Avelar Brotero, ainda que bradasse do alto de sua cátedra que a escravidão era o maior de todos os males, tinha escravizados em sua casa durante todo o período em que lecionou na faculdade – de 1828 a 1871 (Brotero, 1933, p. 12-13 e 56-58). Após seu falecimento, em 1873, transmitiu-os aos seus herdeiros.[4] Outros professores também possuíam escravizados, como José da Costa Carvalho, o Marquês de Monte Alegre, que foi diretor da instituição em 1836.[5]

Também no Norte, segundo Veiga (1988, p. 112), "até meados do século XIX, o acadêmico e o professor olindense absorviam o escravo como 'equipamento' imprescindível à sociedade. Todos os professores[,] pode-se dizer, dispunham de escravos" – e ele lembra o caso do lente Nuno Ayque d'Alvellos Annes de Britto Inglez, referido por Phaelante da Câmara (1904, p. 10).

Esse descompasso entre as lições e a vida privada, entre a teoria e a prática, é um dos exemplos que ilustra o papel exercido pelas faculdades de Direito diante da escravidão, papel esse no mínimo ambíguo: se, por um lado, dela saíram importantes figuras que atuaram ativamente na campanha abolicionista – basta lembrar de Rui Barbosa, Castro Alves e Joaquim Nabuco, todos da turma de 1870 –, por outro lado, as faculdades são lembradas como instituições conservadoras, que promoveram a legitimação do "elemento servil".[6] Tal ambiguidade é reforçada pela disputa de narrativas da historiografia posterior à abolição. Talvez por isso a localização e o destaque para as pessoas negras que de algum modo tinham relação com essas instituições sejam um passo importante em sua reconstituição como sujeitos históricos.

Nessa esteira, o objetivo deste artigo é analisar como os negros se inseriam no cotidiano das faculdades de Direito no século XIX, de sua criação (1827) até a Proclamação da República (1889). Para tanto, abordaremos três aspectos diferentes, mas complementares: exclusão, preconceito e apagamento.

4 Segundo informações de seu inventário, ao falecer, ele tinha o equivalente a 2:100$000 em escravos e 1:480$000 em escravos libertos (Ayres, 2018, p. 231).

5 Em seu testamento de 1860, ele libertaria após sua morte o "escravo José, pardo" (CEDHAL, 1860).

6 Discutimos essa ideia em Pesso (2023).

Em termos metodológicos, utilizamos fontes primárias (legislação, documentos oficiais, periódicos, livros de memórias e literatura) e secundárias (em especial os memorialistas – Almeida Nogueira (1907-1912),[7] Spencer Vampré (1977), Clóvis Beviláqua (2012) – e Gláucio Veiga (1980-1997)) para reconstituir as práticas históricas e resgatar a memória[8] das pessoas negras que fizeram parte de instituição ou que nela tentaram ingressar, mas não conseguiram.

No mais, é mister ressaltar que utilizamos a categoria "negro" como um marcador racial entendido principalmente sob o ponto de vista do fenótipo, isto é, pessoas que possuíam características que à época eram consideradas proeminentes em negros(as) – como cor da pele, tipo de cabelo, características faciais, etc. Assim, incluímos no estudo pessoas que possuíam tais características, mas que estão distribuídas em diferentes grupos dentro do gênero "negro" – por exemplo, "pardos", "mulatos", "crioulos", etc.[9]

1. Exclusão

O primeiro – e mais evidente – aspecto é a exclusão. O ensino superior era reservado a uma parcela diminuta da população brasileira: era preciso ser alfabetizado e ter meios financeiros para entrar e manter-se nos estudos (pagar as taxas de matrícula, taxas de exames, a moradia, etc.) – uma verdadeira "ilha de letrados", na expressão de José Murilo de Carvalho (2017, p. 63-92). Na prática, os estudantes recebiam uma "mesada" dos pais, de modo a conseguirem sobreviver durante o ano; os estudantes que não podiam contar com a ajuda paterna eram obrigados a buscar o sustento de outras formas (por exemplo, oferecendo aulas particulares ou trabalhando em outros ofícios, mesmo já como advogados (conhecidos como "rábulas")).

Assim, o espaço estudantil era dominado por homens[10] brancos e católicos.[11] A Figura 1, a seguir, de 1886, mostra a contraposição entre brancos e negros em São Paulo.

7 Sobre a obra de Almeida Nogueira e sua problematização enquanto fonte histórica, cf. Pesso (2021).

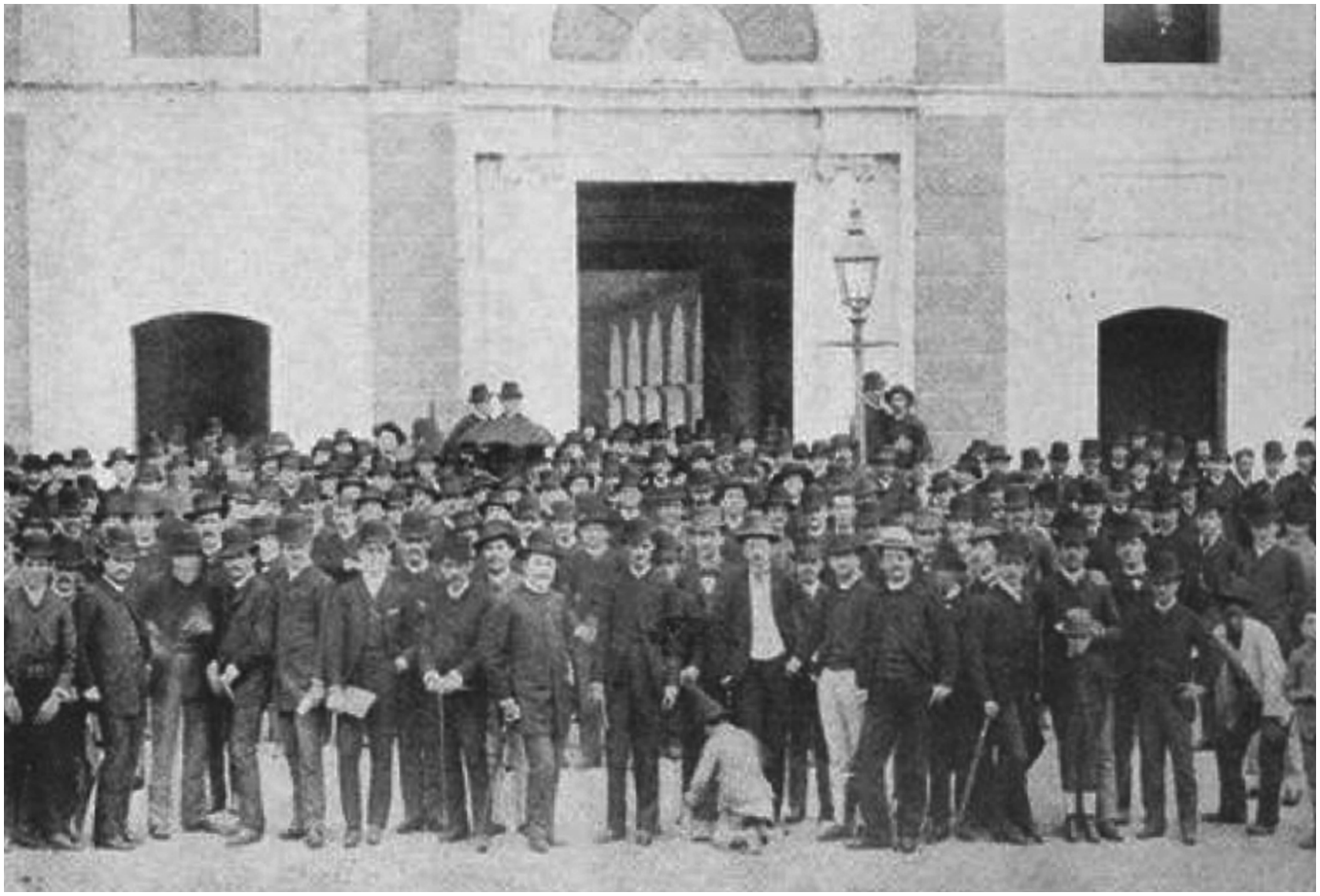
8 Aqui, adotamos a diferenciação entre "história" e "memória" elaborada por Jacques Le Goff (2013, p. 387-440), com destaque para o conceito de memória coletiva.

9 Vale destacar também que incluímos, ainda que em menor escala, marcadores raciais advindos do genótipo, principalmente em relação aos considerados "mestiços" ou "miscigenados" (filho(a) de pai ou mãe negro(a)). Ainda, a questão da diferenciação social do negro e do mulato também tinha sua importância, cf. Ianni (1988, p. 207-238), inclusive em se tratando das possibilidades de ascensão social do mulato, cf. Freyre (2004, p. 710-775).

10 Cf. Kirkendall (2002).

11 Quanto à religião, basta lembrar que apenas em 1879 foi facultado aos estudantes não católicos que deixassem de fazer a prova de direito eclesiástico, e a respectiva cadeira só foi extinta em 1890, pelo Decreto n. 1.036-A, de 14 de novembro (Brasil, 1890) – portanto, após a Proclamação da República.

FIGURA 1 – **Estudantes em frente à Academia de Direito**



Fonte: Magalhães (1908).

A exclusão a que nos referimos jamais esteve na legislação – o estudo, no plano teórico, era aberto a todas as pessoas livres e libertas; na prática, contudo, prevaleciam os privilégios de cor, de classe e de gênero. Em relação a este último, vale lembrar que as primeiras mulheres que se formaram no Recife foram Delmira Secundina da Costa, Maria Coelho da Silva e Maria Fragoso, em 1888, e em São Paulo foi Maria Augusta Saraiva, em 1902. Entre 1827 e 1927, formaram-se nove mulheres no Recife[12] e dez mulheres em São Paulo.[13] Para a carreira

12 São elas: Delmira Secundina da Costa, Maria Coelho da Silva Sobrinha e Maria Fragoso (1888), Maria Augusta Coelho Meira de Vasconcelos (1889), Anna Alves Vieira Sampaio (1893), Catarina de Moura (1912), Albertina Correia Lima (1913), Lília Guedes (1922) e Débora do Rego Monteiro (1924) (Martins, 1931; Veiga, 1997, p. 293).

13 São elas: Maria Augusta Saraiva (1902), Maria Andréa de Oliveira e Maria Luiza de Oliveira (1909), Eudoxia de Castro (1911), Walkyria Moreira da Silva (1913), Maria Immaculada Xavier da Silveira (1925),

docente, o caminho era ainda mais tortuoso: em Recife,[14] a primeira docente foi Maria Bernardette Neves Pedrosa, em 1965, e a primeira (e única) diretora foi Luciana Grassano de Gouvêa Melo, entre 2007 e 2014;[15] em São Paulo,[16] a primeira docente foi Esther de Figueiredo Ferraz, em 1948, e a primeira (e única) diretora foi Ivette Senise Ferreira, entre 1998 e 2002.

2. Preconceito

> […] Uma mocidade brilhante e esperançosa frequentava a Academia; uns ricos, outros fidalgos de sangue azul, outros com a aristocracia do talento tinham suspensa sobre a fronte a auréola de um esplêndido futuro. O major não ignorava que era especialmente dessa classe que saíam os deputados, senadores, ministros, barões, condes e marqueses. Estava também intimamente convencido que era bastante mostrar-lhes a filha, para ficarem todos morrendo por ela e a disputarem com encarniçamento a posse de tão inapreciável tesouro. Portanto, e nesse intuito, tratava de relacionar-se com o que havia de mais ilustre e prestigioso nessa classe, procurando especialmente os da Corte, e evitando com a maior cautela pessoas de cor equívoca (Guimarães, 19—, v. 1, p. 69).

O trecho anterior, extraído do romance *Rosaura, a enjeitada* (1883),[17] de Bernardo Guimarães, apresenta-nos dois pontos importantes: em primeiro lugar, que, mesmo na ficção, reconhecia-se a presença de estudantes não brancos em São Paulo, onde se passa a ação do romance; em segundo lugar, que tais estudantes sofriam na pele o preconceito da sociedade escravista.

• • •

Celeste Sampaio Vianna e Regina Cecília Maria Diva Nolf Nazario (1926) e Ruth de Assis e Adalzira Bittencourt (1927) (Martins; Barbuy, 1999, p. 305).

14 Informações do Arquivo da Faculdade de Direito do Recife. Em 2023, foi eleita vice-diretora a primeira mulher trans, Antonella Bruna Machado Torres Galindo (Feito […], 2023).

15 Luciana Grassano de Gouvêa Melo foi vice-diretora *pro tempore* em 2003 e diretora *pro tempore* em 2005. Antes dela, a professora Helena Caúla Reis havia sido vice-diretora *pro tempore* em 1988 e diretora *pro tempore* em 1998.

16 Cf. Campos (2021).

17 O romance se passa em São Paulo entre as décadas de 1840 e 1850, justamente quando Bernardo Guimarães estudou na Academia de Direito. É uma obra panfletária contra a escravidão, assim como seu romance *A escrava Isaura* (1875), na linha de literatura antiescravidão que aqui encontrou difusão a partir de *Uncle Tom's Cabin* (1852), de Harriet Stowe. Sobre *Rosaura, a enjeitada*, cf. Andrews (1966).

Isso nos leva ao segundo aspecto de nossa análise, decorrente em certa medida do primeiro – o preconceito com pessoas "de cor", para utilizar a expressão da época. Vários são os episódios e os incidentes que demonstram a aversão e o preconceito racial inerente àqueles que frequentavam as Academias de Direito, como este registrado por Almeida Nogueira sobre o conselheiro Veiga Cabral:

> Tinha acentuado preconceito contra os estudantes de cor, e perseguia-os implacavelmente.
> Começava por não admitir que lhe estendessem a mão.
> Uma vez deu o pé a um deles, que o queria cumprimentar.
> — Desaforo! — dizia — Negro não pode ser doutor. Há tantas profissões apropriadas: cozinheiro, cocheiro, sapateiro… (Nogueira, 1907a, p. 47).

Prudêncio Geraldes Tavares da Veiga Cabral (1800-1862) foi lente catedrático de direito civil em São Paulo entre 1829 e 1861 e pelos anos que passou exercendo a docência foi condecorado com o título de conselheiro.[18] Sua perseguição com os estudantes negros marca os anais da Faculdade de Direito:

> Nos dois anos do curso de Civil, levou de canto chorado um estudante de nome Fogaça,[19] mulato feio e maltrapilho, pois o descuido na **toilette**[20] era também, para o conselheiro Cabral, caso de forca!
> Às vezes, estando presente o Fogaça, o Cabral nem olhava para o lado dele, mas perguntava ao bedel:
> — Sr. Mendonça, já marcou ponto no negro?
> — Mas, sr. conselheiro, protestava respeitosamente o Fogaça, eu estou presente!…
> — Quer o negro esteja ausente, quer o negro esteja presente, marque ponto no negro! (Nogueira, 1907a, p. 47-48).

Também os empregados negros não ficavam de fora da implicância dos lentes, como veremos adiante.

Mesmo sendo um meio predominantemente branco, e para desgosto do conselheiro Veiga Cabral, há relatos de estudantes negros, "caboclos", "de cor", "escuros", "mestiços",

18 Não se deve confundir com a função de Conselheiro de Estado. Esse título era conferido aos lentes catedráticos que tivessem servido 25 anos e continuassem no exercício de suas funções, bem como ao diretor que servisse com zelo por três anos (art. 158 do Decreto n. 1.386, de 28 de abril de 1854).

19 Na verdade, tratava-se de Egídio Mariano de Sousa Bessa, conforme afirma Nogueira (1906a).

20 Vestuário.

"miscigenados", "morenos", "crioulos", "mulatos", "pardos", "trigueiros" e "cor de jambo" desde a fundação dos cursos jurídicos. Em 1829, por exemplo, estava matriculado na Faculdade de Direito de Olinda o estudante Luiz Gonzaga Pau Brasil, referido pejorativamente em uma contenda na imprensa como "pretinho baiano" (Veiga, 1980, p. 259 e 269).[21]

É difícil saber quantos mais foram os estudantes "de cor" que passaram e formaram-se nas faculdades de Direito do Império, ainda mais porque na certidão de matrícula não constava a raça dos alunos.[22] Mesmo assim, e sem a pretensão de esgotar o assunto, ao longo da pesquisa nos deparamos com alguns formados que vão agora referidos junto ao seu respectivo ano de formatura:[23] (i) em São Paulo: Justiniano José da Rocha (1833), Francisco Otaviano de Almeida Rosa (1845), José Cavalheiro do Amaral e Porfirio Ferreira Velloso (1847), João Ribeiro Mendes (1848), Francisco Gonçalves de Meirelles Bastos Júnior (1855), Avelino Rodrigues Milagres (1857), Egídio Mariano de Sousa Bessa e Theodomiro Alves Pereira (1863), Francisco de Carvalho Prates, José Corrêa de Jesus e Miguel Jorge Montenegro (1864), Camillo Augusto Maria de Brito (1865), Francisco Gualberto da Silva, Francisco de Paula Coelho Valmont, Herculano de Figueiredo e Souza, José Ferreira de Menezes e Rufino Furtado de Mendonça (1866), Agostinho Antonio Corrêa (1867), José Rubino de Oliveira (1868), Antônio de Castro Alves[24] e Rui Barbosa de Oliveira (1870), José Fernandes Coelho (1874), Canuto José Saraiva (1875), Teófilo Dias de Mesquita (1881), Pedro Augusto Carneiro Lessa (1883) e Hermenegildo Rodrigues de Barros (1886); (ii) em Recife: Henrique Felix de Dacia (1832), João Maurício Wanderley e Zacarias de Góes e Vasconcellos (1837), Pedro Bezerra Pereira de Araujo Beltrão (1842), Felipe Neri Colaço (1853), Tobias Barreto de Menezes (1869), José de Oliveira Campos (1872), Manoel Pedro Cardoso Vieira e Octávio Pereira da Cunha (1873), João Thomaz de Araujo (1874), Leandro Paulo Antigono e Raimundo de Farias Brito (1884), Nilo Peçanha e Sabino José dos Santos Júnior (1887), e Feliciano André Gomes e Manoel da Motta Monteiro Lopes (1889).

Almeida Nogueira relata um caso que se passou entre José Fernandes Coelho (formatura em 1874 e doutoramento em 1904) e Luiz Gama, o abolicionista, com um toque satírico (como era o estilo de Gama):

21 Não chegou a concluir o curso (Nascimento; Gama, 2009, p. 196) – de fato, seu nome não consta na lista de Martins (1931).

22 Essa informação, às vezes, constava na certidão de batismo, mas mesmo assim de forma muito irregular.

23 Os nomes foram colhidos a partir da obra de Nogueira (1907b, 1912), Vampré (1977), Veiga (1980, 1981, 1982, 1984, 1988, 1989, 1993, 1997), Araujo (2002, p. 333-343), Nascimento e Gama (2009, p. 187-199), Oliveira (2018) e Schwarcz, Gomes e Lauriano (2021).

24 Faleceu antes de se formar.

> Uma feita, ocupando a promotoria pública, o dr. Fernandes Coelho havia acusado com o fulgor habitual da sua palavra o réu que era um homem de cor e tentara assassinar um outro preto.
> Luiz Gama, como advogado da defesa, tirou partido da circunstância e disse na sua peroração:
> – Vós vedes, srs. jurados, que tudo é negro neste processo. O advogado da defesa é negro, o promotor público é negro, o acusado é negro, a pretendida vítima é também um negro. Somente vós, srs. juízes, somente vós sois brancos. Que tem branco que meter o nariz em negócios de negro? Mandai, pois, embora, este desgraçado (Nogueira, 1907a, p. 329).

Luiz Gama (1830-1882) é talvez o caso mais conhecido que une exclusão e preconceito em São Paulo: vendido por seu pai como escravo na Bahia, em São Paulo foi alfabetizado por Antônio Rodrigues do Prado Júnior, estudante da Faculdade de Direito (formado em 1858) e teve forte atuação no foro, na imprensa, na literatura e na maçonaria, agindo em prol dos escravizados. Sobre sua passagem pela Faculdade de Direito de São Paulo, alguns autores dizem que ele tentou frequentar as aulas, mas foi barrado pelo preconceito dos alunos;[25] outros dizem que ele chegou a ser ouvinte e os conhecimentos que lá adquiriu foram essenciais para sua prática na advocacia.[26] Contudo, ao que parece, ele nunca frequentou a Academia de São Paulo e sua atividade como advogado provisionado foi fruto de seu autodidatismo.[27] Não obstante, e mesmo que lhe tenha sido vedada a participação nas atividades da faculdade, ele manteve forte ligação com professores e alunos, com quem atuava lado a lado na causa abolicionista. Nos últimos anos do século XX e início do século XXI, houve um forte movimento de resgate de sua memória, a ponto de postumamente lhe ter sido con-

25 Essa afirmação vai ao encontro do que escreveu Raul Pompeia após a morte de Luiz Gama, seu amigo: "em princípio de sua carreira, tentou cursar a Faculdade jurídica de São Paulo. A generosa mocidade acadêmica daquela época entendeu que devia matar as aspirações do pobre rapaz, tratando-as com o suplício de Santo Estêvão, e as apedrejaram com meia dúzia de dichotes lorpas" (Pompeia, 1884).

26 "Em 1850 casou-se e tentou frequentar o Curso de Direito do Largo do São Francisco – hoje denominada Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Por ser negro, enfrentou a hostilidade de professores e alunos, mas persistiu como ouvinte das aulas. Não concluiu o curso, mas o conhecimento adquirido permitiu que atuasse na defesa jurídica de negros escravos." Esse trecho consta da justificativa de dois Projetos de Lei (PLs) apresentados em 2015 – o primeiro previa a inscrição de seu nome no Livro dos Heróis da Pátria e o segundo declarava-o Patrono da Abolição da Escravidão do Brasil; ambos os PLs foram convertidos em lei em 2018, sob o n. 13.628 (Brasil, 2018a) e o n. 13.629 (Brasil 2018b), respectivamente. O texto dos PLs foi extraído do *site* do Instituto Luiz Gama (Quem [...], [*s.d.*]).

27 Cf. Azevedo (1999). Sobre as histórias da história de Luiz Gama, cf. Oliveira (2004).

ferido o título de advogado (OAB [...], 2015) e de doutor *honoris causa* na Universidade de São Paulo (USP) (USP [...], 2021), uma sala da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) ter sido nomeada em sua homenagem (Luiz [...], 2017) e ele ter sido reconhecido como o patrono da abolição da escravidão do Brasil (Brasil, 2018b).

3. Apagamento

O terceiro e último aspecto é o apagamento que os negros sofreram na história das faculdades de Direito no Brasil. As análises históricas deixam completamente de lado o negro[28] e, quando tocam na questão da escravidão, invariavelmente invocam o abolicionismo e seus agentes nessas instituições – a imensa maioria composta por brancos.[29]

Ocorre que o negro sempre esteve presente na vida dos estudantes e dos lentes.

Para além de estudantes negros, como vimos antes, vale realçar que nas repúblicas de São Paulo (moradias compartilhadas entre os estudantes), havia alguns empregados típi-

28 Umas das poucas exceções é a obra *Arcadas* (1999), de Martins e Barbuy, que dedica uma seção intitulada "Contradições do cotidiano" para tratar da relação entre os acadêmicos da Faculdades de Direito de São Paulo e os negros (Martins; Barbuy, 1999, p. 81). Sérgio Adorno também explora essa relação nas décadas de 1870 e 1880, utilizando-se de periódicos acadêmicos em sua tese de doutorado (Adorno, 2019, p. 249 *et seq*.) e em texto sobre o abolicionismo nas Arcadas (Adorno, 1993). Para Olinda/Recife, a única menção que encontramos está no volume 5 da obra de Veiga (1988, p. 110 *et seq*.).

29 A atuação da Faculdade de Direito de São Paulo e da Faculdade de Direito de Olinda/Recife em favor da causa abolicionista é por todos conhecida – estendeu-se da poesia (Castro Alves é seu maior expoente) às ações de liberdade, muitas delas promovidas por associações e sociedades de estudantes (por exemplo, a Associação "Fraternização", secreta e abolicionista, cf. Nogueira (1909a, p. 185-186)) ou patrocinadas por lojas maçônicas que tinham como integrantes lentes dos cursos. Sobre a abolição na Faculdade de Direito de São Paulo, entre outros, cf. Martins; Barbuy (1999, p. 72-87) e Yokaichiya (2008).

30 Essas são as informações que coletamos de Nogueira (1909a, p. 166-169), quando ele faz a crônica da turma de 1860-1864. Como ele frequentou a Academia entre 1869 e 1873, podemos presumir que esse era o sistema nas décadas de 1860 e 1870, contudo, como ele não faz referência à vida nas repúblicas e aos negros nos outros oito volumes da coleção, não é possível extrair informações sobre as diferenças em outros períodos históricos (que com certeza existiram).

31 Para a crônica da turma de 1837-1841, Nogueira (1908a, p. 109) colheu o seguinte relato: "As cozinheiras ganhavam de 15 a 20$000 réis, e não tinham de preparar mais que o trivial, a saber — feijão, arroz, carne de vaca ou de porco e algum legume (cujo mercado não era farto), café e chá paulistano". No referido romance *Rosaura, a enjeitada* (1883), também temos a figura do cozinheiro de moradia estudantil em São Paulo (Guimarães, 19—, v. 2, p. 142); Alfredo Pujol (1906) lembra do seu cozinheiro apelidado de "Cotegipe".

cos:[30] a cozinheira, sempre uma liberta, que cuidava da alimentação dos rapazes;[31] a lavadeira, comumente uma jovem de alguma família paulistana[32] ou cativa,[33] responsável por lavar e engomar a roupa dos estudantes; e criados (um ou mais), escravizados responsáveis pelas demais atividades, como copeiro, camareiro e outras tarefas domésticas ou de ganho[34] – por exemplo, Francisco de Paula Ferreira de Rezende (primo de Perdigão Malheiro), quando estudante em 1853, tinha uma criada que "pôs ao ganho" e com isso conseguia um adicional de 400 réis por dia para incrementar sua mesada (Rezende, 1944, p. 279). As escravas também ocupavam a posição de criadas, como amas – o famoso poema "A vida do estudante", atribuído a Antônio Augusto de Queiroga (1834) e cantado por várias gerações acadêmicas, mostra diversos aspectos interessantes da época e possui os seguintes versos, provavelmente fazendo alusão à criada:

> As horas sete se escutam
> No triste sino tocar,
> Que nos faz alevantar
> Da quente cama. (*bis*)
>
> À pressa grita-se à ama
> Que ponha água no fogo,
> E ela vem dizer logo:
> — Chá 'stá na mesa! (*bis*) (Nogueira, 1907a, p. 94).

O criado podia ser da república ou de um estudante em específico (no mais das vezes, pertencia ao pai dele). Exemplos de "criado de república"[35] são Manuel, da república dos mineiros Benedicto Cordeiro dos Campos Valladares (1872) e Pedro de Vasconcellos Teixeira da Motta (1875) (Nogueira, 1909b, p. 308), e "Manézinho", da república do baiano Antônio Coutinho de Souza (1867) (Nogueira, 1910, p. 139-144). O "criado de estudante" – que podia

32 Segundo a crônica da turma acadêmica de 1867-1871, cf. Nogueira (1908a, p. 276-277). A lavagem de roupa, à época, movimentava a economia paulistana e não devia ser vista de modo negativo, tendo em vista ser uma atividade que as jovens moças brancas praticavam.

33 Nogueira (1907b, p. 291-292) lembra da "mulata Febronia", lavadeira de Francisco José dos Santos Cardoso.

34 Alguns estudantes, inclusive, forneciam escravizados em aluguel para outros senhores tirarem proveito de seu trabalho (Wissenbach, 1998, p. 55).

35 Essa figura também esteve presente na literatura dos estudantes – por exemplo, no drama biográfico-acadêmico *Fernando*, de Pires de Almeida, de 1864 (Fernando, 1864, p. 4).

36 Cf. Nogueira (1906b).

também ser um "moleque"[36] – geralmente acompanhava o jovem em sua mudança a São Paulo e seguia de perto sua trajetória acadêmica, uma vez que ascendia na hierarquia conforme seu "senhor-moço", isto é, acompanhava sua ascensão de calouro a quintanista e, segundo a praxe, era libertado quando seu senhor recebia a carta de bacharel (Nogueira, 1909a, p. 168-169).[37] Segundo Almeida Nogueira, tais criados

> eram amigos dos brancos a quem serviam, e dedicadíssimos ao senhor-moço. Identificavam-se com eles e formavam entre si uma espécie de sub-classe acadêmica, à sombra dos seus senhores. Eram, como eles, **caloiros**, ou veteranos, e, à medida que aqueles gradualmente subiam ao ano superior, também os seus **criados** passavam ao ano equivalente entre os seus pares ou os seus **colegas**; chamavam-se entre si **caloiro** ou quintanista e os de ano superior mandavam os outros **medir a distância que os separa** (Nogueira, 1909a, p. 168-169).

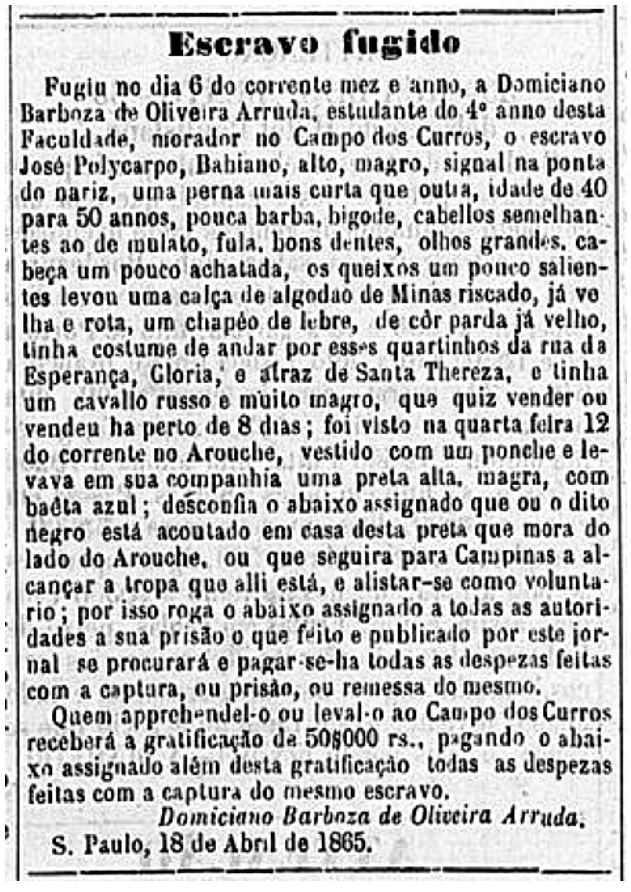
Com efeito, tais criados também sofriam pela sorte de seu proprietário. No incêndio que assolou a Academia de São Paulo em 1880, registrou-se que entre os que assistiam à destruição do edifício havia um africano que chorava a perda dos papéis do seu senhor-moço (Vampré, 1977, p. 267).

Há notícia de uma Sociedade Mocidade Acadêmica, organizada pelos criados dos estudantes e que na quadra acadêmica de 1862-1866 organizou um baile, ao qual compareceram damas e estudantes (esses últimos foram proibidos de dançar pelo Conselheiro Furtado, então Chefe de Polícia) (Nogueira, 1907a, p. 227-228).

A relação entre estudante e escravizado, contudo, nem sempre era amistosa – como não poderia ser em uma sociedade em que se recorria à fuga para resistir ao cativeiro –, conforme se pode observar no anúncio da Figura 2, a seguir.

37 Por exemplo, no dia que recebeu o grau de bacharel, Joaquim Coutinho de Araújo Malta libertou seu escravo Marcellino, que havia acompanhado seus estudos (Actos [...], 1869, p. 3) e Antônio José Vieira Ferraz libertou seu pajem Jerônimo (Alforrias, 1870, p. 2). Essa prática também ocorria em outras ocasiões, como quando os estudantes quiseram alforriar o negro Tobias, que se batera em favor dos estudantes contra a polícia em um conflito ocorrido 1878 (Vampré, 1977, p. 251), e mesmo em outras instituições: por exemplo, ao concluir o curso na Escola de Minas de Ouro Preto, Luiz Torquato da Cruz Silva libertou três escravos (Provincias, 1881, p. 1-2).

FIGURA 2 – **ANÚNCIO DE ESCRAVO FUGIDO**[38]



Escravo fugido

Fugiu no dia 6 do corrente mez e anno, a Domiciano Barboza de Oliveira Arruda, estudante do 4º anno desta Faculdade, morador no Campo dos Curros, o escravo José Polycarpo, Bahiano, alto, magro, signal na ponta do nariz, uma perna mais curta que outra, idade de 40 para 50 annos, pouca barba, bigode, cabellos semelhantes ao de mulato, fula, bons dentes, olhos grandes, cabeça um pouco achatada, os queixos um pouco salientes levou uma calça de algodão de Minas riscado, já velha e rota, um chapéo de lebre, de côr parda já velho, tinha costume de andar por esses quartinhos da rua da Esperança, Gloria, e atraz de Santa Thereza, e tinha um cavallo russo e muito magro, que quiz vender ou vendeu ha perto de 8 dias; foi visto na quarta feira 12 do corrente no Arouche, vestido com um poncho e levava em sua companhia uma preta alta, magra, com baêta azul; desconfia o abaixo assignado que ou o dito negro está acoutado em casa desta preta que mora do lado do Arouche, ou que seguira para Campinas a alcançar a tropa que alli está, e alistar-se como voluntario; por isso roga o abaixo assignado a todas as autoridades a sua prisão o que feito e publicado por este jornal se procurará e pagar-se-lha todas as despezas feitas com a captura, ou prisão, ou remessa do mesmo.

Quem apprehendel-o ou leval-o ao Campo dos Curros receberá a gratificação de 50$000 rs., pagando o abaixo assignado além desta gratificação todas as despezas feitas com a captura do mesmo escravo.

Domiciano Barboza de Oliveira Arruda.

S. Paulo, 18 de Abril de 1865.

Fonte: Arruda (1865).

O caso de Domiciano Barboza de Oliveira Arruda não era isolado, uma vez que os jornais acadêmicos, feitos por e para os estudantes, também anunciavam compra,[39] venda[40] e fuga[41] de escravizados.

Uma figura que marcou época em São Paulo foi Clemente Antônio Pereira, o Preto Leôncio (Figura 3),[42] antigo criado do Conselheiro Leôncio de Carvalho (1867).[43] Ele serviu em diferentes repúblicas paulistanas e frequentava com assiduidade as rodas acadêmicas, tendo granjeado a proteção dos estudantes de Direito. Alfredo Pujol, que frequentou a Academia entre 1886 e 1890, assim rememora a figura do negro:

• • •

38 Domiciano Barboza de Oliveira Arruda não chegou a se formar em São Paulo.

39 Cf. Escrava [...] (1859, p. 3).

40 Cf. Escravo [...] (1860, p. 4).

41 Cf. Escravos [...] (1860, p. 4); e Escravo [...] (1864, p. 4).

42 Agradeço a Igor Tostes Fiorezzi pela indicação desse personagem. Sobre o Preto Leôncio, ver também Schmidt (1967, p. 129-138) e Lobo (1977, p. 210).

43 Posteriormente, Leôncio de Carvalho tornou-se lente catedrático da Faculdade de Direito.

> Do fundo desse passado de vinte anos, veio rolando e vaga aí por essas ruas, o tipo popularíssimo do **preto Leôncio**. [...] Este pobre preto foi nascido de escravos, na casa dos pais de Leôncio de Carvalho, cresceu com este, foi seu **pajem**, e, ao que se dizia, tiveram ambos a mesma ama [...].
> Esse **preto Leôncio** foi o cozinheiro da nossa república durante todo o meu curso acadêmico. Era de uma bondade rara, de uma dedicação absoluta, de uma fidelidade sem par. Tudo lhe confiávamos, desde o dinheiro (que era pouco, mas que para nós valia muito), e todos os mais **valores** que se acumulavam na nossa república, e que se resumiam nos livros, nas roupas e nas raras joias... [...] (Pujol, 1906).

E também relata um episódio envolvendo o Preto Leôncio, seu antigo proprietário e ele:

> Vejam este traço de bondade do nosso **Leôncio**: na véspera do meu exame do segundo ano, sozinho na **república**, **repassava** eu os meus pontos de Direito Público e Constitucional. O **preto Leôncio**, vendo-me vergado sobre os **pontos** até noite alta, e sabendo-me doente, aproximou-se de mim com uma ternura de que ainda tenho a comoção no fundo da alma, e disse-me: – **Seu doutor, vá se deitar, não se amofine com esses pontos... Você está garantido: eu já falei a Sinhô-Moço**.
> **Sinhô-Moço** era o conselheiro Leôncio de Carvalho. [...] Na manhã seguinte, prestei o meu exame e fui aprovado plenamente. À tarde, segundo o costume da época, fui visitar o conselheiro Leôncio de Carvalho e agradecer-lhe as atenções que me dispensara... o conselheiro, que me estimava muito, abraçou-me, rindo, e me disse: – **Agradeça ao padrinho que veio ontem aqui...**
> O bom preto tinha tomado a sério o meu exame! [...] (Pujol, 1906, p. 2).

FIGURA 3 – **PRETO LEÔNCIO**



Fonte: Typos [...] (1913, p. 38).

Havia ainda outros "tipos" que faziam parte da rotina dos estudantes de São Paulo, como o Preto Venâncio, exímio no violão e que participava das serenatas dos estudantes (Nogueira, 1907a, p. 184, n. 1), e o Zé Poeta,

> [...] preto retinto, de estatura regular, já então algum tanto velhote. Foi, a princípio, um rapaz pernóstico, metido a decorar versos e discursos bestialógicos que os estudantes lhe ensinavam. Ficou depois um pouco desequilibrado, pela convicção que lhe incutiram de que era um gênio, um diamante bruto, etc. Fez-se dramaturgo e representava nas repúblicas, fazendo ele só todos os personagens, cenas inteiras de suas burlescas composições dramáticas com episódios violentíssimos e desenlace sempre sanguinário. Tinha pensamentos transcendentes, e, de tão profundos, inacessíveis à compreensão do vulgo, como este, que ele proferia com ênfase: "Mil vezes antes morrer do que perder a vida!" (Nogueira, 1910, p. 129).

Os "empregados de república" também se faziam presentes em Olinda (Nestor, 1930, p. 12-13) e Recife: "[...] o estudante mais dinheiroso não podia dispensar a ama. O escravo pajem, em regra, o acadêmico trazia da terra natal como homem de confiança, na polivalência de capanga e criado" (Veiga, 1988, p. 111). Em anúncio de 1830, dizia-se: "Precisa-se de uma ama para casa de um Estudante do Curso Jurídico em Olinda, quem lhe cuide da

casa, roupa, e cozinha [...]",[44] e, em 1845, o seguinte: "Precisa-se de um criado para o serviço de um estudante em Olinda [...]".[45] Gláucio Veiga lembra alguns casos específicos que envolveram negros e acadêmicos: o de Francisco Antônio Pereira da Rocha (1834), cujo criado Ezequiel abandonou-o em seu quinto ano (Veiga, 1988, p. 111); o de Graça Aranha, que nos tempos acadêmicos foi a Recife com seu criado Sabino (Veiga, 1997, p. 317-318; Aranha, 1931); o de João Maurício Cavalcanti da Rocha Wanderley (1836), acusado de comprar dois escravos fugidos, Luiz e Antonio (Veiga, 1988, p. 111); e a denúncia no *Liberal Pernambucano* de 1884, segundo o qual "serventes escravos angoleses 'com vestidos rotos e imundos e até indecentes entram pela Academia por entre os estudantes'" (Veiga, 1988, p. 112). Segundo Sancho de Barros Pimentel, Joaquim Nabuco teria utilizado os serviços do seu "criado de república" para se vestir com elegância.[46]

Como não podia deixar de ser, a escravidão também se espraiava por outros espaços e momentos da cultura acadêmica. Quando estudante em Recife, relata Clóvis Beviláqua que o trote dos segundanistas sobre os primeiranistas se encerrava em 11 de agosto (data da fundação dos cursos jurídicos), considerado o dia da "emancipação" dos calouros[47] (Beviláqua, 2012, p. 437), em alusão ao seu estado de "cativo". Outro episódio ocorria quando os estudantes de São Paulo desciam a Santos para embarcar rumo à Corte e se divertiam em atravessar a cidade nas costas de carregadores pretos.[48]

Os negros também foram empregados nas Faculdades de Direito. Nogueira relata que quando Avelar Brotero era secretário ou assumia o exercício interino da diretoria ele implicava com os empregados. Um dos episódios se deu com o servente José Alves Fernandes, negro, conhecido como "Zé Quieto" e que,

> findo o serviço, gostava de postar-se humilde, quase oculto, a um canto da biblioteca, e ali ler alguns dos jornais do dia.
> O conselheiro Brotero irritava-se com isto, e, logo que percebia o Zé Quieto com uma folha nas mãos, dava-lhe imediatamente algum serviço a fazer (Nogueira, 1907a, p. 26).

• • •

44 Cf. Preciza-se [...] (1830, p. 1179).

45 Cf. Precisa-se [...] (1845, p. 4).

46 "[...] nunca deixava de se trajar com apurado rigor, ao ponto de, por vezes, mandar o criado da 'república' procurar pela cidade a mais linda rosa afim de trazâ-la na botoeira, em que sempre tinha, no verso, um pequeno cálice de agua, para conservar o viço da flor" (Coelho, 1922, p. 25-26, nota 2).

47 Algumas instituições de ensino superior da atualidade ainda mantêm uma "tradição" espúria – para não dizer estúpida – de "emancipação" dos calouros. A data escolhida é 13 de maio, em alusão à Lei Áurea. Uma amostra de como a herança escravocrata e racista ainda está muito enraizada em nossa sociedade.

48 Cf. Nogueira (1906c).

Ofícios da Faculdade de Direito do Recife dão notícia de africanos livres[49] que lá trabalhavam, como Malaquias, que serviu por pelo menos uma década (entre 1852 e 1862) (Pereira, 1977, p. 662-663). De fato, Veiga (1984, p. 118) afirma que "só em 1855 [1865], ao que parece, cessou a presença de negros livres nas dependências do Curso Jurídico onde se distribuíam por várias tarefas de esforços físicos, entre elas, 'a condução d'água'" – com efeito, em 1859 há referência a africanos livres na correspondência do diretor da Faculdade de Direito de Recife (Camaragibe, 1859). Em outro momento, Veiga (1988, p. 111; 1997, p. 317) afirma que "a Faculdade de Direito dispunha de dois escravos".[50]

O corpo docente das duas faculdades também possuiu negros (pardos) em seus quadros. Em São Paulo, José Rubino de Oliveira (1837-1891) (Figura 4)[51] foi lente catedrático de direito administrativo entre 1882 e 1891, ano de seu falecimento. O percurso, contudo, foi bastante tortuoso: ele começou como seleiro e *jockey* em Sorocaba e, após estudar alguns anos no Seminário Episcopal de São Paulo, abandonou a batina e matriculou-se no curso de Direito, que concluiu em 1868 a duras penas, pois teve de exercer o magistério particular para o seu sustento. No ano seguinte, defendeu teses e foi aprovado plenamente. Prestou nove concursos até conseguir o lugar de lente substituto, em 1879[52] (Nogueira, 1908b, p. 230-240).

• • •

49 A Lei de 7 de novembro de 1831 (conhecida como "Lei Feijó") declarou livres todos os escravos que viessem de fora do Brasil, com algumas poucas exceções (Brasil, 1831). A lei foi regulamentada em 1835 e criou-se a figura do "africano livre", isto é, o africano que poderia ser empregado no serviço público e privado. Na prática, tratava-se de escravização de negros, mas de um jeito "formal". Os africanos livres só foram emancipados em 1864. Sobre o tema, cf. Mamigonian (2017).

50 O autor, contudo, não traz evidências ou referências sobre essa afirmação. Isso também ocorre quando afirma que Castro Alves trouxe um negro consigo quando foi estudar em Recife (Veiga, 1988, p. 111; 1997, p. 317).

51 Sobre ele, cf. Cruz (2009, p. 41-63).

52 Não é possível afirmar se a demora em se tornar lente substituto era proveniente de preconceito racial. Provavelmente foi um fator, mas devemos nos lembrar de que a escolha dos lentes era do Governo e motivos de ordem política ou pessoal determinavam o favorecimento de tal ou qual candidato.

FIGURA 4 – **JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA**



Fonte: Museu Paulista da Universidade de São Paulo (*s.d.*).

José Rubino de Oliveira não escondia sua origem racial; ao contrário, dela fazia alarde e, em uma reprodução do preconceito que sofria, era muito rigoroso quando examinava algum candidato "de cor", pois, em suas palavras, "— Negro, para ter pergaminho [...] deve demonstrar talento e conhecimentos; do contrário, por aqui não passa! Agora, branco – qualquer burro pode passar: eu mesmo lhe abrirei a porteira" (Nogueira, 1908b, p. 233). O mesmo rigor se repetia quando ele arguia os candidatos ao magistério ou aos concursos, conforme corria na época: "— O Rubino deu marradas para entrar na Academia; e agora dá marradas contra quem quer entrar" (Vampré, 1977, p. 255). Era amigo de Luiz Gama e, coincidentemente, assumiu a cadeira no lugar de Conselheiro Furtado de Mendonça, antigo protetor desse último (mas que depois romperam a amizade). Em 2020, José Rubino foi homenageado com o nome de uma sala na FDUSP.[53]

Em Recife, Tobias Barreto de Menezes (1839-1889) (Figura 5)[54] é a figura que se sobressai. O sergipano também tentou de início a carreira eclesiástica, mas a abandonou e foi a Recife

53 Cf. Botacini (2020).

54 Sobre ele, entre outros, cf. Lima (1963).

estudar leis, o que fez entre 1864 e 1869 (reprovado por faltas em 1866, teve de repetir o terceiro ano), sendo contemporâneo de Castro Alves, com quem entrou em disputas de cunho literário. Após a formatura, passou a viver em Escada, Pernambuco, onde ficou entre 1871 e 1881. Foi nesse período que aprendeu o alemão e aprofundou seus conhecimentos em diversas áreas (ele já era um exímio latinista). Em 1882, prestou concurso para o lugar de lente substituto da Faculdade do Recife, concurso esse que causou muita impressão na época entre alunos e professores.[55] Em 1887, foi promovido a catedrático de hermenêutica jurídica, processo civil e criminal, incluído o direito militar e a prática forense, mas ocupou a cadeira apenas até 1889, ano de sua morte (Beviláqua, 2012, p. 508-512).

FIGURA 5 – **TOBIAS BARRETO DE MENEZES**



Fonte: Museu Republicano "Convenção de Itu".

Senão o fundador, ele foi o catalisador do movimento conhecido como "Escola do Recife", que trouxe verdadeira renovação no estudo do Direito, com a introdução de pensadores

55 Cf. Aranha (1931, p. 147-151).

germanistas (a exemplo de Rudolf von Ihering), e que teve como integrantes Silvio Romero, Arthur Orlando, Gumercindo Bessa, Martins Junior, Phaelante da Câmara, Abelardo Lobo, Clóvis Beviláqua, entre outros (Beviláqua, 2012, p. 512-557). A sua passagem pela Faculdade do Recife representa um verdadeiro divisor de águas na história da instituição, a ponto de hoje ser conhecida como a "Casa de Tobias" (Pereira, 1977, p. 163).

Conclusão

Ao lançar luz sobre as figuras, os tipos e os(as) personagens negros(as) que estiveram presentes no cotidiano de estudantes, professores e funcionários das Academias de Direito, conseguimos vislumbrar como três aspectos – exclusão, preconceito e apagamento – se entrelaçavam e se sobrepunham. Ainda que um ambiente avesso ao negro, muitos conseguiram superar os obstáculos e chegaram, inclusive, à posição de professores, mesmo que representassem uma minoria. O apagamento, contudo, é difícil de contornar, seja pelo branqueamento de algumas figuras que por lá passaram, seja pela dificuldade em se localizar as fontes históricas – lembrando-se que o negro, enquanto figura historicamente marginalizada e desvalorizada, na maioria das vezes deve ser localizado nas entrelinhas da(s) narrativa(s) histórica(s) oficial(ais).

Vale destacar que a adoção de cotas raciais para Pretos, Pardos e Indígenas (PPI) representa um importante passo para a integração de pessoas negras em instituições de ensino superior (por exemplo, as Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Universidade Federal de Pernambuco),[56] uma vez que ainda hoje são espaços ocupados majoritariamente por pessoas brancas.

No mais, esperamos que este empreendimento de resgate à memória dos(as) negros(as) que passaram pelos cursos jurídicos no Brasil no século XIX seja um primeiro, mas importante, passo rumo à valorização de certas figuras que foram excluídas, sofreram preconceito ou foram apagadas da história (oficial).

REFERÊNCIAS

ACTOS louvaveis. *Radical Paulistano*, São Paulo, anno I, n. 21, p. 3, 23 set. 1869. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=713473&pagfis=83. Acesso em: 5 fev. 2024.

56 Após a aprovação da Lei de Cotas (Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012), a reserva de vagas para estudantes PPI foi adotada em 2013 pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e em 2018 pela USP.

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*: o bacharelismo liberal na política brasileira. 2. ed. rev. São Paulo: Edusp, 2019.

ADORNO, Sérgio. O abolicionismo na Academia de Direito de São Paulo. *Resgate: Revista Interdisciplinar de Cultura*, Campinas, v. 4, n. 5, p. 93-101, 1993.

ALFORRIAS. *Correio Paulistano*, São Paulo, ano XVII, n. 4295, p. 2, 9 nov. 1870. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/090972_03/930. Acesso em: 5 fev. 2024.

ANDREWS, Norwood. Two Nineteenth-Century Brazilian Polemics: A Critical Appraisal of Bernardo Guimarães: A Escrava Isaura and Rosaura, A Enjeitada. *Revista de Letras*, São Paulo, v. 8/9, p. 233-272, 1966. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/27666000. Acesso em: 13 out. 2021.

ARANHA, Graça. *O meu proprio romance*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1931.

ARAUJO, Emanoel (cur.). *Para nunca esquecer*: negras memórias/memórias de negros. Rio de Janeiro: Museu Histórico Nacional, 2002.

ARRUDA, Domiciano Barboza de Oliveira. Escravo fugido. *Correio Paulistano*, São Paulo, anno XII, n. 2670, p. 3, 19 abr. 1865.

AYRES, Vivian Nani. *Da sala de leitura à tribuna*: livros e cultura jurídica em São Paulo no século XIX. 2018. 475 f. Tese (Doutorado em História Econômica) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

AZEVEDO, Elciene Rizzato. *Orfeu de carapinha*: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo. Campinas: Editora da Unicamp: Centro de Pesquisa em História Social da Cultura, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 3. ed. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. (Coleção Nordestina).

BOTACINI, Guilherme. Faculdade de Direito da USP dá nome de auditório em homenagem a 1º professor negro. *Folha de S.Paulo*, 25 set. 2020. Disponível em: https://folha.com/dyk85f6z. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.628, de 16 de janeiro de 2018. Inscreve no Livro dos Heróis da Pátria o nome de Luís Gonzaga Pinto da Gama – Luiz Gama. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 jan. 2018a.

BRASIL. Lei n. 13.629, de 16 de janeiro de 2018. Declara o advogado Luiz Gama Patrono da Abolição da Escravidão do Brasil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 jan. 2018b.

BRASIL. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 30 ago. 2012.

BRASIL. Decreto n. 1.036-A, de 14 de novembro de 1890. Supprime a cadeira de direito ecclesiastico dos cursos juridicos do Recife e S. Paulo. *Decretos do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. 11º fasc. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890, p. 3710.

BRASIL. Lei n. 4, de 10 de junho de 1835. Determina as penas com que devem ser punidos. *Collecção de Leis do Imperio do Brasil*. Parte 1ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1864, p. 5.

BRASIL. Decreto n. 1.386, de 28 de abril de 1854. Dá novos Estatutos aos Cursos Juridicos. *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1854*. Tomo 17, Parte 2ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1854, p. 169.

BRASIL. Lei de 7 de novembro de 1831. Declara livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. *Collecção das Leis do Imperio do Brasil*. Volume 1, Parte 1ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1831, p. 182.

BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de Sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. *Colecção das Leis do Imperio do Brasil de 1827*. Parte 1ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1827, p. 5.

BROTERO, Frederico de Barros. *Traços biographicos do Conselheiro José Maria de Avellar Brotero*. São Paulo: Escolas Profissionaes do Lyceu Coração de Jesus, 1933.

BROTERO, José Maria Avellar. *Principios de direito natural*. Rio de Janeiro: Typografia Imperial e Nacional, 1829.

CÂMARA, Phaelante da. *Memoria historica da Faculdade do Recife, ano de 1903*. Recife: Imprensa Industrial, 1904.

CAMARAGIBE, Barão de. *[Correspondência]*. Destinatário: João de Almeida Pereira. [*S.l.*], dez. 1859. Carta. Cópia datilografada do Arquivo da Faculdade de Direito do Recife, o original se encontra no Arquivo Nacional.

CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. *Mulheres na academia*: desigualdades de gênero no corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/ Universidade de São Paulo (USP), 2021.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem*: a elite política; *Teatro das sombras*: a política imperial. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CENTRO DE ESTUDOS DE DEMOGRAFIA HISTÓRICA DA AMÉRICA LATINA – CEDHAL. *3º Ofício da Família*, Código F-3, Testamento, Nome: José da Costa Carvalho, Data: 15/09/1860, Caixa: 07, Doc: 325.

COELHO, Henrique. *Joaquim Nabuco*: esboço biographico. São Paulo: Monteiro Lobato Editores, 1922.

CRUZ, Ricardo Alexandre da. *Negros e educação*: as trajetórias e estratégias de dois professores da Faculdade de Direito de São Paulo nos séculos XIX e XX. 2009. 103 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pós-Graduação em Educação: História, Política, Sociedade, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

ESCRAVA para comprar. *A Lei*, São Paulo, anno III, n. 203, p. 3, 31 out. 1859. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=818666&pagfis=3. Acesso em: 5 fev. 2024.

ESCRAVO fugido. *Imprensa Academica*, São Paulo, anno I, n. 35, p. 4, 14 ago. 1864. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=385867&pagfis=124. Acesso em: 5 fev. 2024.

ESCRAVO para vender. *A Lei*, São Paulo, anno III, n. 219, p. 4, 2 jan. 1860. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=818666&pagfis=8. Acesso em: 5 fev. 2024.

ESCRAVOS fugidos. *A Lei*, São Paulo, anno III, n. 253, p. 4, 21 maio 1860. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=818666&pagfis=48. Acesso em: 5 fev. 2024.

FEITO HISTÓRICO: Antonella Galindo é a primeira mulher trans a atuar na direção da FDR. *Consultor Jurídico*, 23 fev. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-fev-23/antonella-galindo-primeira-mulher-trans-direcao-fdr/. Acesso em: 23 mar. 2023.

FERNANDO. *Imprensa Academica*, São Paulo, anno I, n. 19, 19 jun. 1864. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=385867&pagfis=72. Acesso em: 5 fev. 2024.

FINLEY, Moses I. *Escravidão antiga e ideologia moderna*. Tradução Norberto Luiz Guarinello. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos*: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. 15. ed. rev. São Paulo: Global, 2004.

GUIMARÃES, Bernardo. *Rosaura, a enjeitada*. São Paulo: Saraiva, 19—. (Coleção Saraiva, 268).

IANNI, Octavio. *As metamorfoses do escravo*. 2. ed. São Paulo: Hucitec; Curitiba: Scientia et Labor, 1988.

KIRKENDALL, Andrew J. *Class Mates*: Male Student Culture and the Making of a Political Class in Nineteenth-Century Brazil. Lincoln: University of Nebraska Press, 2002.

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Tradução Bernardo Leitão, Irene Ferreira e Suzana Ferreira Borges. 7. ed. rev. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

LIMA, Hermes. *Tobias Barreto*: a época e o homem. São Paulo: Linografica, 1963.

LOBO, Pelágio A. *Velhas figuras de São Paulo*. São Paulo: Academia Paulista de Letras, 1977.

LUIZ GAMA GANHA nome em sala na USP por sua luta pela libertação de escravos. *OAB São Paulo*, 5 dez. 2017. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/noticias/2017/12/luiz-gama-ganha-nome-em-sala-na-usp-por-sua-luta-pela-libertacao-de-escravos.12127. Acesso em: 8 mar. 2020.

MAGALHÃES, Couto (director). *Album Imperial*, São Paulo, anno III, n. 2, 1908.

MAIA, Julio Joaquim Gonçalves. Lista geral dos bachareis e doutores formados pela Faculdade de Direito de S. Paulo e dos lentes e directores effectivos até 1900. Organisada pelo bacharel Julio Joaquim Gonçalves Maia subsecretario da mesma Faculdade. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 8, p. 208-291, 1900.

MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti. *Africanos livres*: a abolição do tráfico de escravos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MARTINS, Ana Luiza; BARBUY, Heloisa Maria Silveira. *Arcadas*: história da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1999.

MARTINS, Henrique. *Lista geral dos bachareis e doutores que têm obtido o respectivo gráu na Faculdade de Direito do Recife*: desde sua fundação em Olinda, no anno de 1828, até o anno de 1931. 2. ed. Recife: Typographia Diario da Manhã, 1931. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/34979. Acesso em: 3 mar. 2020.

MUSEU PAULISTA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *José Rubino de Oliveira*. [*S.d.*]. Disponível em: http://acervo.mp.usp.br/Storage/EspacoDomestico/MPACERVO_ICONO//1-16849-0000-0000-01_880x0.jpg. Acesso em: 5 fev. 2024.

NASCIMENTO, Jaime; GAMA, Hugo (orgs.). *Manuel R. Querino*: seus artigos na Revista do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Salvador: Instituto Geográfico e Histórico da Bahia, 2009.

NESTOR, Odilon. *Faculdade de Direito do Recife*: traços de sua história. Recife: Imprensa Industrial, 1930.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. Lisboa: Typ. "A Editora", 1912. v. 9.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. Lisboa: Typ. "A Editora", 1910. v. 8.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. Lisboa: Typ. "A Editora", 1909a. v. 6.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. Lisboa: Typ. "A Editora", 1909b. v. 7.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. Lisboa: Typ. "A Editora", 1908a. v. 5.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. Lisboa: Typ. "A Editora", 1908b. v. 4.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. Lisboa: Typ. "A Editora", 1908c. v. 3.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. Lisboa: Typ. "A Editora", 1907a. v. 2.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscencias, estudantes, estudantões, estudantadas. São Paulo: Typographia Vanorden & Company, 1907b. v. 1.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *Great Attraction!* – Reminiscencias e tradições da Academia de São Paulo – Estudantes, Estudantões e Estudantadas (em 1863). *Correio Paulistano*, São Paulo, n. 15.324, p. 1-2, 16 abr. 1906a.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *Great Attraction!* – Reminiscencias e tradições da Academia de São Paulo – Estudantes, estudantões e estudantadas (em 1872). *Correio Paulistano*, São Paulo, n. 15.349, p. 1-2, 14 maio 1906b.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *Great Attraction!* – Reminiscencias e tradições da Academia de São Paulo – Estudantes, estudantões e estudantadas (em 1869). *Correio Paulistano*, São Paulo, n. 15.318, p. 1-2, 9 abr. 1906c.

OAB CONFERE título de advogado a Luiz Gama. *OAB São Paulo*, 2 dez. 2015. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/noticias/2015/12/oab-confere-titulo-de-advogado-a-luiz-gama.10536. Acesso em: 8 mar. 2020.

OLIVEIRA, Graziela de. *Estudantes negros no ensino superior do Brasil no século XIX* [recurso eletrônico]. São Leopoldo: Unisinos, 2018.

OLIVEIRA, Sílvio Roberto dos Santos. *Gamacopeia*: ficções sobre o poeta Luiz Gama. 2004. 255 f. Tese (Doutorado em Teoria e História Literária) – Programa de Pós-Graduação do Instituto de Linguagem, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. Disponível em: https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/312757. Acesso em: 11 jan. 2024.

PEREIRA, Nilo. *Faculdade de Direito do Recife (1927-1977)*: ensaio biográfico. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Editora Universitária, 1977. v. 1.

PESSO, Ariel Engel. *Escravidão no Brasil Império*: a fundamentação teórica nas faculdades de Direito do século XIX. São Paulo: Almedina, 2023.

PESSO, Ariel Engel. Análise crítica da bibliografia memorialística sobre o ensino jurídico no período imperial (1827-1889): as "Tradições e Reminiscências" de Almeida Nogueira. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 182, n. 486, p. 137-162, maio/ago. 2021.

PESSO, Ariel Engel; ABDOUCH, Rafael Parisi. Ensino do direito. *In*: AIDAR, Bruno; SLEMIAN, Andréa; LOPES, José Reinaldo de Lima (orgs.). *Dicionário histórico de conceitos jurídico-econômicos*: (Brasil, séculos XVIII-XIX). São Paulo: Alameda, 2020. v. 1. p. 351-378.

POMPEIA, Raul. *Gazeta de Notícias*, Rio de Janeiro, anno X, n. 237, p. 1, 24 ago. 1884.

PRECISA-SE de um criado para o serviço de um estudante em Olinda; a pessoa que se quiser engajar para este fim dirija-se a esta typografia que se lhe dirá quem é o pretendente. *Diario Novo*, Recife, anno IV,

n. 2, p. 4, 3 jan. 1845. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=709867&pagfis=2456. Acesso em: 5 fev. 2024.

PRECIZA-SE de huma ama para caza de hum Estudante de Curso Juridico em Olinda, quem lhe cuide da casa, roupa e cosinha: a que se prestar a este serviço dirija-se a Typografia d'este Diario, aonde sabera' quem a pertende. *Diario de Pernambuco*, Recife, n. 293, p. 1179, 19 jan. 1830. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=029033_01&pagfis=1762. Acesso em: 5 fev. 2024.

PROVINCIAS. *Jornal da Tarde*, São Paulo, anno III, n. 223, p. 1-2, 25 jun. 1881. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/713120/3742. Acesso em: 5 fev. 2024.

PUJOL, Alfredo. Mocidade e poesia. *Correio Paulistano*, São Paulo, n. 15.503, p. 2, 15 out. 1906.

QUEM FOI Luiz Gama. *Instituto Luiz Gama*, [*s.d.*]. Disponível em: http://institutoluizgama.org.br/l/index.php/luiz-gama. Acesso em: 11 jan. 2024.

REZENDE, Francisco de Paula Ferreira de. *Minhas recordações*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1944.

SCHMIDT, Afonso. *O passadiço*. São Paulo: Clube do Livro, 1967.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos; LAURIANO, Jaime. *Enciclopédia negra*: biografias afro-brasileiras. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

TYPOS de São Paulo Antigo. *O Pirralho*, São Paulo, p. 38, 25 jan. 1913. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=213101&pagfis=1660. Acesso em: 5 fev. 2024.

USP CONCEDE título de doutor "honoris causa" póstumo a Luiz Gama. *Jornal da USP*, 29 jun. 2021. Disponível em: https://jornal.usp.br/?p=429979. Acesso em: 6 out. 2021.

VAMPRÉ, Spencer. *Memórias para a história da Academia de São Paulo*. 2. ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977 [1924]. v. 2.

VEIGA, Gláucio. *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Artegrafi Ltda., 1997. v. 8.

VEIGA, Gláucio. *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Artegrafi Ltda., 1993. v. 7.

VEIGA, Gláucio. *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. [*S.l.*]: [*s.n.*], 1989[?]. v. 6.

VEIGA, Gláucio. *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Gráfica e Editora do Nordeste Ltda., 1988. v. 5.

VEIGA, Gláucio. *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Editora UFPE, 1984. v. 4.

VEIGA, Gláucio. *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Editora UFPE, 1982. v. 3.

VEIGA, Gláucio. *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Editora UFPE, 1981. v. 2.

VEIGA, Gláucio. *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Editora UFPE, 1980. v. 1.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

WISSENBACH, Maria Cristina Cortez. *Sonhos africanos, vivências ladinas*: escravos e forros em São Paulo (1850-1880). São Paulo: Hucitec, 1998.

YOKAICHIYA, Cristina Emy. Nas entrelinhas dos relatos históricos. Reflexos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco no processo pela libertação dos escravos em São Paulo. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 103, p. 689-708, 1º jan. 2008. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67825. Acesso em: 8 mar. 2020.

Ariel Engel Pesso

Bacharel, mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Bacharel e licenciado em Letras pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Foi *Visiting Researcher* na Harvard University e no Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory.

ariel.epesso@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 11.03.2023
Aprovado: 10.08.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202408

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)

1 Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-0503-6446

2 Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-8304-2390

O Ministério Público Federal: de defensor de direitos a combatente da corrupção (1988-2018)

THE BRAZILIAN FEDERAL PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE: FROM DEFENDER OF RIGHTS TO ANTICORRUPTION FIGHTER (1988-2018)

EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL: DE DEFENSOR DE DERECHOS A COMBATIENTE DE LA CORRUPCIÓN (1988-2018)

Fábio Kerche[1] e *Rafael Rodrigues Viegas*[2]

Resumo
Este artigo trata da mudança institucional do Ministério Público Federal (MPF) de instituição defensora de direitos para combatente da corrupção. Têm-se dois objetivos: o primeiro é empírico: demonstrar que os constituintes não tinham a corrupção como uma preocupação relevante, mas que, a despeito disso, a atuação do MPF priorizou o combate à corrupção nos anos 2000 em detrimento de outras atribuições igualmente relevantes. O segundo objetivo é analítico: analisar e discutir as mudanças institucionais incrementais depois de 2003 que explicam o MPF como combatente da corrupção. Para tanto, realiza-se análise de conteúdo de documentos oficiais da Assembleia Nacional Constituinte, dos resultados de dois *surveys* com membros do MPF, aplicados em 1996 e em 2016, e dos dados das atividades extrajudicial e judicial do MPF entre 2012 e 2018. Conclui-se que uma combinação de fatores exógenos e endógenos facilitou a mudança institucional, no entanto, existe um modelo institucional que permite mais autonomia e discricionariedade, que, em determinado contexto, pode ser utilizado, por exemplo, contra o sistema político.

Palavras-chave
Institucionalismo histórico; incrementalismo; Ministério Público Federal; *accountability*; discricionariedade.

Abstract
This article deals with the institutional change of the Brazilian Federal Public Prosecutor's Office (MPF) from a rights-defending institution to an anticorruption fighter. It has two goals: the first one is empirical: to demonstrate that the constituents did not have corruption as a relevant concern, but that, despite this, the action of the MPF prioritized the fight against corruption in the 2000s over other equally relevant attributions. The second goal is analytical: to analyze and discuss the incremental institutional changes after 2003 that explain the MPF as a corruption fighter. To this end, the content of official documents of the National Constituent Assembly, the results of two surveys with members of the MPF, applied in 1996 and 2016, and data from the extrajudicial and judicial activities of the MPF between 2012 and 2018 are analyzed. We conclude that a combination of exogenous and endogenous factors facilitated institutional change, however there is an institutional model that allows more autonomy and discretion, which, in a given context, can be used, for example, against the political system.

Keywords
Historical institutionalism; change; incrementalism; Brazilian Public Prosecutor's Office; accountability; discretion.

Contribuição de autoria

Fábio Kerche
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Rafael Rodrigues Viegas
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
KERCHE, Fábio; VIEGAS, Rafael Rodrigues. O Ministério Público Federal: de defensor de direitos a combatente da corrupção (1988--2018). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2408, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202408

Resumen
Este artículo trata sobre el cambio institucional del Ministerio Público Federal (MPF) de una institución defensora de derechos a un luchador contra la corrupción. Tiene dos objetivos: el primero es empírico: demostrar que los constituyentes no tenían la corrupción como una preocupación relevante, sino que, a pesar de esto, el trabajo del MPF priorizó la lucha contra la corrupción en la década de 2000 sobre otras atribuciones igualmente relevantes. El segundo es analítico: analizar y discutir los cambios institucionales incrementales después de 2003 que explican al MPF como un luchador contra la corrupción. Para eso, se realiza el análisis de los documentos oficiales de la Asamblea Nacional Constituyente, de los resultados de dos encuestas con miembros del MPF, aplicadas en 1996 y 2016, y de los datos sobre las actividades extrajudiciales y judiciales del MPF entre 2012 y 2018. Se concluye que una combinación de factores exógenos y endógenos facilitó el cambio institucional, sin embargo, existe un modelo institucional que permite más autonomía y discreción, que, en un contexto dado, puede ser utilizado, por ejemplo, contra el sistema político.

Palabras clave
Institucionalismo histórico; incrementalismo; Fiscal; accountability; discreción.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é um marco significativo para o Ministério Público (MP), a ponto de se justificar a adjetivação de "novo" ao MP que se formou. Foi a combinação de autonomia, instrumentos de poder e constitucionalização de direitos que transformou os promotores em atores políticos relevantes desde a promulgação da CF/88. Instrumentos de ação, como a ação civil pública, o inquérito civil, a ação penal pública, entre outros, sem autonomia diante dos interesses mais conjunturais de políticos e partidos, manteriam o MP como um órgão do Poder Executivo que exerce suas atividades sob a orientação dos políticos. Instrumentos legais sem autonomia relegariam os promotores a um papel burocrático e mais secundarizado do ponto de vista político.

Durante os anos 1990, os MPs, especialmente os de alguns estados, foram fundamentais para a construção do padrão de "inclusão pela via dos direitos" exercido pelo sistema de justiça como um todo (Marona; Barbosa, 2018). Promotores espalhados pelo país judicializavam, em especial pela via da ação civil pública, o que entendiam ser desrespeito aos direitos e às políticas públicas previstos na Constituição, confrontando governantes e buscando limitar a discricionariedade daqueles que receberam mandatos por meio de eleições. O MP, embora com diferenças no grau de ativismo entre estados e, inclusive, entre promotores da mesma estrutura, exercia suas atribuições de buscar assegurar a observância de direitos e políticas públicas como planejado pelos constituintes.

A partir dos anos 2000, contudo, esse padrão de atuação começa a mudar. No lugar da defesa de direitos e de políticas públicas, o "padrão *accountability*" ganha força no MP (Marona; Barbosa, 2018). O MPF e o Poder Judiciário passaram a se ocupar do combate à corrupção de forma crescente, atraindo expressivo interesse da imprensa e grande visibilidade na opinião pública. O MP, em especial o Federal, passou a ser reconhecido, após 2003, mais pelo seu papel de combate à corrupção do que pela sua atuação como defensor de direitos coletivos e de políticas públicas. Perdeu espaço o processo contra o fechamento de uma escola decidida por um prefeito, e entraram os grandes escândalos de corrupção, como o Mensalão e a Lava Jato.

Este artigo tem dois objetivos. O primeiro, de caráter empírico, é demonstrar que os constituintes não tinham a corrupção como uma preocupação relevante, mas que, a despeito disso, a atuação do MP, em especial o Federal, passa a priorizar o combate à corrupção nos anos 2000, renunciando em parte suas outras atribuições igualmente relevantes. O segundo objetivo é analítico: discutir as mudanças institucionais incrementais surgidas após 2003 e explicar a mudança do Ministério Público Federal (MPF) em um combatente da corrupção.

Entre os principais resultados, são reforçadas as afirmações teóricas de que a combinação de fatores exógenos e endógenos facilita mudanças institucionais. Todavia, salientamos que existe um modelo institucional que pode permitir mais autonomia e discricionariedade, que, em determinado contexto, podem ser utilizadas, por exemplo, contra o sistema político. Essas são as nossas principais contribuições para a literatura sobre o assunto.

O artigo está dividido do seguinte modo: esta introdução é seguida dos aspectos teóricos e metodológicos; na sequência, os resultados são apresentados em duas seções e, depois, discutidos; por fim, são apresentadas as conclusões.

1. Aspectos teóricos

A CF/88 é um marco da passagem do período autoritário inaugurado pelo Golpe Militar de 1964 para a democracia da "Nova República". A Carta Constitucional, a terceira mais longa em número de palavras em perspectiva comparada (Mariani; Almeida, 2016), não se restringiu à tradicional previsão dos "princípios fundamentais", que é a característica das constituições de outras democracias (Arantes; Couto, 2006).

Os constituintes brasileiros de 1987-1988 incluíram, além desses princípios tradicionais, diversas políticas públicas e direitos sociais e coletivos em seus artigos, constitucionalizando temas que geralmente são deixados para a discricionariedade dos políticos. Uma das possíveis explicações do porquê dessa opção pode ser creditada às incertezas quanto ao futuro do país e da democracia que estava sendo construída.

Transformar políticas públicas e direitos coletivos em matéria constitucional, diminuindo a discricionariedade dos governos e dos legisladores, funcionaria como uma "apólice de seguro" (Dixon; Ginsburg, 2017) para buscar minimizar eventuais revezes nas administrações futuras. Porém, na tentativa de constranger futuros governos, isso poderia não ser suficiente, ainda mais diante de uma sociedade hipossuficiente, incapaz de defender seus direitos por conta própria (Arantes, 2002).

A lei, por si só, não tem capacidade de moldar e tornar previsível o comportamento dos políticos quando não está acompanhada de outros instrumentos institucionais. Uma medida complementar, mantendo a lógica de que governos futuros devem ter sua discricionariedade limitada, foi a previsão de um órgão estatal autônomo em relação aos políticos, protegido de alternâncias político-partidárias, que se responsabilizasse pelo acompanhamento da implementação desses direitos e dessas políticas previstos na Constituição.

O novo MP definido pelos constituintes, com autonomia em relação às mudanças de governo e formalmente protegido das ingerências político-partidárias, foi desenhado para aumentar as chances e assegurar maior previsibilidade de que as políticas públicas e os direitos coletivos previstos na nova Constituição fossem observados. Se as eleições e a alternância de poder levam imprevisibilidade, o que é inerente à democracia (Przeworski, 1984), o MP seria uma das organizações que asseguraria algum grau de previsibilidade.

No lugar de se criar uma estrutura, os constituintes adaptaram um órgão já existente. Os MPs dos estados e o Federal mantiveram o nome e a clássica função do monopólio da ação penal pública. Para além disso, viram reforçada a atribuição de ser o principal ator autorizado a utilizar a recém-criada ação civil pública e a deter o monopólio do inquérito civil, justamente os principais instrumentos para a defesa pela via judicial das políticas públicas e dos

direitos coletivos previstos na CF/88 (Cambi; Vasconcelos, 2016; Rothenburg, 2021; Viegas *et al.*, 2022).

O papel de defensor dos interesses do Governo Federal, que exige lações de subordinação com o Poder Executivo, antes atribuição do MPF, ficou sob responsabilidade da Advocacia-Geral da União, formada, inicialmente, por procuradores federais que escolhessem fazer parte dessa nova e adaptada estrutura.

O MP desligado da subordinação do governo e defensor dos direitos e das políticas públicas previstos na CF/88 é uma das maiores – senão a maior – inovações organizacionais da nova institucionalidade criada na CF/88. O órgão, que era ligado ao Poder Executivo, como é comum às agências responsáveis pela ação penal pública nas democracias (Kerche, 2018), tornou-se independente de todos os Poderes de Estado, diminuindo as chances de interferência político-partidária.

A Constituição que pontuou a passagem da ditadura para a democracia no Brasil é, portanto, um marco para o MP e um ponto de partida para se entender como os promotores e os procuradores tornaram-se atores políticos tão relevantes, extrapolando seu papel jurídico *stricto sensu*. A constituinte foi para o MP uma "conjuntura crítica" (*critical juncture*) (Pierson, 2000), em que eventos e decisões tomados no passado, geralmente concentrados em um período relativamente curto, têm impacto nos resultados posteriores (Capoccia, 2016).

Essa interpretação, entretanto, não é unânime. Arantes (2002) entende que a nova Constituição foi mais um avanço do MP em uma estratégia de "dois passos para a frente e nenhum para trás" que se inicia ainda no período autoritário. Isso porque a ação civil pública se transformou em lei ainda em 1985. O autor não considera fundamental em seu seminal trabalho, contudo, que o que podia ser judicializado pela ação civil pública durante a ditadura militar é consideravelmente ampliado pela CF/88 (Kerche, 2009; Rodrigues; Oliveira, 2022). Além disso, quando se observa o quadro de maneira mais ampla, a ação civil pública, assim como o inquérito civil, ganha maior relevância e singularidade porque passa a ser utilizada por promotores independentes dos governos.

Um promotor processar uma fábrica poluente seguindo as orientações do governo de plantão é condizente com o papel de *enforcement* da lei atribuída ao Poder Executivo, o modelo mais comum em perspectiva comparada. A novidade da CF/88 é que a decisão de processar ou não é tomada por um ator que não responde, formalmente, aos políticos e, no limite, à própria sociedade. Essa independência em relação aos políticos, em que promotores com ampla autonomia e instrumentos de ação podem atuar com enorme liberdade, é a inovação que impacta a atuação do MP e a política brasileira. A ocorrência de mudanças não incrementais em uma situação de conjuntura crítica não significa que não se guarde um elemento histórico na nova configuração ou que seja uma total ruptura com o passado (North, 1990; Capoccia, 2016).

Ademais, a literatura institucionalista salienta que uma combinação de fatores exógenos e endógenos facilita mudanças institucionais (Mahoney; Thelen, 2010). Essa mesma literatura

aduz que há diferentes tipos de mudança institucional endógena: *displacement*, quando novas regras substituem as velhas; *layering*, a introdução de novas regras a par ou ao lado das regras existentes; *drift*, mudanças de regras que se tornam obsoletas devido a mudanças no contexto que envolve a instituição; e *conversion*, a alteração de regras existentes em razão de uma redefinição estratégica de sua aplicação (Mahoney; Thelen, 2010). A probabilidade de ocorrência desses tipos específicos de mudança depende dos atributos das regras institucionais vigentes e do contexto político.

Nosso ponto é: existe um modelo institucional de MP que permite mais autonomia e discricionariedade? Se a resposta for positiva, devemos lidar também com a questão de que os agentes que integram essa instituição fazem escolhas, o que em certos contextos e conjunturas críticas tornam-se mais relevantes e evidentes, como se observou no caso dos membros do MP na Assembleia Nacional Constituinte e na esteira da agenda anticorrupção na última década (Kerche, 2009; Marona; Kerche, 2021; Viegas, 2023).

Se a matriz institucional favorece mais autonomia e discricionariedade, mudanças em certas práticas, inclusive a conformação de uma agenda anticorrupção, podem ser mais bem entendidas se também for considerada a análise da ação dos agentes eventualmente organizados e, sobretudo, situados historicamente. Considerar a combinação de fatores exógenos e endógenos e como os agentes fazem escolhas é importante para entender como um modelo institucional que favorece autonomia e discricionariedade pode ser utilizado em determinado contexto para mudanças com efeitos sobre a democracia e o funcionamento do Estado.

2. Métodos e fontes de dados

A metodologia empregada neste artigo é predominantemente qualitativa. Na análise de conteúdo de documentos realizada nas duas seções deste artigo, orientando-nos a teoria e as perguntas de pesquisa, valemo-nos da combinação de dois tipos procedimentos específicos: redução e estruturação (Viegas; Loureiro; Abrucio, 2022). Diante de enorme quantidade de documentos (atas das comissões e relatórios), realizamos a redução do material, preservando o conteúdo essencial. Em seguida, filtramos aspectos específicos e fizemos cortes para avaliar o material e formular a codificação. O resultado da avaliação e da codificação encontra-se em quadros, que sintetizam o conteúdo e possibilitam a comparação das propostas que tramitaram nas subcomissões e comissões da Assembleia Constituinte ao texto que foi aprovado e promulgado.

Na seção 3.1, realizamos a análise de conteúdo das atas das comissões instaladas para discussão sobre o MP na Assembleia Nacional Constituinte, o que previamente havia sido organizado e analisado por Kerche (2009). O material é de domínio público e encontra-se disponível no *site* do Senado. Nesse material, buscamos identificar como a instituição apareceu nos debates dos constituintes em cada uma das etapas da Assembleia Nacional Constituinte e as transformações das propostas que se seguiram até o desenho final previsto na CF/88.

Na seção 3.2, comparamos os resultados dos *surveys* desenvolvidos por Sadek (1996) e Lemgruber *et al*. (2016), que mapearam o perfil dos membros do MP, incluindo a autopercepção deles em relação às atividades que desenvolvem. Como entre esses dois estudos há considerável lapso temporal, 20 anos, ambos os ensaios representam, aqui, um indicador das prioridades dos membros do MP e sobre como isso se alterou ao longo do tempo. Na mesma seção, analisamos os resultados da atuação prática dos integrantes do MPF. Partimos da análise realizada por Sampaio e Viegas (2019) a respeito da atuação extrajudicial do MP entre 2015 e 2017; ampliamos o período, entre 2012 e 2018, e analisamos também dados sobre a atuação judicial do MPF de 2016 a 2018.

Em relação à atuação extrajudicial e judicial, o banco de dados foi organizado com base nas informações fornecidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nos relatórios anuais das atividades. Os dados do CNMP sobre atuação em improbidade administrativa e patrimônio público foram por nós agregados, seguindo a sugestão de Sampaio e Viegas (2019). Então, foi utilizada a estatística descritiva para analisar e gerar representações gráficas (frequência) (Patton, 2015), possibilitando a comparação do combate à corrupção a outras áreas de atuação do MPF no mesmo período.

3. Resultados

3.1. A Assembleia Constituinte de 1987-1988 e o novo MP

Foram 583 dias de trabalho na Assembleia Constituinte para se chegar à nova Constituição, "o mais longo processo constituinte que se tem notícia" (Rocha, 2013, p. 69). A Assembleia era composta por 559 parlamentares constituintes, entre senadores e deputados, distribuídos por 13 partidos políticos e sem ter um projeto inicial para balizar os debates. A Comissão de Sistematização era encarregada de agrupar e redigir a proposta levada ao Plenário, a partir dos trabalhos de 24 subcomissões que se agrupavam em torno de oito comissões temáticas (Guram, 1988).

De um ponto de vista do posicionamento político dos constituintes, havia uma preponderância de parlamentares "progressistas". Isso se refletia no controle da maior parte das relatorias das subcomissões e comissões, posições consideradas centrais no processo (Praça; Noronha, 2012). O descontentamento dos parlamentares mais "conservadores" na Assembleia Constituinte ante essa predominância dos constituintes progressistas, que controlavam inclusive a Comissão de Sistematização, gerou uma mudança significativa nas regras do jogo em janeiro de 1988.

O grupo conservador que agrupava parlamentares mais à direita no espectro político, conhecido como "Centrão", conseguiu diminuir o peso da Comissão de Sistematização, mudando as regras do processo constituinte. Essa mudança permitiu que fosse apresentado pelo Centrão um projeto alternativo ao da Comissão de Sistematização para a votação no

Plenário, o que também aumentou a possibilidade de se apresentar emendas. Com o novo Regimento Interno criado a partir do Centrão, "foi possível levar todos os dispositivos elaborados nas comissões, sob maior influência dos progressistas, para nova votação em plenário" (Praça; Noronha, 2012, p. 132). Tudo isso diminui o peso do relator da Comissão de Sistematização (Coelho, 1999), embora haja certo consenso de que a Constituição poderia ser ainda mais progressista caso não houvesse a reação dos conservadores. Entretanto, não resultou em efeitos substantivos, porque

> em apenas 32% dos casos a palavra final foi do plenário, seja inovando, seja dando redação definitiva a dispositivos criados em fases anteriores. Há ainda 4% de dispositivos "recuperados das comissões". São casos em que a Comissão de Sistematização excluiu ou modificou dispositivos oriundos das comissões, porém suas redações originais foram restabelecidas em plenário (Praça; Noronha, 2012, p. 135).

O novo MP confirma esses achados, embora uma das mudanças advindas com o Centrão, a forma de indicação do procurador-geral da República, tenha tido importância decisiva sobre o combate à corrupção reforçado nos anos 2000. O projeto defendido especialmente pelos promotores pode ser considerado vitorioso. Das solicitações sugeridas pelo *lobby* da organização, o MP conseguiu autonomia, discricionariedade em relação às matérias cíveis e diversos instrumentos de poder (ação civil pública, inquérito civil, ação penal pública, etc.). Embora com variações de redação, todos esses pontos já estavam previstos desde 1987 ainda na Subcomissão do Poder Judiciário e do MP.

A não subordinação do MP ao Poder Executivo, modelo que rompeu com o que vigorou durante toda a República, foi inicialmente prevista pelos constituintes como um capítulo da Constituição e, em um segundo momento, como seção de um capítulo. Na essência, contudo, o que foi decidido desde o início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte é que o MP não seria subordinado ao governo.

Fenômeno semelhante se deu em relação ao inquérito civil e à ação civil pública. Mesmo com variações na redação, em todos os projetos que tramitaram ao longo da Assembleia Nacional Constituinte havia a previsão de que os instrumentos serviriam principalmente para zelar pelo patrimônio público e social, pelo meio ambiente e pelos interesses difusos e coletivos, como pode ser observado no Quadro 1. As derrotas encontradas pelo *lobby* do MP foram a menor discricionariedade em relação à ação penal, a não autorização para a condução do inquérito criminal independentemente da Polícia e a indicação do procurador-geral não prever a lista tríplice votada pelos próprios procuradores federais, esta sim uma mudança de posição surgida após a mudança do Regimento Interno promovida pelo Centrão.

Cabe ressaltar que os integrantes do MP não foram autorizados a conduzir investigação criminal pela Assembleia Nacional Constituinte. Os promotores, ao receberem o inquérito policial, podem requerer o arquivamento ou oferecer denúncia para dar início à ação penal;

de todo modo, é obrigatório o controle pelo Judiciário. Esse princípio da legalidade é diferente do adotado em outros modelos de promotorias. Em diferentes democracias, o promotor pode escolher quais casos devem ser julgados pelo juiz, funcionando como *gatekeeper* do sistema. Esse modelo regido pelo princípio da oportunidade assegura maior discricionariedade aos encarregados da ação penal. Como veremos adiante, todos esses aspectos foram revertidos a partir de 2003.

QUADRO 1 – **AÇÃO CIVIL PÚBLICA E INQUÉRITO CIVIL NOS PROJETOS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – JUN. 1987	"PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NOS TERMOS DA LEI, PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL, DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS, NOTADAMENTE OS RELACIONADOS COM O MEIO AMBIENTE E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS E DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE GERAL OU PARA COIBIR ABUSO DA AUTORIDADE OU DO PODER ECONÔMICO." "PARA O DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES, PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOVER OU REQUISITAR À AUTORIDADE COMPETENTE A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS NECESSÁRIOS ÀS AÇÕES PÚBLICAS QUE LHE INCUMBEM, PODENDO AVOCÁ-LOS PARA SUPRIR OMISSÕES, OU QUANDO DESTINADAS À APURAÇÃO DE ABUSO DE AUTORIDADE, ALÉM DE OUTROS CASOS QUE A LEI ESPECIFICAR."
COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – JUL. 1987	"PROMOVER AÇÃO CIVIL PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL, DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS, NOTADAMENTE OS RELACIONADOS COM O MEIO AMBIENTE INCLUSIVE O DO TRABALHO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS E DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE GERAL OU PARA COIBIR ABUSO DA AUTORIDADE OU DO PODER ECONÔMICO." "PARA O DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES, PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOVER OU REQUISITAR À AUTORIDADE COMPETENTE A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS NECESSÁRIOS ÀS AÇÕES PÚBLICAS QUE LHE INCUMBEM, PODENDO AVOCÁ-LOS PARA SUPRIR OMISSÕES, OU QUANDO DESTINADAS À APURAÇÃO DE ABUSO DE AUTORIDADE, ALÉM DE OUTROS CASOS QUE A LEI ESPECIFICAR."
COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – AGO. 1987	"PROMOVER AÇÃO CIVIL PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL, DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS, NOTADAMENTE OS RELACIONADOS COM O MEIO AMBIENTE INCLUSIVE O DO TRABALHO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS E DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE GERAL OU PARA COIBIR ABUSO DA AUTORIDADE OU DO PODER ECONÔMICO." "REQUISITAR A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL, DETERMINAR DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS, PODENDO SUPERVISIONAR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E PROMOVER INQUÉRITO CIVIL."

(continua)

COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – SET. 1987	"ZELAR PELO EFETIVO RESPEITO DOS PODERES PÚBLICOS E DOS SERVIÇOS SOCIAIS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA AOS DIREITOS ASSEGURADOS NESTA CONSTITUIÇÃO, APURANDO ABUSOS E OMISSÕES DE QUALQUER AUTORIDADE E PROMOVENDO AS MEDIDAS NECESSÁRIAS À SUA CORREÇÃO E PUNIÇÃO DOS RESPONSÁVEIS." "PROMOVER O INQUÉRITO CIVIL E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL, DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS, NOTADAMENTE OS RELACIONADOS COM O MEIO AMBIENTE, INCLUSIVE O DO TRABALHO, E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS E DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE GERAL OU PARA COIBIR ABUSO DA AUTORIDADE OU DO PODER ECONÔMICO."
COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – NOV. 1987	"ZELAR PELO EFETIVO RESPEITO DOS PODERES PÚBLICOS E DOS SERVIÇOS SOCIAIS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA AOS DIREITOS ASSEGURADOS NESTA CONSTITUIÇÃO, APURANDO ABUSOS E OMISSÕES DE QUALQUER AUTORIDADE E PROMOVENDO AS MEDIDAS NECESSÁRIAS À SUA CORREÇÃO E PUNIÇÃO DOS RESPONSÁVEIS." "PROMOVER O INQUÉRITO CIVIL E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL, DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS, NOTADAMENTE OS RELACIONADOS COM O MEIO AMBIENTE, O AMBIENTE DO TRABALHO, E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS E DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE GERAL OU PARA COIBIR ABUSO DA AUTORIDADE OU DO PODER ECONÔMICO."
PROJETO DO CENTRÃO	"ADOTAR AS MEDIDAS JUDICIAIS NECESSÁRIAS AO EFETIVO RESPEITO AOS DIREITOS ASSEGURADOS NESTA CONSTITUIÇÃO." "PROMOVER O INQUÉRITO CIVIL E A AÇÃO CIVIL PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO NA FORMA DA LEI."
PROJETO DE CONSTITUIÇÃO – JUL./SET. 1988 E CONSTITUIÇÃO	"ZELAR PELO EFETIVO RESPEITO DOS PODERES PÚBLICOS E DOS SERVIÇOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA AOS DIREITOS ASSEGURADOS NESTA CONSTITUIÇÃO, PROMOVENDO AS MEDIDAS NECESSÁRIAS A SUA GARANTIA." "PROMOVER O INQUÉRITO CIVIL E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL, DO MEIO AMBIENTE E DE OUTROS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS."

Fonte: Kerche (2009).

Acerca da ação penal e da discricionariedade dos promotores para matérias criminais, fica evidente, já a partir do projeto da Comissão de Sistematização, que a condução do inquérito penal é uma atribuição da Polícia, e não de promotores e procuradores. De acordo com o que foi decidido, os promotores somente podem solicitar informações ao responsável pelo inquérito e são obrigados a consultar um juiz mesmo quando convencidos da inocência do

acusado. Diferentemente da ação civil pública, o MP seria menos discricionário quando o assunto fosse matéria criminal, como pode ser observado no Quadro 2, a seguir.

QUADRO 2 – **ASPECTOS RELATIVOS À RELAÇÃO ENTRE O MP E A POLÍCIA NOS PROJETOS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES, COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – JUN./JUL. 1987	"REQUISITAR ATOS INVESTIGATÓRIOS E EXERCER A SUPERVISÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL." "REQUISITAR ATOS INVESTIGATÓRIOS CRIMINAIS, PODENDO ACOMPANHÁ-LOS E EFETUAR CORREIÇÃO NA POLÍCIA JUDICIÁRIA, SEM PREJUÍZO DA PERMANENTE CORREIÇÃO JUDICIAL." "A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL SERÁ COMUNICADA AO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA FORMA DA LEI." "PARA O DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES, PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOVER OU REQUISITAR À AUTORIDADE COMPETENTE A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS NECESSÁRIOS ÀS AÇÕES PÚBLICAS QUE LHE INCUMBEM, PODENDO AVOCÁ-LOS PARA SUPRIR OMISSÕES, OU QUANDO DESTINADAS À APURAÇÃO DE ABUSO DE AUTORIDADE, ALÉM DE OUTROS CASOS QUE A LEI ESPECIFICAR."
COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – AGO. 1987	"REQUISITAR A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL, DETERMINAR DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS, PODENDO SUPERVISIONAR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E PROMOVER INQUÉRITO CIVIL." "A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL SERÁ COMUNICADA AO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA FORMA DA LEI." "AS PROMOÇÕES E OS DESPACHOS DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO SERÃO SEMPRE FUNDAMENTADOS."
COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – SET./NOV. 1987	"AO MINISTÉRIO PÚBLICO COMPETE EXERCER CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL." "SERÃO SEMPRE FUNDAMENTADAS AS PROMOÇÕES E AS COTAS DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, INCLUSIVE PARA REQUISITAR DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS E INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL."
PROJETO DO CENTRÃO	"EXERCER CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL, NA FORMA DA LEI COMPLEMENTAR, MENCIONADO NO ARTIGO ANTERIOR" ("LEI COMPLEMENTAR ORGANIZARÁ O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DISPORÁ SOBRE O SEU FUNCIONAMENTO E COMPETÊNCIA E A DISCIPLINA, VANTAGENS, DIREITOS E DEVERES DE SEUS INTEGRANTES, INCLUSIVE A VITALICIEDADE, A INAMOVIBILIDADE E A IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS").

(continua)

	"SERÃO SEMPRE FUNDAMENTADAS QUAISQUER MANIFESTAÇÕES DOS ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, INCLUSIVE PARA REQUISITAR DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS OU INQUÉRITO POLICIAL."
PROJETO DE CONSTITUIÇÃO – JUL. 1988	"EXERCER O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL, NA FORMA DA LEI COMPLEMENTAR." "REQUISITAR DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS E DETERMINAR A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL, INDICADOS OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE SUAS MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS."
PROJETO DE CONSTITUIÇÃO – SET. 1988 E CONSTITUIÇÃO	"EXERCER O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL, NA FORMA DA LEI COMPLEMENTAR MENCIONADA NO ARTIGO ANTERIOR" ("LEIS COMPLEMENTARES DA UNIÃO E DOS ESTADOS, CUJA INICIATIVA É FACULTADA AOS RESPECTIVOS PROCURADORES-GERAIS, ESTABELECERÃO A ORGANIZAÇÃO, AS ATRIBUIÇÕES E O ESTATUTO DE CADA MINISTÉRIO PÚBLICO [...]"). "REQUISITAR DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS E A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL, INDICADOS OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE SUAS MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS."

Fonte: Kerche (2009).

A terceira derrota foi em relação à indicação do procurador-geral da República. Até a mudança do Regimento Interno forçada pelo Centrão, a previsão era assegurar que os próprios membros do MP da União formassem uma lista tríplice para a escolha do presidente e aprovação do Senado, semelhante à que foi aprovada para os procuradores-gerais de Justiça dos MPs dos estados. Pelo modelo final adotado na Constituição, como pode ser visto no Quadro 3, o chefe do Executivo tem liberdade para apontar um integrante do MP para aprovação do Senado, diminuindo a autonomia do procurador-geral diante do presidente e dos políticos.

QUADRO 3 – **INDICAÇÃO E DESTITUIÇÃO DOS PROCURADORES-GERAIS NOS PROJETOS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

COMISSÃO DE ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – JUN./JUL. 1987	"CADA MP ELEGERÁ O SEU PROCURADOR-GERAL, NA FORMA DA LEI, DENTRE OS INTEGRANTES DA CARREIRA, PARA MANDATO DE TRÊS ANOS, PERMITINDO-SE UMA RECONDUÇÃO**."** NÃO É PREVISTA A DESTITUIÇÃO.
COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – AGO. 1987	"CADA MINISTÉRIO PÚBLICO ELEGERÁ LISTA TRÍPLICE, NA FORMA DA LEI, PARA ESCOLHA DE SEU PROCURADOR-GERAL, DENTRE INTEGRANTES DA CARREIRA, PARA MANDATO DE DOIS ANOS, PERMITIDA UMA RECONDUÇÃO." "A EXONERAÇÃO DE OFÍCIO DE QUALQUER PROCURADOR-GERAL, ANTES DO TÉRMINO DE SEU MANDATO, DEPENDERÁ DE ANUÊNCIA PRÉVIA DE DOIS TERÇOS DO SENADO DA REPÚBLICA; NO CASO DE PROCURADOR-GERAL DE ESTADO, A ANUÊNCIA DEPENDERÁ DE DOIS TERÇOS DA RESPECTIVA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA."
COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO – SET./NOV. * 1987	"O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL FORMARÁ LISTA TRÍPLICE PARA ESCOLHA DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA E OS DEMAIS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ELEGERÃO SEU PROCURADOR-GERAL, EM QUALQUER CASO, DENTRE INTEGRANTES DA CARREIRA, PARA MANDATO DE DOIS ANOS, PERMITIDA UMA RECONDUÇÃO." "OS PROCURADORES-GERAIS PODERÃO SER DESTITUÍDOS POR DELIBERAÇÃO DE DOIS TERÇOS DO SENADO DA REPÚBLICA OU DAS ASSEMBLEIAS LEGISLATIVAS, CONFORME O CASO, POR ABUSO DE PODER OU GRAVE OMISSÃO DOS DEVERES DO CARGO, MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA MAIORIA DOS INTEGRANTES DAQUELAS CASAS, DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA OU DOS GOVERNADORES OU DO ÓRGÃO COLEGIADO COMPETENTE DO RESPECTIVO MINISTÉRIO PÚBLICO."
PROJETO DO CENTRÃO	"O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO TEM POR CHEFE O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, NOMEADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DENTRE CIDADÃOS MAIORES DE TRINTA E CINCO ANOS COM NOTÁVEL SABER JURÍDICO E REPUTAÇÃO ILIBADA, E INTEGRANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, APÓS APROVAÇÃO DE SEU NOME PELA MAIORIA ABSOLUTA DO SENADO FEDERAL, SERVINDO POR TEMPO CORRESPONDENTE AO MANDATO PRESIDENCIAL." "A EXONERAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA ANTES DO TEMPO MENCIONADO NESTE ARTIGO DEVERÁ SER PRECEDIDA DE AUTORIZAÇÃO DA MAIORIA DO SENADO FEDERAL." "O MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS TERÁ SEU PROCURADOR-GERAL NOMEADO PELO GOVERNADOR DO ESTADO, DENTRE INTEGRANTES DA CARREIRA, NA FORMA DA LEI ESTADUAL."

(continua)

PROJETO DE CONSTITUIÇÃO – JUL./SET. 1988 E CONSTITUIÇÃO	"O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO TEM POR CHEFE O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, NOMEADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DENTRE INTEGRANTES DA CARREIRA, MAIORES DE TRINTA E CINCO ANOS, APÓS A APROVAÇÃO DE SEU NOME PELA MAIORIA ABSOLUTA DOS MEMBROS DO SENADO FEDERAL, PARA MANDATO DE DOIS ANOS, PERMITIDA A RECONDUÇÃO." "A DESTITUIÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, POR INICIATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DEVERÁ SER PRECEDIDA DE AUTORIZAÇÃO DA MAIORIA ABSOLUTA DO SENADO FEDERAL." "OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E O DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS FORMARÃO LISTA TRÍPLICE DENTRE INTEGRANTES DA CARREIRA, NA FORMA DA LEI RESPECTIVA, PARA ESCOLHA DE SEU PROCURADOR-GERAL, QUE SERÁ NOMEADO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, PARA MANDATO DE DOIS ANOS, PERMITIDA UMA RECONDUÇÃO." "OS PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS E O DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS PODERÃO SER DESTITUÍDOS POR DELIBERAÇÃO DA MAIORIA ABSOLUTA DO PODER LEGISLATIVO, NA FORMA DA LEI RESPECTIVA."

* No projeto de novembro, modificou-se a redação: no lugar de "Assembleias Legislativas", "Governadores" e "Senado da República" encontram-se "Assembleia Legislativa", "Governador" e "Senado Federal".

Fonte: Kerche (2009).

Como esperado, todos os *lobbies* de órgãos públicos durante a constituinte demandaram mais autonomia e discricionariedade. O surpreendente seria o contrário. A pergunta relevante é por qual razão alguns conseguiram e outros não. Em relação ao MP, a resposta é porque os constituintes queriam, ante as incertezas, um defensor de direitos e políticas públicas distante dos interesses político-partidários conjunturais. A preocupação principal, naquele momento, não era o combate à corrupção.

O debate sobre corrupção, na verdade, foi marginal na Constituinte e a presença do tema beira a irrelevância. Considerando a frequência das palavras nas atas examinadas, na Subcomissão do Poder Judiciário e do MP, em que boa parte das inovações organizacionais foi decidida, a palavra "corrupção" foi proferida em apenas oito oportunidades. Mesmo nessas vezes, foi associada à corrupção no próprio Poder Judiciário ou em cartórios e não em relação a outros poderes e atores públicos.

A mesma situação ocorreu na busca pelas palavras "improbidade" e "roubalheira", ambas sem um registro na Subcomissão do Poder Judiciário e do MP. "Desvio" foi dita sete vezes pelos constituintes e seus convidados, mas sem se relacionar à corrupção. "Direito", por sua vez, foi utilizada 787 vezes, mas para se referir também à área de conhecimento, o "Direito".

Já "direitos", associada às liberdades civis, foi dita 189 vezes. Outra forma de identificarmos isso é por meio da análise qualitativa/quantitativa, construindo-se uma nuvem de palavras (Figura 1), em que é possível perceber a força do debate quanto a diversos temas, mas a inexistência da questão da "corrupção".

FIGURA 1 – **NUVEM DE PALAVRAS**



Fonte: Elaboração própria.

Em termos substanciais, ou seja, acerca do conteúdo, essa ausência do debate sobre corrupção se refletiu, por conseguinte, na própria Constituição. Novamente, considerando a frequência, "corrupção" aparece uma única vez no art. 14, que trata de cargos eletivos. A palavra "improbidade" aparece seis vezes, sendo quatro delas por emendas dos anos 2000. "Direitos", por sua vez, aparece entre a redação original e suas emendas 98 vezes; dessas 98, 77 têm relação com os direitos civis, coletivos e políticos. Na seção da Constituição destinada ao MP, as palavras "corrupção" e "improbidade" não aparecem. A palavra "direitos" aparece uma vez a respeito dos direitos que constam na Constituição e outra em relação aos indígenas.

3.2. O MP COMO AGÊNCIA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O MP ganha autonomia e discricionariedade na CF/88 para atuar como um defensor de direitos. Seus principais instrumentos de poder, como a ação civil pública, encaixam-se perfeitamente nessa missão que foi desenhada pelos constituintes. E foi esse o tipo de atuação que marcou a nova organização nos anos 1990, embora essa nunca tenha sido a prioridade

dos promotores e procuradores. Segundo *surveys* entre integrantes do MP, o "desejo sincero" da maioria era combater a corrupção.

Em 1996, 60% dos entrevistados, quando perguntados sobre suas prioridades, apontavam o combate à corrupção no topo da lista (Sadek, 1996). Vinte anos depois, deparados com pergunta semelhante, os integrantes do MP posicionaram-se no mesmo sentido: 62% dos entrevistados afirmaram que o combate à corrupção seria a grande prioridade, e a distância em relação a outros temas aumentou (Lemgruber *et al.*, 2016). Assuntos relativos aos direitos sociais e coletivos perderam espaço, como podemos notar ao analisar a Tabela 1.

A despeito da vontade do constituinte, o MP, em particular o Federal, conseguiu transformar as prioridades de seus integrantes identificadas nos *surveys* de 1996 e 2016 em uma política institucional mais ou menos organizada. No lugar de um órgão de defesa de direitos sociais e coletivos, assistimos à mudança paulatina do MPF em uma agência de *accountability*. Há uma diferença, contudo, de mais de duas décadas entre o desejo inicial dos integrantes do MP de transformar o combate à corrupção em prioridade e tornar isso efetivo, ao menos para o MPF. As razões disso serão discutidas na próxima seção.

Cabe agora demonstrar que associar o MPF ao combate à corrupção nos anos 2000 não é apenas uma impressão derivada da evidência que o assunto ganhou. Na verdade, há indicadores de que houve, ao menos até o início do Governo Bolsonaro (2019), uma substituição de prioridades, colocando o combate à corrupção no principal foco dos procuradores federais.

TABELA 1 – **PRIORIDADES DECLARADAS DOS INTEGRANTES DO MP**

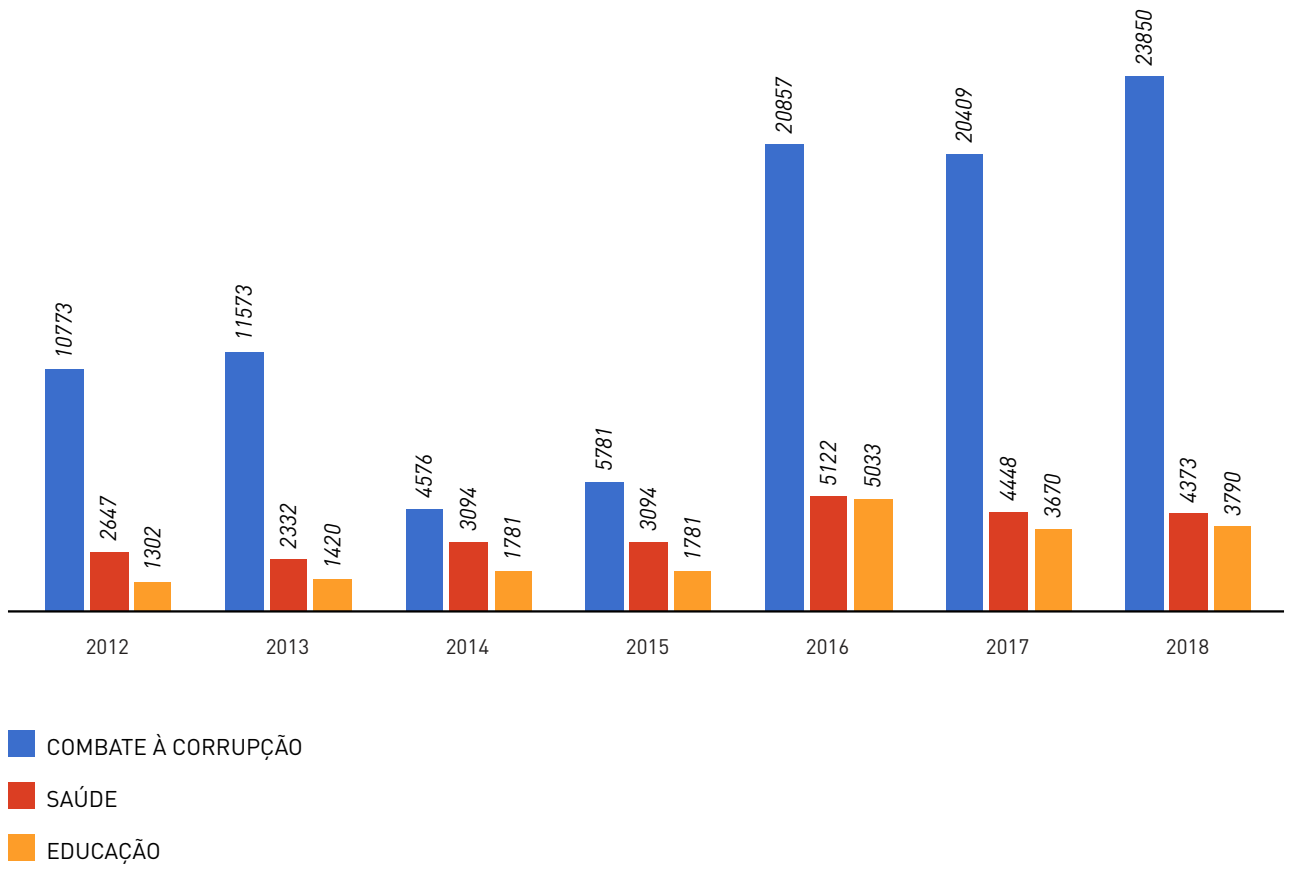
PRIORIDADE	1996	2016
COMBATE À CORRUPÇÃO/IMPROBIDADE	60%	62%
CRIME/INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	61%	49%
CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA	44%	12%
PATRIMÔNIO HISTÓRICO	30%	6%
MEIO AMBIENTE	43%	45%
CRIANÇA E ADOLESCENTE	42%	47%

Fonte: Elaboração própria com base em Sadek (1996) e Lemgruber *et al.* (2016).

Em relação à atuação extrajudicial, foram instaurados mais de 500 mil inquéritos civis e procedimentos administrativos pelo MPF entre 2012 e 2018. Os dados apontam para uma

atuação concentrada no combate à corrupção, sendo as outras duas temáticas mais frequentes: saúde e educação. Isso ratifica a tendência de priorizar o combate à corrupção, como identificada por Sampaio e Viegas (2019). O Gráfico 1 sintetiza essas informações.

GRÁFICO 1 – **TEMAS DOS INQUÉRITOS CIVIS E PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS INSTAURADOS (2012-2018)**



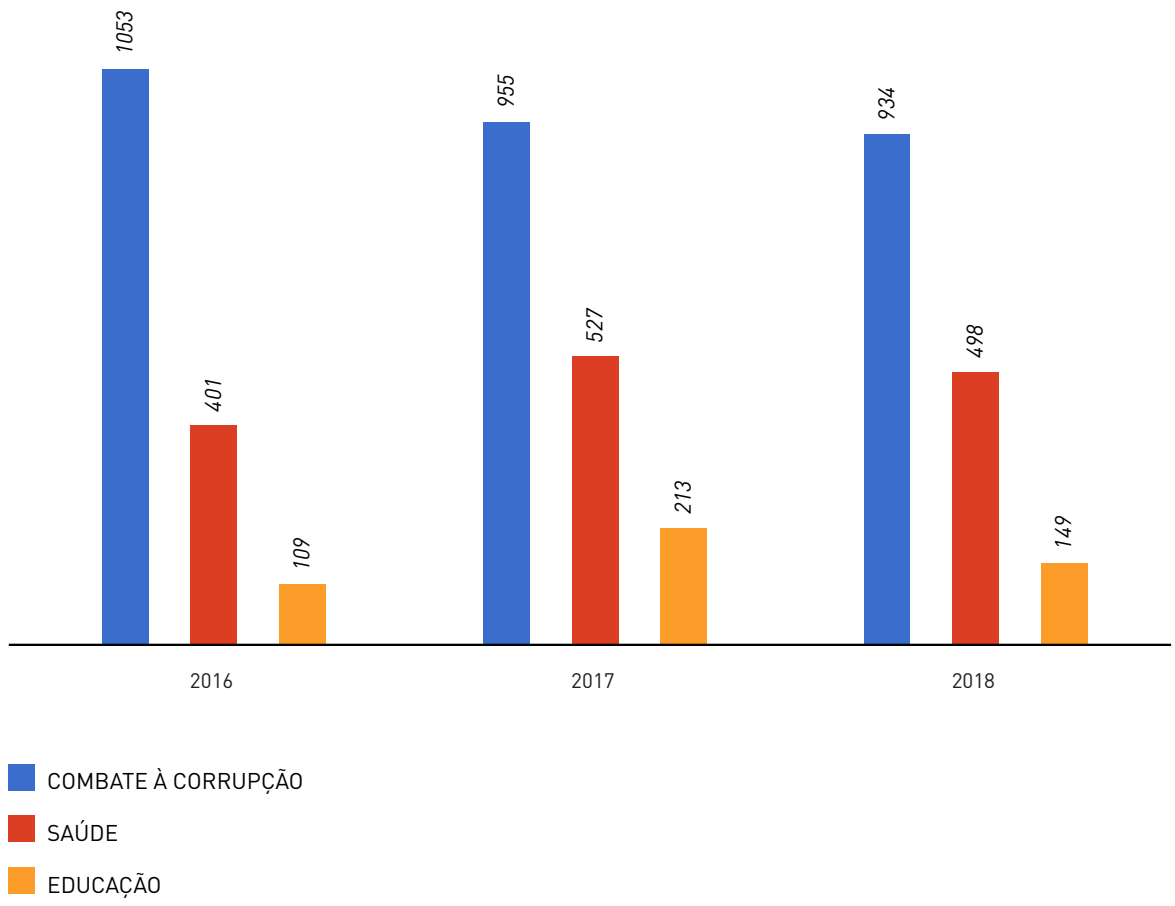
Fonte: Elaboração própria a partir de dados do CNMP (www.cnmp.mp.br; acesso em: 10 maio 2019).

Chamamos atenção para o fato de que, no mesmo período do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff (2016) e no período da Operação Lava Jato, as investigações no âmbito do MPF em matéria de combate à corrupção tiveram crescimento significativo. No ano de 2016, por exemplo, as investigações sobre esse assunto praticamente quadruplicaram em comparação ao ano anterior, 2015. Dito de outro modo, a instituição se voltou para o controle da administração pública federal nesse mesmo período. Em compensação, as áreas de saúde e educação, em que pese tenham recebido incremento em relação aos anos anteriores e figurado como a segunda e a terceira áreas de maior atuação, representaram apenas um quarto da atuação extrajudicial do MPF quando comparadas à temática de combate à corrupção (Gráfico 1).

A situação se repete quando analisamos os dados dos procedimentos administrativos instaurados pelo MPF. Nesse caso, somente foi possível levantar os números desses procedimentos

no período entre 2016 e 2018.[1] Todavia, ainda assim, identificamos uma situação semelhante à dos inquéritos civis, no mesmo sentido de Sampaio e Viegas (2019), em que a área de combate à corrupção representa mais do que o dobro dos procedimentos instaurados sobre saúde e educação agregados, justamente as outras duas áreas com maior atuação. O Gráfico 2 sintetiza essas informações sobre os procedimentos administrativos.

GRÁFICO 2 – **TEMAS DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS INSTAURADOS (2016-2018)**



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do CNMP (www.cnmp.mp.br; acesso em: 10 maio 2019).

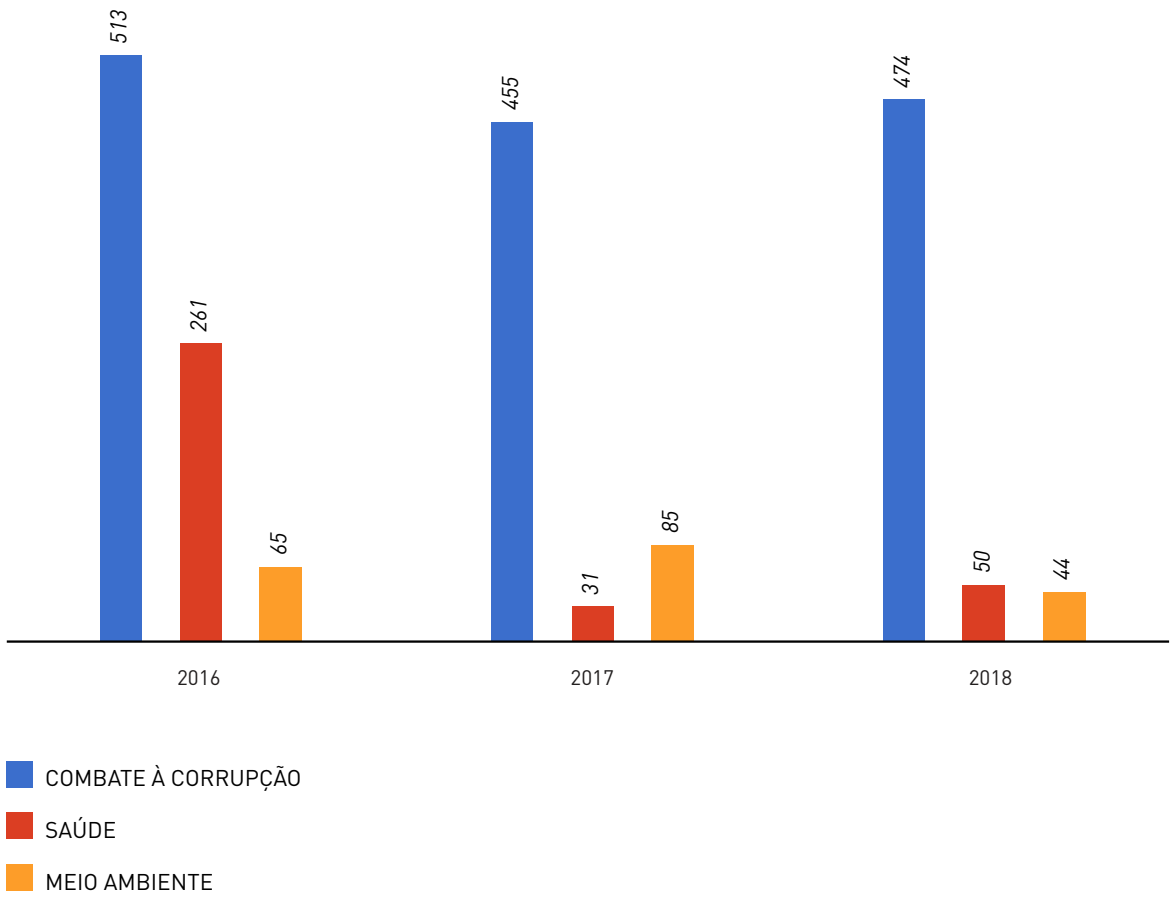
No caso da atuação judicial do MPF, o quadro delineado em relação à atuação extrajudicial, e aqui ratificado, não se alterou, ao contrário. A maior parte das ações civis públicas

1 O CNMP não fornece dados sobre a atuação em procedimentos administrativos de anos anteriores que permitam a comparação entre os anos. Essa, por sinal, foi uma das dificuldades encontradas na realização desta pesquisa. Os relatórios do CNMP sofrem diversas mudanças, ano após ano, e não trazem as mesmas informações de um ano para o outro. Observamos, por exemplo, que os relatórios alteram a sistemática de apresentação dos dados, em um ano trazendo o agregado da atuação, em outro os temas estão esparsos, dificultando a análise por pesquisadores experientes.

ajuizadas pela instituição no período entre 2016 e 2018[2] concentrou-se no tema de combate à corrupção. Nesse aspecto, constatamos que a judicialização de temas de políticas públicas que foram mais frequentes, como saúde e educação, recebeu foco ainda menor do que na atuação extrajudicial.

Nos três anos, a atuação judicial agregada do MPF nas áreas de saúde e educação (soma dessas duas áreas) representou quase um terço do esforço de combate à corrupção materializado nas ações ajuizadas. O Gráfico 3 reúne informações sobre as ações civis públicas e os seus três principais temas.

GRÁFICO 3 – **TEMAS DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AJUIZADAS (2016-2018)**



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do CNMP (www.cnmp.mp.br; acesso em: 10 maio 2019).

Podemos afirmar que, em relação tanto à atuação extrajudicial quanto à judicial, o MPF priorizou a temática do combate à corrupção entre 2012 e 2018, em detrimento de outros assuntos para os quais está igualmente habilitado a agir pelos estatutos legais, em especial a

2 O problema encontrado aqui e que impossibilitou a análise de anos anteriores é o mesmo em relação aos procedimentos administrativos, ou seja, a falta de informação pelo CNMP.

defesa de direitos coletivos. Acerca do conteúdo das investigações e das ações civis ajuizadas, a instituição atuou intensamente em áreas ligadas à corrupção, como improbidade administrativa, licitações, patrimônio público, atos administrativos, etc., em sentido contrário ao de assuntos ligados à saúde pública, ao meio ambiente, à educação, à habitação e ao urbanismo. Muitos desses outros temas nem sequer aparecerem nos relatórios do CNMP, a exemplo do meio ambiente no ano de 2015, dada a baixa frequência da atuação do MPF nesses assuntos, aparentemente secundários quando comparados ao combate à corrupção.

4. O NOVO E O NOVÍSSIMO MP: O QUE ACONTECEU?

A partir de 2003, no início do primeiro Governo Lula, várias mudanças ocorreram e contribuíram para um MP, em particular o Federal, que se distanciou daquele pensado pelo constituinte. Há dois tipos de mudança que ocorreram no período que se estende pelo menos até o final do Governo Dilma Rousseff (2011-2016): mudanças que podemos chamar de institucionais e externas ao MP e mudanças organizacionais e internas à organização. Essa distinção se baseia na ideia de que uma coisa são as mudanças nas regras do jogo, outra coisa são os efeitos dessas mudanças nos jogadores (North, 1990).

As mudanças institucionais foram aquelas decididas pelo governo, Congresso e Supremo Tribunal Federal (STF), entendidas e interpretadas pelo próprio MPF, assegurando e ampliando os instrumentos e a autonomia necessários para atuar primordialmente no combate à corrupção, embora não tenha sido necessariamente o objetivo dessas mudanças (Kerche; Marona, 2018). Foi esse quadro institucional, por exemplo, que faltou ao sistema de justiça nas primeiras tentativas de organizar grandes operações contra a corrupção, como a Banestado e a Satiagraha, que, embora com os mesmos órgãos envolvidos e até alguns atores em comum, tiveram resultados diversos da Operação Lava Jato (Marona; Kerche, 2021). Em resumo, todas as derrotas do *lobby* do MP na constituinte foram revertidas a partir de 2003, assegurando ainda mais autonomia e maior discricionariedade especialmente aos procuradores federais. Senão, vejamos.

Como já indicamos, as derrotas do *lobby* do MP na Constituinte de 1987-1988 foram menor discricionariedade em matérias criminais, condução dos inquéritos criminais pela Polícia e indicação do procurador-geral da República sem passar pela consulta dos integrantes do MPF. Todas foram revertidas a partir de 2003, como sintetizamos no Quadro 4, a seguir.

QUADRO 4 – **CF/88 E APÓS 2003**

	CONSTITUIÇÃO DE 1988	APÓS 2003
AÇÃO CIVIL	ALTA DISCRICIONARIEDADE	ALTA DISCRICIONARIEDADE
AÇÃO PENAL	BAIXA DISCRICIONARIEDADE	ALTA DISCRICIONARIEDADE
INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR OU PRÉ-PROCESSUAL	POLÍCIA	MP E POLÍCIA
INDICAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBICA	PRESIDENTE (GRANDE ELEITOR)	CORPORAÇÃO (GRANDE ELEITOR)

Fonte: Elaboração própria.

A primeira mudança ocorreu na forma de indicação do procurador-geral da República em 2003. O presidente Lula, a despeito da previsão constitucional, passou a indicar o mais votado pelos procuradores federais da lista formada pela Associação Nacional dos Procuradores da República. Essa mudança aumentou a independência do órgão, já que o chefe do MPF, para ser reconduzido ao cargo ao término do seu mandato de dois anos, precisava agradar aos seus colegas e não mais ao presidente (Kerche; Marona, 2022). Há fortes indicadores de que a mudança na forma de indicação, que assegurou ainda mais autonomia ao MPF em relação aos políticos, permitiu uma atuação mais agressiva dos procuradores-gerais da República acerca do governo no que tange ao combate à corrupção (Londero, 2021).

A segunda mudança ocorreu em 2013 pela decisão do Governo Dilma e do Congresso como uma resposta às "jornadas de junho", manifestações de rua com uma agenda difusa de críticas aos serviços e às políticas no Brasil (Alonso, 2017). A Lei das Organizações Criminosas aumentou os instrumentos de poder e a discricionariedade dos procuradores ao permitir que estes negociassem delações premiadas com os acusados de crimes de forma bastante autônoma em relação ao Poder Judiciário, relativizando o princípio que obrigava que os integrantes do MP levassem todos os casos para a decisão do Poder Judiciário. Além disso, incentivou que o MP passasse a privilegiar a ação penal no lugar da ação civil pública para o combate à corrupção (Arantes, 2018), instrumento que se mostrou mais efetivo judicialmente e, ao prever a prisão de políticos, simbolicamente mais expressivo no combate à corrupção.

Em 2015, o STF decidiu que o MP também poderia conduzir inquéritos penais, quebrando o monopólio da Polícia previsto pelos constituintes. Isso aumentou a discricionariedade dos promotores e procuradores, além de ter legalizado uma prática que muitos já faziam à revelia da lei (Kerche, 2014). Essa autorização também aumenta a discricionariedade dos integrantes do MP. Em vez de aguardar o resultado das investigações da Polícia

para, obrigatoriamente, apresentar o caso ao Poder Judiciário, diminuindo em tese a discricionariedade, os promotores podem atuar de maneira proativa e com maior independência da Polícia.

Por fim, mudanças promovidas pelo CNMP na expedição de resoluções reforçam a autonomia e o espaço de discricionariedade de procuradores e promotores, convergindo no mesmo sentido tanto das mudanças legislativas, em alguns casos antecipando-as, quanto da interpretação do STF (Viegas, 2022; Viegas; Loureiro; Abrucio, 2022). Mencionam-se, por exemplo, os casos das resoluções do CNMP que regulamentam a atuação extrajudicial do MP nas esferas civil (Resolução n. 179/2017 [CNMP, 2017a]) e criminal (Resolução n. 181/2017 [CNMP, 2017b]), antes de esses temas serem tratados por lei no chamado "Pacote Anticrime", uma das bandeiras "lavajatistas" e sobre os quais há pouco ou quase nenhum controle externo (atuação extrajudicial do MP).

Vale dizer que o CNMP tem uma maioria na sua composição de membros do MP, o que, por si só, reforça autonomia em detrimento do controle (Kerche; Oliveira; Couto, 2021). Além disso, a presidência desse Conselho no período aqui em análise coube ao procurador-geral da República indicado com base na lista tríplice da Associação Nacional dos Procuradores da República, que registra passagem na direção dessa associação, ou seja, na defesa de interesses corporativos (Viegas, 2020, 2022).

À moldura institucional que ganhou novos contornos a partir de 2003 somam-se a apropriação e a interpretação dos próprios procuradores. Estes, como vimos na seção 3.2, entendem que seu papel prioritário deveria ser o combate à corrupção. Essa opinião referente a qual deveria ser a principal missão de cada procurador seria secundária se a estrutura fosse hierárquica e com pouco espaço para a discricionariedade de seus integrantes. Em uma estrutura organizacional hierárquica e pouco discricionária, a posição individual de cada um dos integrantes, em tese, tem um peso menor. Se cabe a um subordinado apenas aplicar uma decisão superior e esta é bastante específica, interessa menos saber se o funcionário concorda, se faria o mesmo se lhe coubesse decidir ou se ele é conservador ou progressista, ou qualquer outra coisa do gênero. Em um desenho como o do MP no Brasil, contudo, em que há autonomia diante das ingerências externas e em que a própria hierarquia é combinada a um amplo espaço de discricionariedade, a opinião individual pode se refletir mais intensamente na atuação do integrante do órgão. Ou seja, a *agency* no MP é mais importante do que seria, por exemplo, entre militares e sua estrutura altamente hierárquica.

Além disso, há sempre uma lacuna entre quem cria as regras e quem as deve aplicar. No caso do MPF, essa lacuna foi explorada em torno de projetos corporativos de poder, ou seja, por procuradores organizados em prol de objetivos comuns com relação à ampliação do espaço de discricionariedade (aprovação de leis, especialmente favoráveis à atuação dos procuradores em transações cíveis e criminais), maior orçamento e capacidade institucional de controle para o MPF, projetos esses desenvolvidos na esteira da agenda anticorrupção que ganhou força a partir de 2003 (Viegas, 2022). Sem dúvida, há um espaço para que os atores reinterpretem essa

institucionalidade em seu próprio interesse. Esse seria um elemento fundamental para entender mudanças institucionais (Mahoney; Thelen, 2010). Os procuradores federais, portanto, ganharam ainda mais autonomia e instrumentos de poder para, baseados muitas vezes em suas concepções individuais ou nas de grupos políticos a que pertencem, que pudessem escolher e aplicar, quase sem constrangimentos,[3] aquilo que por diversas razões eles acreditam ser sua missão institucional, a despeito do que originalmente se pensou para o órgão.

Conclusão

A Carta de 1988 constitucionalizou uma série de políticas públicas e direitos coletivos. Nesse rol, encontram-se direitos como saúde, educação, consumo, habitação e urbanismo, meio ambiente, infância e juventude, entre outros. Foi para a defesa desses pontos que os constituintes asseguraram um MP com altas doses de autonomia dos políticos de maneira geral e do governo em particular. O combate à corrupção, embora sempre tenha sido apontado como uma prioridade para os integrantes do MP, não mereceu a mesma preocupação por parte dos constituintes. O MP no Brasil ganhou autonomia e discricionariedade para ser um defensor de direitos, não para ser primordialmente uma agência de combate à corrupção.

O que os relatórios mais atuais de atividades do MPF registram até 2018, contudo, é que os temas primordiais para os constituintes se tornaram, aparentemente, secundários quando comparados ao combate à corrupção. Tão importante quanto isso, o MPF não apenas priorizou o combate à corrupção como faz, de maneira geral, em detrimento de outros temas sensíveis para a população. É possível identificar como foi intensificado o combate à corrupção em momentos específicos, como as vésperas das eleições em 2013, em um dos momentos mais críticos da história política do país e que culminou com o *impeachment* de Dilma Rousseff.

Essa priorização do combate à corrupção é fruto de uma série de mudanças graduais, nem todas previstas para essa finalidade, tanto na institucionalidade do sistema de justiça como um todo quanto na própria organização do MP, em especial o Federal. O nosso estudo reforça as afirmações teóricas de que a combinação de fatores exógenos e endógenos facilita mudanças institucionais. No entanto, existe um modelo institucional que pode permitir maior autonomia e discricionariedade, que, em determinado contexto, podem ser utilizadas, por exemplo, contra o sistema político, conforme se verificou na Lava Jato.

3 Nem mesmo o CNMP, criado em 2004, funciona efetivamente como um estímulo a uma atuação mais padronizada e previsível dos integrantes do MP. O CNMP é um órgão que reforçou a autonomia do MP; ele não incrementou os instrumentos de controle sobre os promotores e os procuradores, como se esperava (Kerche; Oliveira; Couto, 2021).

A partir de 2003 diversas medidas foram tomadas reforçando ainda mais a autonomia e a discricionariedade do MPF, facilitando as oportunidades para a guinada do órgão de uma agência da defesa de direitos para uma de combate à corrupção. A escolha do procurador-geral por lista tríplice, a autorização dada pelo STF para que integrantes do MP possam conduzir investigações criminais, a possibilidade de fechar acordos de delação premiada, entre outras, são iniciativas exógenas que impactaram e reforçaram sobremaneira a possibilidade de que procuradores pudessem impor sua agenda, independentemente dos atores eleitos.

Os estudos que captaram a opinião de integrantes do MP, segundo a qual a prioridade deve ser o combate à corrupção, sugerem indícios de como essa passagem tem sido possível do ponto de vista endógeno. Ou seja, valores e visão de mundo dos promotores e procuradores, sociabilizados de diferentes modos (dos bancos universitários aos grupos políticos internos do MP, passando pela origem de classe e racial), são pouco orientados e limitados por regras formais. Ao contrário: as regras formais moldam pouco os comportamentos, deixando espaço para que as prioridades sejam definidas pelo próprio órgão, distante da *accountability* normativamente indicada nas democracias.

Em pesquisas futuras, pode ser interessante investigar melhor como o MPF exerceu sua autonomia administrativa e financeira no mesmo período aqui analisado, a fim de entender como realizou a gestão de recursos (estrutura física, informatização, servidores, etc.), eventualmente priorizando a alocação de recursos em algumas áreas, em detrimento de outras igualmente relevantes. Ademais, conhecer melhor os dados sobre a movimentação na carreira, concursos públicos para membros e servidores, profissionalização de setores, como a comunicação institucional, pode ajudar a entender melhor a governança do MPF nos últimos anos, o que pode ser replicado, para fins de comparação, em relação aos MPs dos estados.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Angela. A política das ruas: protestos em São Paulo de Dilma a Temer. *Novos Estudos*, São Paulo, n. ju 2017, p. 49-58, 2017.

ARANTES, Rogério Bastos. Mensalão: um crime sem autor? *In*: MARONA, Marjorie Correa; DEL RIO, Andrés (orgs.). *Justiça no Brasil*: às margens da democracia. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 338-389.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ: Sumaré: Fapesp, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Construção democrática e modelos de constituição. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil: Contributo do Ministério Público e da advocacia pública à solução extrajudicial de conflitos. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 225-251, abr./jun. 2016.

CAPOCCIA, Giovanni. Critical Junctures. *In*: FIORETOS, Orfeo; FALLETI, Tulia G.; SHEINGATE, Adam (eds.). *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 89-106.

COELHO, Ricardo Corrêa. *Partidos políticos, maiorias parlamentares e tomada de decisão na Constituinte*. 1999. 285 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Resolução n. 179, de 26 de julho de 2017*. [2017a]. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5275. Acesso em: 10 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017*. [2017b]. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277. Acesso em: 10 jan. 2018.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance. *International Journal of Constitutional Law*, [*s.l.*], v. 15, n. 4, p. 988-1012, 2017.

GURAN, Milton (org.). *O Processo Constituinte 1987-1988*: documentação fotográfica [sobre] a nova Constituição. Brasília: Agil-UnB, 1988.

KERCHE, Fábio. Independência, Poder Judiciário e Ministério Público. *Caderno CRH*, Salvador, v. 31, n. 84, p. 567-580, set./dez. 2018.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público no Brasil: relevância, características e uma agenda para o futuro. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 113-120, 2014.

KERCHE, Fábio. *Virtude e limites*: autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. São Paulo: Edusp, 2009.

KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. *A política no banco dos réus*: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. O Ministério Público na Operação Lava Jato: como eles chegaram até aqui? *In*: KERCHE, Fábio; FERES JR., João (coords.). *Operação Lava Jato e a democracia Brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 69-100.

KERCHE, Fábio; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; COUTO, Cláudio Gonçalves. Os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público no Brasil: instrumentos de accountability? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1334-1360, set./out. 2020.

LEMGRUBER, Julita *et al*. *Ministério Público*: guardião da democracia brasileira? Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

LONDERO, Daiane. *O desenvolvimento de capacidades institucionais do Ministério Público Federal no combate à corrupção (1988-2018)*. 2021. 354 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen (eds.). *Explaining Institutional Change*: Ambiguity, Agency, and Power. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

MARIANI, Daniel; ALMEIDA, Rodolfo. As características das Constituições pelo mundo. *Nexo*, 25 set. 2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/grafico/2016/09/26/As-caracter%C3%Adsticas-das-Constitui%C3%A7%C3%B5es-pelo-mundo. Acesso em: 2 mar. 2023.

MARONA, Marjorie; BARBOSA, Leon Queiroz. Protagonismo judicial no Brasil: do que estamos falando? *In*: MARONA, Marjorie; DEL RIO, Andrés (orgs.). *Justiça no Brasil*: às margens da democracia. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 128-150.

MARONA, Marjorie; KERCHE, Fábio. From the Banestado Case to Operation Car Wash: Building an Anti-Corruption Institutional Framework in Brazil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 64, n. 3, e20190240, 2021.

NORTH, Douglass C. Institutions, Institutional Change, and Economic Performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PATTON, Michael Quinn. *Qualitative Research and Evaluation Methods*. 5. ed. Thousand Oaks: Sage Publications Inc., 2015.

PIERSON, Paul. Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics. *The American Political Science Review*, [*s.l.*], v. 94, n. 2, p. 251-267, jun. 2000.

PRAÇA, Sérgio; NORONHA, Lincoln. Políticas públicas e a descentralização da Assembleia Nacional Constituinte Brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 131-147, 2012.

PRZEWORSKI, Adam. Ama a incerteza e serás democrático. *Novos Estudos*, [*s.l.*], v. 9, n. 2, p. 36-46, jul. 1984.

ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização. *Lua Nova*, São Paulo, v. 88, p. 29-87, 2013.

RODRIGUES, Rayane Vieira; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Ministério Público, judicialização e atuação extrajudicial em saúde. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, e2231, set./dez. 2022.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos sociais são direitos fundamentais*: simples assim. São Paulo: Juspodivm, 2021.

SADEK, Maria Tereza Aina (org.). *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 1997.

SAMPAIO, Mariana; VIEGAS, Rafael Rodrigues. Ministério Público: de fiscal a elaborador de políticas públicas. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 43., 2019, Caxambu. *Anais* [...]. São Paulo: [*s.n.*], 2019.

VIEGAS, Rafael Rodrigues. *Caminhos da política no Ministério Público Federal*. São Paulo: Amanuense, 2023.

VIEGAS, Rafael Rodrigues. A face oculta do poder no Ministério Público Federal e o poder de agenda de suas lideranças. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 39, e260005, p. 1-32, 2022.

VIEGAS, Rafael Rodrigues. Governabilidade e lógica de designações no Ministério Público Federal: os "procuradores políticos profissionais". *Revista Brasileira de Ciência Política*, [*s.l.*], n. 33, e234299, p. 1-51, 2020.

VIEGAS, Rafael Rodrigues *et al*. O espaço formal de ação do Ministério Público entre 1989 e 2016: mudanças incrementais e ativação estratégica. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 19, n. 101, p. 428-449, jan./mar. 2022.

VIEGAS, Rafael Rodrigues; LOUREIRO, Maria Rita Garcia; ABRUCIO, Fernando. Do controle externo à simbiose com o sistema de justiça: a ação normativa do CNJ e do CNMP. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 37, n. 110, e3711005, jan. 2022.

Fábio Kerche

Professor de Ciência Política da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio). Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP).

fkerche@gmail.com

Rafael Rodrigues Viegas

Pesquisador de Pós-Doutorado no Centro de Estudos de Administração Pública e Governo da Fundação Getulio Vargas (CEAPG FGV). Doutor em Administração Pública e Governo pela FGV.

viegas.r.r@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 12.05.2022
Aprovado: 21.08.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202409

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-1167-5997

2 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-7170-7941

Do negro-vida ao pretuguês: contribuições do pensamento social brasileiro negro para o Direito

FROM NEGRO-VIDA *TO* PRETUGUÊS*: CONTRIBUTIONS OF BRAZILIAN BLACK SOCIAL THOUGHT TO LAW*

DE LO NEGRO-VIDA *AL* PRETUGUÊS*: CONTRIBUCIÓN DEL PENSAMIENTO SOCIAL BRASILEÑO A LO DERECHO*

Julia dos Santos Drummond[1] e *Luciano Santana Pinheiro*[2]

Resumo
O presente artigo tem por objetivo apresentar as contribuições do pensamento social brasileiro negro para o campo jurídico brasileiro recente. Adotamos como método a revisão de literatura. Primeiro, apresentamos como o debate racial é abordado no pensamento social brasileiro clássico. A seguir, utilizamos as categorias centrais no pensamento de Lélia Gonzalez e Guerreiro Ramos, especificamente os conceitos de "amefricanidade", "pretuguês" e "negro-vida", destacando as suas contribuições fundamentais para o pensamento social negro. Em seguida, a partir de pesquisa em bases de dados de periódicos, demonstramos como as produções desses intérpretes são mobilizadas, atualmente, por pesquisadores no campo do Direito e das relações raciais. Concluímos que, nos últimos seis anos, o pensamento social brasileiro negro tem sido utilizado para atualizar as pesquisas acadêmicas no campo do Direito e das relações raciais, principalmente por meio de artigos científicos e dissertações de mestrado, sendo, assim, fundamental para a racialização do debate jurídico.

Palavras-chave
Pensamento social negro; pensamento social brasileiro; pesquisa empírica em Direito; Lélia Gonzalez; Guerreiro Ramos.

Abstract
This article aims to present the contributions of black Brazilian social thought to the recent Brazilian legal field. We adopted a literature review as a method. First, we present how the racial debate is addressed in classical Brazilian social thought. Next, we use the central categories in the thought of Lélia Gonzalez and Guerreiro Ramos, specifically the concepts of "amefricanity", "pretuguês" *and* "negro-vida"*, highlighting their fundamental contributions to black social thought. Then, based on research in journal databases, we demonstrate how the productions of these interpreters are currently mobilized by researchers in the field of law and race relations. We conclude that, in the last six years, black Brazilian social thought has been used to update academic research in the field of law and racial relations, mainly through papers and master's dissertations, thus being fundamental for the racialization of the legal debate.*

Keywords
Black social thought; Brazilian social thought; empirical legal research; Lélia Gonzalez; Guerreiro Ramos.

Resumen
Este artículo tiene como objetivo presentar las contribuciones del pensamiento social brasileño negro al campo jurídico brasileño reciente. Adoptamos la revisión de la literatura como método. Primero, presentamos cómo se aborda el debate

racial en el pensamiento social clásico brasileño. A continuación, utilizamos las categorías centrales en el pensamiento de Lélia González y Guerreiro Ramos, específicamente los conceptos de "amefricanidade", "pretuguês" y "negro-vida", destacando sus contribuciones fundamentales al pensamiento social negro. Luego, a partir de investigaciones en bases de datos periódicas, demostramos cómo las producciones de estos intérpretes son actualmente movilizadas por investigadores en el campo del Derecho y las relaciones raciales. Concluimos que, en los últimos seis años, el pensamiento social negro brasileño ha sido utilizado para actualizar la investigación académica en el campo del Derecho y las relaciones raciales, principalmente a través de artículos científicos y disertaciones de maestría, siendo fundamental para la racialización del debate jurídico.

Palabras clave
Pensamiento social negro; pensamiento social brasileño; investigación empírica en Derecho; Lélia González; Guerreiro Ramos.

Contribuição de autoria

Julia dos Santos Drummond
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; writing – original draft; writing – review & editing.

Luciano Santana Pinheiro
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
DRUMMOND, Julia dos Santos; PINHEIRO, Luciano Santana. Do negro-vida ao pretuguês: contribuições do pensamento social brasileiro negro para o Direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2409, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202409

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

Neste artigo, buscamos elucidar como o pensamento social brasileiro negro contribuiu e contribui para a pesquisa em Direito no Brasil. Partindo de uma revisão de literatura, e adotando como marcos teóricos principais as obras de dois autores negros, Lélia Gonzalez e Guerreiro Ramos, sustentamos a hipótese de que os conceitos "pretuguês", "amefricanidade" e "negro-vida", desenvolvidos por esses autores, ajudam-nos com substratos teóricos e metodológicos importantes para repensar o pensamento social brasileiro e alterar a forma como se produz conhecimento jurídico.

Escolhemos esses autores porque o conjunto de preocupações que enfrentaram se enquadra no que é comumente denominado pensamento social brasileiro. Trata-se de dois intelectuais negros cujo debate racial rompeu com as formulações organizadas pela ideia de "negro tema" e colocou os negros como protagonistas da narrativa nacional.

Assim, o objetivo do texto é tanto dar centralidade à variável racial no debate do Direito por meio do pensamento social negro quanto estimular a relação entre pensamento social e Direito. Diante desse escopo, revisitamos os quadros teóricos das obras de Gonzalez e Ramos e observamos as pesquisas empíricas em Direito publicadas entre os anos de 2016 e 2022, a fim de verificar a hipótese segundo a qual o pensamento social negro tem influência fundamental para o desenvolvimento das pesquisas no campo do Direito e das relações raciais.

Para cumprir esse propósito, o texto está dividido em cinco momentos, além desta introdução e das considerações finais. Primeiro, descrevemos a metodologia adotada para a consecução deste artigo. Segundo, apresentamos as principais características do pensamento social brasileiro clássico, com enfoque no discurso sobre raça encontrado em autores como Gilberto Freyre, Caio Prado Jr. e Sérgio Buarque de Holanda. Terceiro, introduzimos os conceitos criados por Guerreiro Ramos e Lélia Gonzalez para contextualizar suas obras no debate nacional e sistematizar as suas contribuições. Quarto, tomando como ponto de partida a discussão apresentada e o conjunto de pesquisas no campo do Direito e das relações raciais, identificamos como as contribuições dos autores ajudam-nos a pensar a produção acadêmica recente. Por fim, discutimos os resultados encontrados.

1 Os autores agradecem ao professor Silvio Luiz de Almeida por suas contribuições dadas a partir da disciplina ministrada no Curso de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) denominada "Estado e Direito no Pensamento Social Brasileiro". Este artigo é fruto das reflexões obtidas ao longo das aulas e das referências indicadas pelo professor. Agradecem também à Fulbright Brasil, ao Fulbright Scholarship Board e ao Bureau of the Educational and Cultural Affairs do Departamento de Estado dos Estados Unidos pela bolsa concedida a Julia dos Santos como parte do programa Doctoral Dissertation Research Award. Ainda, agradecem à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) pela concessão da bolsa de estudo do mestrado (Processo n. 2021/03918-5) a Luciano Santana Pinheiro.

1. Metodologia

Para a consecução desta pesquisa, que consiste em uma revisão de literatura, consultamos as bases de dados do Google Acadêmico (*s.d.*) e da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (*s.d.*), em novembro de 2021, e, novamente, entre novembro e dezembro de 2022, utilizando as seguintes palavras-chave: (i) "negro-vida" AND "pesquisa em Direito", para coletar os trabalhos da obra de Guerreiro Ramos; (ii) "amefricanidade" AND "pesquisa em Direito", para coletar os trabalhos da Lélia Gonzalez; e (iii) "pretuguês" AND "pesquisa em Direito", para coletar os trabalhos de Gonzalez. A utilização das palavras em aspas com o conector aditivo "AND" permite que apenas os trabalhos que apresentem tais categorias e a expressão "pesquisa em Direito" sejam capturados pelo mecanismo de busca.

Elegemos as categorias mencionadas por serem centrais no pensamento de Guerreiro Ramos e Lélia Gonzalez, fato que aumenta a possibilidade de serem encontradas nas pesquisas empíricas em Direito que versam sobre questões raciais.

Assim, após a busca, fizemos a leitura dos trabalhos para classificá-los individualmente conforme os critérios da pesquisa, isto é, trabalhos no campo do Direito e das relações raciais que mobilizassem diretamente as categorias "amefricanidade", "pretuguês" e "negro-vida". Classificamos como jurídicos os trabalhos cujos autores/cujas autoras estivessem vinculados/vinculadas ao departamento jurídico das universidades ou dos centros de pesquisa, ou aqueles que, embora vinculados a outras áreas, desenvolvessem pesquisas sobre Direito e relações raciais. Foram excluídos, portanto, trabalhos duplicados, publicações que não citassem os autores no corpo do texto e pesquisas fora do campo do Direito.

Além da busca sistematizada nas bases de dados bibliográficos, foram incluídos trabalhos já conhecidos previamente pelos autores deste artigo. Ao final, restaram 32 trabalhos, entre os quais 17 mobilizam a categoria "pretuguês", 9 a categoria "amefricanidade" e 8 a expressão "negro-vida".

Os tipos de publicação são, em sua maioria, artigos científicos, seguidos de dissertações, monografias e, por fim, teses. Além disso, os textos foram publicados entre 2016 e 2022, e podemos perceber certa concentração de publicações nos anos de 2020 e 2021.

2. O discurso sobre raça no pensamento social brasileiro clássico

Antes de avançarmos para o que entendemos como pensamento social negro e para melhor compreendermos os diálogos estabelecidos a partir das ideias dos seus principais representantes, precisamos compreender o contexto do pensamento social brasileiro clássico que os precedeu.

O pensamento social brasileiro pode ser caracterizado como: (i) imaginativo, na medida em que reúne um conjunto de intelectuais preocupados com a identidade nacional, isto é, com questões relacionadas a entender o que faz o Brasil ser o Brasil; (ii) intervencionista,

ao procurar pensar em como o contexto internacional implica e produz saídas a partir dos diagnósticos para o país.

De acordo com a antropóloga brasileira Lilia Schwarcz e o antropólogo André Botelho (2011), o campo é caracterizado pelo seu caráter multidisciplinar, na medida em que, atualmente, não compreende apenas as três disciplinas básicas das Ciências Sociais – a Antropologia, a Ciência Política e a Sociologia –, mas também áreas da História, da Teoria Literária e da Filosofia Política, entre outras. Esse "alargamento da noção de pensamento social", provocado pela multidisciplinaridade do campo, tem como objetivo a superação da ideia de que o pensamento social estaria comprometido com o "conhecimento antiquário" e sem compromisso com a sociedade contemporânea.

Com efeito, o pensamento social brasileiro tem desde então aproximado questões do passado às indagações contemporâneas. Tal área compreende pesquisas voltadas tanto para as grandes temáticas de estudo da formação da sociedade brasileira nas várias dimensões desse processo quanto para o debate de temas como modernidade, mudança social, política, cidade, identidade, exclusão e "as diferentes modalidades de produtores e de produção intelectual e artística em sentido amplo" (Schwarcz; Botelho, 2011, p. 12).

Além do seu caráter multidisciplinar, outra característica do pensamento social é o seu aspecto imaginativo e intervencionista. Por estar preocupado em enfrentar os problemas nacionais, os autores inseridos nesse campo tinham como meta encontrar soluções para os problemas enfrentados no Brasil.

Não é por outro motivo que os autores do pensamento social brasileiro são chamados de intérpretes. A preocupação central desses intelectuais é entender as características, as condições e os elementos que tornam o Brasil um país peculiar. Ou seja, há nesse conjunto de pensadores uma busca de definição do DNA brasileiro, por assim dizer. Para Freyre (2006), por exemplo, essa identidade pode ser encontrada nos "antagonismos equilibrados"; para Sérgio Buarque de Holanda (2014), na cordialidade fruto da influência ibérica no país; já para Vianna (1987), tal resposta pode ser encontrada no fortalecimento do Estado. Enfim, cada um desses autores, a seu modo, elegeu elementos explicativos fundamentais da sociedade brasileira.

É dessa preocupação em entender a identidade nacional que o debate das relações raciais no Brasil se confunde com a biografia discursiva do pensamento social brasileiro. Autores como Euclides da Cunha, Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Oliveira Vianna, a partir de diferentes abordagens, depositaram na raça as perspectivas analíticas para pensar os rumos do país. Desde o racismo científico até a política do branqueamento, a questão racial permeia o pensamento social brasileiro (Schwarcz, 2018).

Para entendermos como o pensamento social brasileiro negro rompe com o discurso racial utilizado para a construção teórica da nacionalidade brasileira encontrada nos pensadores clássicos, comparamos as abordagens sobre raça feitas na primeira metade do século XX por Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Caio Prado Jr.

Neste artigo, voltamo-nos para os escritos desses autores sobre pessoas negras, em particular, mas tangenciamos as pessoas indígenas e, claro, os portugueses. Apresentamos, dessa forma, uma breve revisão de literatura que tem como ambição expor semelhanças e diferenças na maneira como esses pensadores observam a formação da população nacional a partir do que chamam de três raças fundantes. Lusotropicalismo, mestiçagem e o olhar sobre as mulheres são alguns dos tópicos que se destacam e que, portanto, são utilizados para organizar esta seção.

O período a que os autores se referem se concentra principalmente no século XIX, com exceção de Freyre, que aborda todo o período colonial.

Para além do debate sobre a invenção do ser negro na passagem da monarquia para a república e, portanto, na construção do que se entende por povo brasileiro, os discursos travados pelos autores nos ajudam a compreender a formação do que Neusa Santos Souza (2021) chama de "mito negro". Sem a pretensão de anacronismos acríticos, a leitura sobre a formação nacional a partir da raça em suas "fontes" certamente enriquece a percepção de pesquisadores e pesquisadoras e ajuda na compreensão das referências críticas ao mito da democracia racial.

2.1. Portugueses e lusotropicalismo

Comecemos com Freyre, não apenas por ter sido o seu livro o primeiro a ser publicado e a influenciar os demais, mas também porque o autor rompe com certa tradição de racismo científico que se baseia em princípios darwinistas que justificariam diferenças intelectuais entre brancos e negros (Santos, 2002, p. 149).

Freyre publicou *Casa-grande & senzala* pela primeira vez em 1933 e a ele se atribui o conceito de "lusotropicalismo", isto é, a maior adaptação dos portugueses ao clima tropical e à mestiçagem em comparação aos anglo-saxões (Santos, 2002). É interessante notar na leitura direta de sua obra a forma como o autor constrói essa narrativa. Diferentemente de Sérgio Buarque de Holanda e de Caio Prado Jr., que são mais diretos em seus argumentos – o que não exclui reflexões a partir de exemplos cotidianos –, Freyre dedica-se a construir uma história de relações sociais que nos parecem relatos de sua própria vida. E isso ocorre por meio tanto da relação que o autor estabelece entre a proximidade dos portugueses com os povos africanos do norte da África quanto da própria descrição que faz da presença negra no Brasil. A narrativa é construída de tal forma que nos parece um conto de ficção, de encontro de culturas em que a leitura apaixonada de seus pares brancos levaria ao afastamento, de pronto, dos vestígios de racismo científico que o autor pretende refutar (Freyre, 2006, p. 74-75).

Freyre coloca o negro como figura central na formação do povo brasileiro e faz isso por meio, entre outros recursos, da narrativa sobre o falar, o andar e o cantar nos cuidados das amas de leite, das mucamas e dos moleques. Também defende a importância do negro para a formação econômica do país a partir da sua maior capacidade de trabalho nas lavouras em

comparação aos indígenas, decorrente de uma extroversão social e predisposição cultural, e de uma interpretação das diferenças raciais a partir do que chama de antropologia cultural, já que os africanos trazidos para o Brasil seriam "superiores" àqueles levados aos Estados Unidos. A influência do clima também é mencionada.

Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil* (2014), publicado pela primeira vez em 1936, discorda da centralidade do negro nesse processo.

A escrita de Holanda não parece ter o condão de exaltar as qualidades dos portugueses, pelo menos não *a priori*, já que o autor associa a cultura lusitana ao que chama de "sobranceria",[2] isto é, certo caráter aventureiro, pouco afeito à racionalidade necessária à fundação de uma nova sociedade, ponto que também é encontrado em Prado Jr. Ainda, Holanda (2014, p. 71) destaca as qualidades afetivas, emocionais e irracionais da população brasileira, a qual se mostra "o contrário do que parece convir a uma população em vias de organizar-se politicamente". A sua abordagem, diferentemente da de Freyre, parte do papel central da adaptabilidade do português às duas outras "raças fundantes", ou seja, a cultura portuguesa é a base sobre a qual as demais culturas se assentam, o que não contradiz o lusotropicalismo de Freyre, que Holanda também adota. Para isso, utiliza-se da comparação entre portugueses e holandeses no Brasil.

A mestiçagem igualmente é um ponto central, mas é o português quem "se torna negro", sem nunca ser retirado, todavia, do papel de protagonista da formação civilizatória. O português, assim, age – nunca é levado a agir –, e americaniza-se ou africaniza-se a depender das circunstâncias. O autor reconhece ser essa adaptabilidade a transformação do seu defeito na sua maior vantagem em termos de colonização (Holanda, 2014).

Caio Prado Jr., no capítulo "Raças" de seu livro *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*, publicado em 1942, afirma realizar um estudo da composição étnica do Brasil e, ao fazê-lo, parte do pressuposto de que os brancos brasileiros, pelo menos até os primeiros anos do século XIX, têm origem majoritariamente portuguesa. Mais uma vez, a mestiçagem e o lusotropicalismo se encontram presentes, então o discurso sobre as três raças fundantes permanece. Em Prado Jr. (2011), assim como nos autores anteriores, a mestiçagem é o processo que auxilia a colonização portuguesa diante do baixo número de colonos e de mulheres brancas que os acompanhavam.

• • •

2 De acordo com Sérgio Buarque de Holanda, sobre o conceito de "sobranceria" (2014, p. 37): "Essa concepção espelha-se fielmente em uma palavra bem hispânica – 'sobranceria' –, palavra que indica inicialmente a ideia de superação. Mas a luta e emulação que ela implica eram tacitamente admitidas e admiradas, engrandecidas pelos poetas, recomendadas pelos moralistas e sancionadas pelos governos. É dela que resulta largamente a singular tibieza das formas de organização, de todas as associações que impliquem solidariedade e ordenação entre esses povos. Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida".

O autor trata da legislação pombalina como um divisor de águas no que chama de "problema indígena", isto é, a educação jesuíta e a escravização dos povos originários. Com a imposição da língua portuguesa e a expulsão dos jesuítas, buscava-se preparar o indígena para a "vida civilizada". É nesse momento, ainda, que a escravidão indígena teria sido substituída pela africana, já que a escravização do índio seria incompatível com seus caracteres étnicos e psicológicos. Percebe-se, portanto, que o autor mantém a lógica freyriana de continuidade do físico sobre o moral. Na visão do autor, essa lógica terá consequências sobre a integração dos indígenas à "sociedade civilizada" em comparação aos negros, apesar de entender que estes trouxeram maior contribuição que os primeiros, já que a sua análise se concentra no trabalho e na produção econômica (Prado Jr., 2011, p. 111).

2.2. Mestiçagem, sexualidade e escravidão

A mestiçagem está no cerne das três obras ora analisadas. Com estilos de escrita diferentes, como já pontuado, Freyre, Holanda e Prado Jr. expõem a sua farta imaginação sobre o desenrolar da mestiçagem no Brasil no período colonial. Sem a pretensão de esgotar um assunto tão largamente explorado na academia, trazemos aqui algumas observações sobre a maneira que os autores interpretam a relação entre o lusotropicalismo tratado anteriormente, os mitos negros e indígenas e a formação econômica nacional, baseada nas "colônias de plantação" (Freyre) ou nas "colônias de exploração" (Prado Jr.). A necessidade de povoamento e estabilidade, o casamento, a sexualidade portuguesa e negra e o papel da escravidão sobre a moral sexual dos atores são alguns pontos abordados nesses textos.

Ao colocar os negros como centrais na formação do povo brasileiro, Freyre discorre extensamente sobre diversas etnias africanas, em consonância com a sua formação antropológica. Dá destaque especial aos "maometanos", por exemplo, e considera que os africanos trazidos para o Brasil seriam superiores àqueles levados aos Estados Unidos, ocupando aqui os lugares necessários ao modo de vida socioeconômica colonial (Freyre, 2006, p. 391). O autor se debruça, ainda, sobre figuras como a da mãe preta, da mucama sensual e do moleque amigo do sinhozinho, por exemplo.

As mucamas, as mães pretas e os moleques são apresentados em Sérgio Buarque de Holanda, de forma geral, como parte de uma relação de dependência ou proteção entre senhores e escravos. A raça, para Holanda, não era um problema entre a população, e, mesmo quando havia leis que a utilizassem como critério de segregação, estas eram superadas pela pessoalidade das relações travadas entre brancos e negros (Holanda, 2014, p. 64).

Nesse ponto, percebemos como a narrativa em torno da inexistência de separação entre público e privado para os portugueses é utilizada como base para justificar as relações entre as raças, ou seja, as estruturas formais de hierarquização entre as raças não impediriam relações pessoais de fraternidade (Holanda, 2014).

Voltemos a Freyre por um momento. Ao romper com o racismo científico, Freyre não nega a existência de diferenças inatas entre brancos e negros, apenas decide dar relevância à

cultura (*e.g.,* culinária e alimentação) e ao clima. A mestiçagem, nesse sentido, surge como uma forma de adaptação do negro à cultura e aos modos brancos, com transmissibilidade genética desses caracteres adquiridos. Dito isso, Freyre destaca que não se deve atribuir aos negros sexualidade exacerbada, já que haveria provas de que os brancos seriam os verdadeiros depravados. A escravidão exerceria, na verdade, um papel crucial sobre a sexualidade, visto que, em suas palavras, "[n]ão há escravidão sem depravação sexual. É da essência mesma do regime" (Freyre, 2006, p. 399). E nesse ponto, Prado Jr. (2011, p. 114) parece concordar. Dessa forma, os portugueses seriam os responsáveis pela depravação sexual dos negros escravizados, os quais, em sua origem africana, não eram sexuais da forma como Nina Rodrigues descreve; seriam, assim, vítimas passivas da falta de refinamento erótico causado pela situação social à qual estavam submetidos pelo regime.

2.3. Mulheres

Freyre, Holanda e Caio Prado Jr. se referem às mulheres em ao menos três eixos: mulheres negras, na figura da mãe preta e da mucama; mulheres indígenas; e sinhás. Destacam-se, ainda, a relação entre essas categorias e o papel das crianças em assuntos como casamento e religião.

Sobre a relação entre homens brancos e mulheres negras, e o silêncio de Freyre sobre as violências impostas pela escravidão, fazemos as seguintes observações. Freyre assume os locais de cada uma das mulheres a partir da sua posição social, de modo que cada uma – negra, branca e indígena – tem um papel (Freyre, 2006).

Vemos, portanto, que a preferência sexual do homem branco pela "morena" integra a narrativa lusotropicalista, quase como se o casamento fosse apenas um detalhe. A mesma lógica está presente em Holanda (2014, p. 65), já que o autor entende existir mestiçagem, apesar do desestímulo ao casamento com pessoas negras, e em Prado Jr. (2011, p. 102), diante da "licença dos costumes" típica do Brasil.

Entretanto, Freyre, especialmente, faz menção à violência a partir da depravação moral resultante da escravidão e, em diversos momentos, alude à perversão sexual do homem branco, em uma dualidade que, quase como uma armadilha, coloca a mulher negra no lugar de passividade decorrente do domínio escravista (Freyre, 2006, p. 462).

Assim, para além das relações de violência nos papéis romantizados das mulheres que os valores defendidos hoje como feministas enxergam, Freyre (2006, p. 462) trata da violência de forma explícita como fundante das relações entre negras e brancos e do "sadismo característico do brasileiro". A violência não é uma constatação pós-freyriana, ela integra a obra do autor.

A violência também é descrita como fruto da inveja das mulheres brancas, as sinhás, sobre as mulheres negras. As sinhás são associadas a adjetivos como "anjos", "virgens" e a sua descrição é diretamente associada à sua idade. A inocência e o casar-se cedo são atributos que andam juntos (Freyre, 2006).

É interessante notar, em Freyre, a diferença de abordagem entre meninas brancas e negras. No caso das sinhazinhas, o autor trata como usuais no período analisado os casamentos entre

homens adultos e meninas de 12, 13 e 14 anos, para que não se macule a sua inocência. Entretanto, ao tratar da feitiçaria no período colonial, Freyre (2006) descreve as relações sexuais entre homens brancos idosos e meninas negras com naturalidade.

Se a pedofilia é a regra, não podemos dizer o mesmo do casamento.

Isso posto, vemos que os mitos fundantes das raças brasileiras andam lado a lado com o lugar das mulheres: cada uma tem o seu papel na narrativa colonial e na imaginação dos homens que teorizaram a formação do Brasil.

2.4. Algumas notas acerca do discurso sobre raça no pensamento social brasileiro clássico

Observamos que o lusotropicalismo e a mestiçagem são teses compartilhadas por Freyre, Holanda e Prado Jr., que interpretam o Brasil como um país fundado em três raças – branca, negra e indígena – e em relações sexuais que permitiram a estabilização dos colonos portugueses no território. Em Freyre, o negro é o elo entre as raças, ao se relacionar com o branco e, ainda, ao catequizar os "índios". Sérgio Buarque de Holanda, por sua vez, defende a centralidade do português nesse processo.

A mestiçagem também seria fruto da qualidade dos africanos trazidos para o Brasil, em uma perspectiva comparada aos anglo-saxões que se vê presente nas obras analisadas. Entretanto, é em Freyre que se destaca o papel da violência da escravidão sobre o comportamento das pessoas negras. A passividade das raças não brancas igualmente conecta os pensadores brasileiros clássicos.

Por fim, às mulheres atribuem-se papéis sociais relacionados à raça a que pertencem. Narrativas fantasiosas sobre o carinho das mucamas e a inocência das sinhás se somam à função de futuras esposas das sinhás-moças e de objeto de lascívia das meninas negras. Em todos esses contextos, os homens brancos são colocados como o centro da narrativa, e todos os personagens da fundação do Brasil lhes servem, de uma forma ou de outra; é o regozijo do patriarca.

As pessoas negras, dessa forma, são colocadas como *tema* na construção da narrativa nacional. É contra essa abordagem que se opõe o pensamento social brasileiro negro, como demonstraremos a seguir.

3. O pensamento social brasileiro negro

Como vimos, não há como abordar o pensamento social brasileiro sem tratar de raça. Entretanto, os pensadores clássicos têm em comum o posicionamento da população negra em um lugar de passividade ou mesmo de problema nacional, que apenas parcialmente rompe com o racismo científico importado para o país. O pensamento social brasileiro negro rompe de vez com essa visão ao humanizar as pessoas negras e colocá-las como protagonistas da história nacional, e fora do lugar de subalternidade imposto pela hierarquização entre as raças.

Dessa forma, o pensamento social negro carrega consigo as características do pensamento social hegemônico, por refletir sobre o contexto nacional, mas com a peculiaridade de pensar a questão racial por uma abordagem que vê o negro como protagonista.

Além disso, outros diferenciais do campo são o ponto de vista de quem emite as formulações e o contexto de onde emergem suas ideias. Ou seja, a especificidade do pensamento negro vem da sua formulação por pesquisadores/pesquisadoras negros/negras e do protagonismo e da emancipação negros como pontos de partida.

Entretanto, esses diferenciais têm um preço, pago pelo "lixo que ousa falar" (Gonzalez, 2020): a marginalização de tais ideias no meio acadêmico.

Segundo Gabriel Delphino e Thiago Campos da Silva (2021), o pensamento social negro está relacionado ao reconhecimento de sua posição periférica de interpretação, em termos nacionais e internacionais, isto é, à invisibilidade e à marginalização de tais reflexões, sendo possível estabelecer paralelos com o que ocorre com intelectuais de outros países também periféricos.

Há, portanto, três características fundamentais do pensamento social negro: (i) o protagonismo da experiência negra para entender os problemas nacionais; (ii) a produção intelectual e acadêmica originada de sujeitos não brancos e, por vezes, em diálogo com a diáspora africana; e (iii) os desafios enfrentados pelos seus autores a partir da marginalização das ideias dos sujeitos subalternizados. Nessa categoria, portanto, enquadram-se pensadores como Clóvis Moura, Lélia Gonzalez, Juliano Moreira, Abdias do Nascimento, Beatriz do Nascimento, Virgínia Leone Bicudo, entre outros.

3.1. Lélia Gonzalez e Guerreiro Ramos: do pretuguês ao negro-vida

Com o objetivo de sistematizar as produções analisadas, esta seção abordará as categorias centrais das obras de Lélia Gonzalez e Guerreiro Ramos. Primeiro, apresentamos as ideias de amefricanidade e pretuguês desenvolvidas por Gonzalez e, em seguida, o conceito de "negro-vida" de Ramos.

3.1.1. Lélia Gonzalez

Lélia Gonzalez foi uma intelectual, militante, professora universitária, feminista negra brasileira, nascida em Minas Gerais, em 1935. Ela faleceu no ano de 1994, no Rio de Janeiro. Sua mãe era indígena, empregada doméstica, e seu pai, um ferroviário. Gonzalez é uma das figuras históricas mais importantes do movimento social negro e do movimento de mulheres negras hoje no Brasil. A autora publicou inúmeros textos, entre artigos, ensaios, entrevistas e crônicas, que recentemente foram reunidos (Gonzalez, 2020).

A sua obra é vasta. Porém, para entender os conceitos formulados pela socióloga e para cumprir o propósito deste artigo a fim de extrair as categorias de amefricanidade e pretuguês, dois textos são fundamentais: "Racismo e sexismo na cultura brasileira", publicado em 1984, e "A categoria político-cultural da amefricanidade", publicado em 1988 (Gonzalez, 1984, 1988).

No primeiro texto, marcado por crítica e irreverência utilizando desde a Antropologia até a Psicanálise, a autora constrói uma compreensão da sociedade brasileira passando por conceitos como "mãe preta", "mulata" e "empregada", porque, para ela, a construção da identidade brasileira foi possível graças à experiência das mulheres negras. A pensadora mineira se detém no conhecimento de autores do pensamento social brasileiro para realizar críticas às ideias de Gilberto Freyre e Caio Prado Jr., destacando o racismo e o sexismo nas suas interpretações sobre a formação socioeconômica do Brasil.

É nesse texto que a autora alcunha a expressão "pretuguês", que se refere à influência da tradição oral africana na língua portuguesa falada.

Segundo a autora, tais manifestações na língua falada são mais do que um resquício da influência dos povos africanos sobre o idioma, são a comprovação de que não houve uma aceitação passiva da língua dominante, mas, sim, uma apropriação criativa que a transformou. Ou seja, aquilo visto pelos defensores da norma padrão como erro é, na verdade, fruto da resistência negra contra a imposição da língua do colonizador, que se dá de forma infiltrada até mesmo nas elites.

Quatro anos após ter publicado o primeiro texto, imbuída dos mesmos esforços do primeiro artigo, isto é, conferir centralidade à influência negra na formação histórico-cultural do continente americano, Gonzalez (1988), inspirada e contrapondo-se à obra *Améfrica Ladina: introdução a uma abertura*, de Machado Dias Magno, alcunha a categoria da amefricanidade, negando a latinidade da América.

O conceito de "amefricanidade" é "unidade que, sem apagar as matrizes africanas, resgata a experiência fora da África como central" (Bairros, 2000, p. 350).

A amefricanidade, dessa forma, expõe um flagrante esforço em romper com os resquícios do colonialismo. No que diz respeito às suas dimensões epistemológica e metodológica, a amefricanidade nos aponta para a possibilidade de resgatar uma unidade específica condicionada pela experiência histórica comum do povo negro em diáspora. Como prova disso, a autora cita os inúmeros espaços de resistência organizados na experiência diaspórica que oferecem modelos alternativos de organização social ao redor do mundo, como quilombos, cimarrones, cumbes, palanques, marronages e *marron societies* (Gonzalez, 1988).

Embora reconheça as similaridades entre África e América, a autora destaca que a experiência amefricana se diferencia daquela vivida no continente africano. Assim, com o conceito de "amefricanidade", Gonzalez não está propondo uma confusão entre a experiência africana e a americana, ao contrário, ela critica essa abordagem e aponta tal postura como evolucionista. Para ela, o esforço de buscar no continente americano os exemplos de "sobrevivências" da cultura africana pode ofuscar as tecnologias de resistências e a criatividade da luta contra a escravidão, o genocídio e a exploração. A amefricanidade, portanto, assume um sentido criativo inscrito na vida em diáspora, pois "foi dentro da comunidade escravizada que se desenvolveram formas político-culturais de resistência que hoje nos permitem continuar uma luta plurissecular de liberação" (Gonzalez, 1988, p. 79).

Dessa forma, a ideia de amefricanidade carrega consigo a síntese de aclimatação da experiência negra africana e americana no continente americano.

Percebemos, portanto, que a amefricanidade está intimamente relacionada às características do pensamento social brasileiro, na medida em que há uma preocupação com a ideia de formação nacional, que pensa como a cultura do país é marcada pelas influências internacionais, nesse caso, o continente africano e o americano. Além disso, há uma preocupação em propor uma perspectiva para interpretar o Brasil.

3.1.2. Guerreiro Ramos

No mesmo sentido, a categoria "negro-vida" proposta por Guerreiro Ramos constitui uma possibilidade alternativa afro-brasileira de resistência e pensamento autônomo. Alberto Guerreiro Ramos nasceu em 1915, na cidade de Santo Amaro, Bahia, e faleceu em 1982, já no Rio de Janeiro, onde obteve sua formação em Ciências Sociais pela Faculdade Nacional de Filosofia, e em Direito pela Faculdade Nacional de Direito, na mesma cidade (Bariani Jr., 2013). Além dessa formação acadêmica, Guerreiro Ramos era poeta, professor, pesquisador e foi um importante militante do movimento negro.

A ideia de negro-vida parece ajudar a pensar a produção acadêmica sobre relações raciais no Brasil. Ao abordar a questão do negro no Brasil, foi central nos trabalhos de Guerreiro Ramos a crítica à metodologia, à importação equivocada de conceitos e à transplantação de ideias. Esses conjuntos de críticas aparecem reiteradamente em suas produções acadêmicas. Em primeiro lugar, o autor questiona a divisão entre "sujeito" e "objeto" comumente realizada pelos sociólogos, já que, de acordo com a epistemologia que adota, os dois eram faces do mesmo problema.

Em "O problema do negro na sociologia brasileira", o autor afirma que o negro teria sido estudado no Brasil, "[...] a partir de categorias e valores induzidos predominantemente da realidade europeia. E assim, do ponto de vista da atitude ou da ótica, os autores nacionais não se distinguem dos estrangeiros, no campo em apreço" (Ramos, 1981, p. 39). Ou seja, o olhar dos antropólogos/sociólogos brasileiros para o contexto nacional é caracterizado pela descontextualização e marcado pelo estranhamento, de tal maneira que veem a realidade nacional como algo exótico, tal como os estrangeiros observaram o país.

No texto "Patologia social do branco brasileiro", Guerreiro Ramos (1995) traz uma discussão que orienta esse debate. Na sua clássica passagem, o santo-amarense diferencia os conceitos de "negro-tema" e "negro-vida", e estabelece uma crítica à forma como os negros foram estudados como objetos e sujeitos passivos na Sociologia e destacando a maneira altiva e protagonista que o negro-vida assume diante da vida.[3]

3 "Há o tema do negro e há a vida do negro. Como tema, o negro tem sido, entre nós, objeto de escalpelação perpetrada por literatos e pelos chamados 'antropólogos' e 'sociólogos'. Como vida ou realidade efetiva,

Ou seja, a díade negro-tema e negro-vida apresenta perspectivas diferentes na análise das relações raciais no Brasil. Cada uma impõe uma lógica distinta no campo das ciências sociais, na forma de pensar a posição do negro na sociedade brasileira. Na primeira abordagem, o negro é um ser passivo, sobre o qual se produzem investigações e criam-se discursos. No entanto, o negro-vida tem seu caráter autônomo, marcado pela dinamicidade de transformação, ou seja, o negro assume um lugar de devir, uma vez que ele não ocupa uma posição definitiva, tampouco se deixa imobilizar.

Como se pode observar, a ideia de negro-vida rompe com a tradição das Ciências Sociais de estudar negro como objeto. No mesmo sentido, Gonzalez (1984, p. 225) coloca a sua voz como protagonista da própria produção intelectual: "[...] Ou seja, o lixo vai falar, e numa boa".

Em ambas as formulações há um diagnóstico do lugar da população negra nas Ciências Sociais e, em seguida, uma proposição teórica e metodológica de inverter essa lógica e apostar no negro como autor do discurso. Tanto na ideia de negro-vida de Guerreiro Ramos quanto na ideia de "o lixo vai falar" de Lélia investe-se em uma fala feita a partir da margem da sociedade.

Certamente, tais formulações carregam um potencial epistemológico na medida em que reinterpretam e invertem as lógicas da produção de conhecimento. A questão que surge diante desse potencial é como as pesquisas em Direito podem incorporar essas ideias no debate jurídico. Quais os sentidos das categorias de pretuguês, amefricanidade e negro-vida para o Direito? Essas são questões fundamentais para entender a reverberação do pensamento social negro nesse campo. A seção a seguir visa responder a parte desses questionamentos.

4. Contribuições do pensamento social negro para o Direito

A produção acadêmica brasileira do Direito e das relações raciais não é recente. São pioneiras nesses esforços duas pesquisadoras: Eunice Prudente (1980) e Dora Bertulio (1989). As autoras exercem papel fundamental em denunciar o orquestramento e a sedimentação do racismo científico no ordenamento e no pensamento jurídicos. A questão principal discutida ao longo dos textos das autoras é a desconstrução dos aspectos de neutralidade e imparcialidade conferidos ao Direito. Assim, a grande contribuição dessas autoras é nos permitir

> o negro vem assumindo o seu destino, vem se fazendo a si próprio, segundo lhe têm permitido as condições particulares da sociedade brasileira. Mas uma coisa é o negro-tema; outra, o negro-vida. O negro-tema é uma coisa examinada, olhada, vista, ora como ser mumificado, ora como ser curioso, ou de qualquer modo como um risco, um traço da realidade nacional que chama a atenção. O negro-vida é, entretanto, algo que não se deixa imobilizar; é despistador, profético, multiforme, do qual, na verdade, não se pode dar versão definitiva, pois é hoje o que não era ontem e será amanhã o que não é hoje" (Ramos, 1995, p. 215).

pensar o debate racial no Direito a partir de um olhar que se desloque da ideia de democracia racial.

Segundo Rodrigo Gomes (2021), em importante artigo sobre a sistematização do campo do Direito e das relações raciais, a partir dos trabalhos supramencionados, a produção crítica no Direito brasileiro foi responsabilizada, na década de 1980, por sua omissão quanto à problemática do racismo na estruturação da cultura jurídica. A professora Dora Bertulio (1989, p. 12), em sua dissertação de mestrado, traz o seguinte diagnóstico: "A questão racial no Brasil tem sido tratada, ainda, com a displicência típica à atenção dada aos demais problemas de todo o povo brasileiro, quer na esfera política, acadêmica ou jurídica". Da mesma forma, em *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*, a jurista Eunice Prudente (1980) expõe o *status* do racismo como elemento substancial inegociável na construção e na interpretação do pensamento jurídico brasileiro até então.

É a partir dessas brechas e desses adubos no terreno do campo jurídico que o pensamento social negro no Brasil encontra as condições para germinar nas pesquisas empíricas do Direito, especialmente de intelectuais negros/negras. Ou seja, é a partir do campo do Direito e das relações raciais que foi possível importar das Ciências Sociais, em especial do pensamento de Lélia Gonzalez e Guerreiro Ramos, as ideias para questionar, pensar e reformular o Direito.

Na revisão de literatura construída para este artigo a partir de publicações realizadas entre 2016 e 2022, vemos que os autores criticam os pressupostos teóricos que fundamentam o saber jurídico no Brasil e propõem uma epistemologia negra, como veremos a seguir.

4.1. Racializando o conhecimento jurídico

As categorias de amefricanidade e pretuguês são acionadas para apresentar uma proposição teórica no sentido de dar centralidade ao debate racial no Direito. Assim, ao utilizar esses conceitos, os esforços dos pesquisadores do campo do Direito objetivam mostrar a *racialização do conhecimento jurídico* e *denunciar a ideia de universalidade e neutralidade* do Direito.

Como um primeiro exemplo dessa abordagem, temos o trabalho da jurista Thula Pires, que tem se utilizado do pensamento de Guerreiro Ramos e Lélia Gonzalez para propor abordagens racializadas das diversas áreas do Direito, como direitos humanos, criminologia e constitucionalismo. A professora faz uso dessa ferramenta teórico-metodológica em um nítido esforço de produzir rasuras no campo jurídico. Nesse sentido, destacam-se três textos importantes, quais sejam: "Direitos humanos traduzidos em pretuguês" (Pires, 2017a), "Por um constitucionalismo ladino-amefricano" (Pires, 2019) e, por último, "Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês" (Pires, 2017b).

No primeiro texto, Pires (2017a) traz para a concepção hegemônica de direitos humanos, construída em torno da ideia de universalidade, uma leitura amefricana, capaz de acrescentar novos elementos à noção de humanidade, que inclui os múltiplos corpos e as formas de vida colocadas na experiência da diáspora negra. Embora apresente críticas aos direitos humanos e

identifique os seus limites por serem produzidos para o ser e não para aqueles que estão inscritos na zona do não ser, Thula Pires aposta como saída na tradução dos direitos humanos em pretuguês, ou seja, um campo de direitos humanos que possibilite outras leituras sobre o direito à liberdade, à propriedade, à saúde, à educação das mulheres negras e à memória, e promova o bem viver a partir das formas alternativas de ser e estar na natureza oferecidas pelos modos de vida dos povos amefricanos. A autora aposta, assim, no conhecimento da população como alternativa possível de elaborar um novo campo de direitos humanos.

No segundo texto (Pires, 2019), a autora defende que o "constitucionalismo latino-americano" invisibilizou a questão do negro nos processos constituintes emancipatórios na região da América Latina e do Caribe. Embora tenha reforçado o heroísmo indígena, grande parte dos juristas especializados no constitucionalismo latino-americano deixaram negros e negras de modo subsidiário. Thula Pires vê na abordagem decolonial uma possibilidade adequada para entender a potência das novas Constituições da Bolívia, de 2009, do Equador, de 2008, e da Venezuela, de 1999 (Pires, 2019; Lopes, 2020a).

Com esse diagnóstico do campo do direito constitucional, Pires propõe a categoria de amefricanidade de Lélia Gonzalez como alternativa para compreender esses processos constitucionais. Segundo a leitura de Juliana Lopes, Thula Pires vê na amefricanidade a oportunidade para repensar o direito constitucional porque ele "registra, numa linguagem de direitos fundamentais em pretuguês e pretunhol, as marcas dos povos africanos e indígenas sobre os idiomas coloniais, imprimindo não só sua sonoridade, mas suas cosmovisões e sensações" (Lopes, 2020a, p. 296). A proposta de um constitucionalismo ladino-amefricano, segundo Pires (2018, p. 34), "restitui a fala e a produção teórica e política de sujeitos até então infantilizados e destituídos da possibilidade de confrontar a hegemonia das perspectivas eurocêntricas sobre o fenômeno do constitucionalismo".

Por fim, no terceiro trabalho ora mencionado, Pires propõe o uso da categoria pretuguês para construir uma criminologia crítica. Segundo a jurista carioca, o convite para pensar a criminologia em pretuguês significa considerar o racismo, o sexismo e outros marcadores sociais elementos constituintes do sistema de justiça criminal. Nas palavras da autora, uma crítica criminológica em pretuguês trata "de uma abordagem que racializa para politizar gênero, classe, sexualidade e deficiência como categoria empírica, analítica e normativa" (Pires, 2017b, p. 55).

Como é possível observar, a incorporação dos conceitos de "pretuguês" e "amefricanidade" no pensamento jurídico de Thula Pires abre caminhos para um conjunto de inovações metodológicas no campo do Direito, o que fica evidente nos autores mencionados a seguir.

Seguindo os passos dos caminhos pavimentados por Thula Pires com os construtos de Gonzalez, temos os trabalhos de Juliana Lopes (2020a, 2020b), que, tomando como ponto de partida a experiência de mulheres negras na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, caracterizada pelo silenciamento de suas demandas de direitos fundamentais por serem consideradas "como se fossem da família", propõe uma leitura do constitucionalismo a partir de uma

visão do pretuguês e da amefricanidade. Partindo do pressuposto de que há uma exploração do trabalho das mulheres negras na sociedade brasileira, a autora questiona alguns conceitos da história constitucional, como trabalho, família, democracia, contrato patriarcal e sujeito constitucional.

A autora, a partir do processo constituinte, e utilizando-se de entrevistas com mulheres negras e de arquivos documentais dos períodos analisados, chega à conclusão de que as associações e os sindicatos de trabalhadoras domésticas no Brasil são entendidos como um movimento constitucional, que, mesmo denegado, constrói o Estado e disputa os sentidos da democracia, ao mesmo tempo dentro e fora dela (Lopes, 2020a).

Ainda nas trilhas do pensamento da socióloga brasileira, Laysi Zacarias (2021) estabelece um diálogo entre bell hooks e Lélia Gonzalez por meio do que chama de "amefricanização do amor". Assim, mobiliza a categoria da amefricanidade para propor uma abordagem política do amor que serve de ferramenta para a ampliação do vocabulário político da teoria crítica dos direitos humanos, em oposição ao "ódio que na modernidade resulta em políticas de morte" (Zacarias, 2021, p. 133).

Dessa forma, a proposição teórica da autora, a partir de uma ideia de amor hooksiano, isto é, como categoria política, convoca uma "produção teórica e prática de direitos humanos que se politize e que auxilie na construção de novas formas de nos relacionarmos e novos mundos, a partir da ética do amor revolucionário amefricano produzido pelo imaginário político" (Zacarias, 2021, p. 113). Desse modo, da mesma forma que Pires, Zacarias propõe uma rasura na ideia de direitos humanos.

Por fim, o pretuguês é pensado como uma "juridicidade preta", isto é, o que Diego Aragão (2022) chama de direito transmoderno, formado a partir do rompimento com as ideias do direito moderno de normas e sujeitos gerais e abstratos, e um compromisso com um currículo que leve em conta a realidade concreta do país, em que as pessoas sentem os efeitos das políticas coloniais.

Percebemos, dessa forma, o diálogo travado entre os autores e as principais ideias do pensamento social negro, na medida em que estabelecem conexões entre os contextos internacionais e brasileiro. Esse conjunto de ideias racializa o sistema jurídico hegemônico ao alterar o que se entende por direito constitucional e direitos humanos.

4.2. O que fazemos com o Direito então?

Vimos que o pensamento social negro influencia as abordagens teóricas da produção de conhecimento jurídico, rejeitando o mito da democracia racial, redefinindo o lugar do Brasil no contexto regional e centralizando as pessoas negras no debate. Essa lente sobre o país tem desdobramentos práticos, que levam os autores a se perguntar: afinal, o que fazer com o Direito?

Os trabalhos inscritos nesse grupo acionam tanto as categorias de amefricanidade e pretuguês, de Lélia Gonzalez, quanto a díade "negro-tema" e "negro-vida", de Guerreiro Ramos,

para propor reinterpretações de conceitos jurídicos, do papel das instituições e do lugar dos pesquisadores negros na academia, além de refletir sobre as formas de conduzir e pensar pesquisas em Direito como um todo.

Ao considerar o Brasil um país amefricano, por exemplo, reinterpretamos a realidade e, portanto, os desdobramentos das políticas públicas adotadas no país (Severi, 2017). Ainda, a categoria é utilizada para dar novos sentidos a conceitos como o de tortura. Se silenciar sobre as resistências antiescravistas é uma forma de moldar imagens de passividade sobre a população negra brasileira (Bertulio, 1989), expor os processos de revolta sob as lentes da amefricanidade pode ser uma maneira de interpretarmos o que entendemos, hoje, por tortura (Stanchi; Pires, 2022).

Nessa linha, observamos o trabalho de Marcos Queiroz e Jonhatan Guimarães (2017), voltado para refletir sobre o campo da criminologia crítica a partir dos aportes teóricos de Frantz Fanon e Guerreiro Ramos. Os autores elaboram alguns apontamentos metodológicos para pesquisas no campo da criminologia antirracista, apostando em produções do conhecimento que vão de encontro às estruturas colonialistas da academia.

Outra forma de olhar para o Direito pelas lentes de Gonzalez é por meio da linguagem jurídica – o "juridiquês" – e a sua tradução para o pretuguês, não apenas no sentido de tornar o texto mais amplamente compreensível, mas também levando em consideração as demandas da população negra na construção de políticas públicas. É assim que Melo *et al.* (2022) se posicionam ao tratar da atuação do Núcleo de Extensão Popular Flor de Mandacaru da Universidade Federal da Paraíba. Ao agir em defesa dos artistas sob a égide de um prêmio cultural financiado pela Lei Aldir Blanc[4] na cidade de João Pessoa, os membros do grupo de educação popular se depararam com um edital com linguagem rebuscada, ausência de ações afirmativas para artistas negros e exigências técnicas excludentes para esse grupo (Melo *et al.*, 2022, p. 229). Assim, defendem não apenas a reversão dos problemas encontrados, mas também a consolidação de editais permanentes voltados às manifestações culturais negras e periféricas que compõem a identidade cultural da cidade de João Pessoa.

A leitura do Direito em pretuguês também é uma forma de interpretar o conceito de trabalho doméstico, expandindo-o para incluir o trabalho de cuidado remunerado em domicílio (Santana, 2020). A pesquisa de Santana utiliza a categoria como um modo de investigação no Direito. Assim, para que se chegue aos caminhos ou às respostas da pergunta de pesquisa, é necessário investigar, em pretuguês, a história social do trabalho de cuidado, como forma de

4 Lei n. 14.017, de 29 de junho de 2020, que dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020 (Brasil, 2020a, 2020b).

subsidiar uma análise crítica sobre as características desse trabalho na contemporaneidade, a partir do controle (e sua ausência) no campo.

Em relação ao papel das instituições, apontamos para o trabalho de Walkyria Chagas da Silva Santos (2022) sobre os caminhos de atuação da Defensoria Pública da União (DPU) para a construção de uma política de vida para a juventude negra. A autora busca pensar o Brasil de forma amefricanizada e em pretuguês para reconstruir o caminho dos direitos humanos, de modo a trazer humanidade aos sujeitos subalternizados no processo de implementação da agenda de direitos humanos e da atuação do Estado como um todo. Assim, a autora interpreta a missão constitucional da DPU a partir do que chama de biopolítica afirmativa, isto é, ações fundamentais para a construção de uma política de vida para a população negra, tais como o acesso assistencial à saúde, à educação, à alimentação e aos demais direitos sociais (Araújo; Santos, 2022).

Saulo de Mattos (2020) também utiliza a categoria da amefricanidade ao propor saídas para o enfrentamento das desigualdades raciais pelo sistema de justiça. Em seu artigo, com o objetivo de descrever o perfil racial do Ministério Público (MP), o autor discute a baixa presença negra nos quadros e nas questões debatidas pela instituição, utilizando-se teoricamente da categoria de amefricanidade para propor transformações no órgão.

Para amefricanizar o MP, impõe-se uma "cultura e hermenêutica constitucional que reconheçam a necessidade de interpretar normas jurídicas fundamentais, a partir do que a sociedade brasileira efetivamente é: antinegra e narcisisticamente branca" (Mattos, 2020, p. 288).

Ainda, pretuguês, amefricanidade e negro-vida são mencionados como forma de os autores se colocarem na narrativa da pesquisa em primeira pessoa, retirando-se do lugar de objeto (Leal, 2020; Pinheiro, 2020), e como justificativa da importância da escolha do tema de pesquisa (Barbosa, 2022).

Como materialização dessa aposta metodológica, temos a pesquisa empírica de Luciano Pinheiro (2020).[5] No trabalho, voltado para compreender como o Direito aparece nas reações e nas narrativas dos familiares das vítimas da letalidade policial na cidade de Feira de Santana, Bahia, ao apresentar o fundamento epistemológico de seu trabalho de campo, o pesquisador mobiliza a ideia de negro-tema e de negro-vida para produzir uma pesquisa empírica em primeira pessoa. Assim, retira-se do lugar de observador – objeto, portanto – e posiciona-se como condutor da pesquisa acadêmica.

5 "Ao codificar a experiência do negro como uma mudança do negro-vida para o negro-tema, o autor oferece um aporte teórico que descreve a viragem epistemológica que aqui pretendo perseguir: a saída do *status* de pesquisado, de negro-tema, para o negro-vida, pesquisador, com os desafios que isso comporta. É nesse movimento de giro que esta abordagem está inscrita" (Pinheiro, 2020, p. 55).

5. De onde viemos e para onde estamos indo

As citações a Lélia Gonzalez parecem sair de um lugar de contraponto ao feminismo hegemônico (Franklin, 2016; Severi, 2017; Piovesan, 2021) para dar lugar a uma nova premissa de Brasil e, portanto, de como devemos interpretar políticas públicas e leis, e seus efeitos sobre a população brasileira, em especial sobre as pessoas negras (Lopes, 2017; Santana, 2020; Wenceslau, 2020; Stanchi; Pires, 2022). Essas novas interpretações consideram o país parte da Améfrica Ladina, o que pressupõe reconhecer a persistência de um racismo que se propõe velado, mas que concede *status* de cidadania apenas àqueles incluídos no que Pires (2018), citando Fanon, chama de "zona do ser". Nesse sentido, o racismo se volta contra aqueles que são o testemunho vivo de nossa ladinoamefricanidade (Pires, 2018).

No que se refere ao pensamento de Guerreiro Ramos, diferentemente da suposição inicial de pesquisa, foi identificada uma mobilização limitada de sua obra em comparação com a de Lélia Gonzalez. Além disso, percebe-se que a forma como o texto clássico do autor é citado nas pesquisas em sua maioria se restringe ao uso do termo "negro-vida" para denunciar a abordagem das pesquisas que entendem o negro como problema (Freitas, 2020; Vicente, 2017; Rabelo e Sposato, 2021; Ramos, 2019; Alves, 2019). Ou seja, não há uma diversidade de abordagem. Uma hipótese possível para explicar isso é que, embora a obra do sociólogo baiano seja relevante para o campo do pensamento social negro, seus trabalhos não estão sistematizados o suficiente, o que limita sua apropriação por parte dos pesquisadores no campo do Direito. No entanto, existem pesquisas, principalmente nas ciências criminais, que utilizam o pensamento de Ramos para repensar os lugares dos sujeitos produtores de conhecimento e propor maneiras diferentes de aplicá-lo. Isso foi evidenciado nos trabalhos de Guimarães e Queiroz (2017), Pinheiro (2020) e Prando (2018). Além disso, é possível observar uma oportunidade para novas agendas de pesquisa a partir da abordagem da branquidade, conforme propõe Camila Prando, já que a obra de Ramos é uma das primeiras no campo das Ciências Sociais a pensar a questão racial a partir da centralidade de um problema causado por pessoas brancas.

O que todos os trabalhos encontrados parecem ter em comum são a sua atualidade, dado o período de publicação entre os anos de 2016 e 2022, e a divulgação científica por meio, principalmente, de artigos científicos e dissertações de mestrado.

As publicações aqui encontradas olham para o Direito por meio de uma lente que protagoniza a experiência de sujeitos subalternizados da população brasileira, refletindo sobre o campo criticamente sem, contudo, limitar-se às críticas. Desse modo, autores e autoras contemporâneos no campo dos direitos e das relações raciais se colocam propositivamente em seus trabalhos, o que se manifesta até mesmo em trabalhos de conclusão de curso e iniciações científicas (Lopes, 2017; Vicente, 2017; Goulart, 2018; Costa, 2020; Pinheiro, 2020; Barbosa, 2021). Vemos os autores em níveis acadêmicos iniciais se referenciando não apenas aos cânones do pensamento social brasileiro negro, mas também a professores com titulação de doutorado obtida nos últimos 20 anos, tais como Thula Pires, Ana Flauzina e Felipe Freitas.

Os resultados parecem se coadunar com o que Fernanda Lima e Delton Felipe chamam de "insurgências e insubordinações negras no ensino superior a partir da implementação das cotas raciais nas universidades" (Lima; Felipe, 2021). Essas manifestações consistem em um duplo movimento de (i) crítica ao caráter eurocêntrico e colonizador dos currículos acadêmicos, e (ii) de introdução de epistemologias negras, que passam a tensionar a produção de conhecimento hegemônica. Todavia, as origens desse movimento no Direito merecem uma investigação aprofundada que não foi objeto deste artigo. O quadro encontrado pode servir de inspiração para futuras pesquisas que buscam investigar os efeitos de ações afirmativas e eventuais outras explicações sobre a produção teórica crítica racial em Direito no Brasil.

Considerações finais

Buscamos apresentar neste artigo como o pensamento social negro na figura de Lélia Gonzalez e Guerreiro Ramos abriu novas possibilidades na pesquisa jurídica. Acreditamos que os aportes metodológicos e teóricos dos intelectuais não só proporcionam uma abordagem das relações raciais marcada pela dinamicidade para o Direito, mas também são fissuras no silenciamento acadêmico e no soterramento das produções de intelectuais negros.

Primeiro, apresentamos alguns aspectos da abordagem de raça no chamado pensamento social brasileiro clássico, a fim de identificar a partir de que premissas os seus críticos partiram. Em seguida, constatamos a peculiaridade do pensamento social negro em relação ao pensamento social dos cânones, com base nas ideias de amefricanidade e de pretuguês construídas por Lélia Gonzalez, e de negro-vida elaborada por Guerreiro Ramos.

Na sequência, apresentamos algumas ideias encontradas nos trabalhos, cujo conteúdo centraliza a raça no Direito ao propor inovações metodológicas nas pesquisas no campo, interpretações normativas e de políticas públicas em consonância com a experiência concreta dos sujeitos e a reflexão sobre o papel das instituições do Direito.

Concluímos que, nos últimos seis anos, o pensamento social brasileiro negro tem sido utilizado para atualizar as pesquisas acadêmicas no campo do Direito e das relações raciais, principalmente por meio de artigos científicos e dissertações de mestrado, sendo fundamental para a racialização do debate jurídico.

Para além desse papel, que já sinaliza como as pesquisas empíricas contribuem para o questionamento da forma tradicional de fazer e pensar o Direito, este artigo, por meio de um resgate do pensamento de autores negros, permite a construção e a sustentação de uma perspectiva antirracista. Assim, o pensamento social negro torna-se ainda mais necessário para (re)pensar a pesquisa empírica, pois, além de propor o enfrentamento das desigualdades raciais, tem potencial para refinar e atualizar a literatura, aventando uma modalidade de Estado comprometido com a população negra.

Sem dúvidas, os trabalhos encontrados evidenciam, ainda, a persistência de um nicho de debate sobre as questões raciais no Direito, que, pelos desafios enfrentados por seus

pesquisadores, tende a ser ostracizado e reduzido a um campo que não necessariamente dialoga com os demais departamentos jurídicos. Cabe aos pesquisadores críticos em Direito avançar o debate para que o epistemicídio e o apagamento de autores negros deixem de ser a regra e passem a fazer parte apenas da história.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela dos Santos. *Pensando a "violência contra mulheres" na zona do não ser*: implicações jurídico-políticas. 2020. 238 f. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

ALVES, Adriana Avelar. *Onde estão os(as) juízes(as) negros(as) no Brasil?*: recorte racial na magistratura brasileira: perspectivas sociais e políticas. 2019. 182 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

ARAGÃO, Diego Miranda. Direito e transmodernidade: entre reformas curriculares e práticas alternativas. *Anãnsi: Revista de Filosofia*, Salvador, v. 3, n. 2, p. 255-265, 2022.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de; SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. Ciclo de morte e possibilidades de atuação da DPU: caminhos para a construção de uma política de vida para a juventude negra. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 17, p. 1-212, jan./jun. 2022.

BAIRROS, Luiza. Lembrando Lélia Gonzalez 1935-1994. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 23, 2000. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20990. Acesso em: 15 mar. 2024.

BARBOSA, Greyce Danielle Aves. *Descolonizando a Academia*: o fomento à representatividade feminina, negra e periférica pela educação popular – um estudo de caso sobre a experiência do PPGDC/UFF e o Pré-Pós Dr. Luz Gama. 2019. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2022.

BARBOSA, Mariana Costa. *Criminologia negra em três atos*: o pensamento de mulheres negras refundando o campo analítico. 2021. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

BARIANI JR., Edison. *Guerreiro Ramos e a redenção sociológica*: capitalismo e sociologia no Brasil. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

BERNARDO, Sérgio São. Kalunga e o direito: a emergência de um direito inspirado na ética afro-brasileira. *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, Belém, v. 7, n. 1, p. 65-75, 2018.

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. *Direito e relações raciais*: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.

BIBLIOTECA DIGITAL BRASILEIRA DE TESES E DISSERTAÇÕES. [*S.l.*], [*s.d.*]. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. *Lei n. 14.017, de 29 de junho de 2020*. Dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020. Brasília: Presidência da República, 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14017.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.017%2C%20DE%2029%20DE%20JUNHO%20DE%202020&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%C3%A7%C3%B5es%20emergenciais%20destinadas,20%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 6, 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. Brasília: Senado Federal, 2020b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

CANDIDO, Antonio. Prefácio. *In*: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

COSTA, Flávia Fernanda dos Santos. *A práxis democrática no espelho constitucional sob o paradigma da raça*: por um constitucionalismo ladino-amefricano. 2020. 34 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1211-1237, 2020.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Raça e gênero na obra de Nina Rodrigues: a dimensão racializada do feminino na criminologia positivista do final do século XIX. *Cadernos do CEAS: Revista Crítica de Humanidades*, Salvador, n. 238, p. 641-658, 2016.

FREITAS, Felipe da Silva. *Racismo e polícia*: uma discussão sobre mandato policial. 2020. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Rodrigo Portela. Cultura jurídica e diáspora negra: diálogos entre direito e relações raciais e a teoria crítica da raça. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1203-1241, 2021.

GONZALEZ, Lélia. A mulher negra na sociedade brasileira: uma abordagem político-econômica. *In*: GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 93, p. 69-82, jan./jun. 1988.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Ciências Sociais Hoje*, Brasília, n. 2, p. 223--244, 1984.

GOOGLE ACADÊMICO. [*S.l.*], [*s.d.*]. Disponível em: https://scholar.google.com.br/?hl=pt. Acesso em: 11 jan. 2024.

GOULART, Domenique Assis. *Mãe é mãe*: o estereótipo da maternidade na criminalização de mulheres por aborto e por crimes comissivos por omissão. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

GUIMARÃES, Jonhatan Razen Ferreira; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. Frantz Fanon e criminologia crítica: pensar o Estado, o Direito e a punição desde a colonialidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 135, p. 307-341, 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LEAL, Camila Garcez. *Ministério Público*: a caneta que puxa o gatilho – os homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial e o caso Cláudia Silva Ferreira. 2020. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

LIMA, Fernanda da Silva; FELIPE, Delton Aparecido. Insurgências e insubordinações negras no ensino superior: as cotas raciais e o tensionamento dos currículos nas universidades. *Revista Culturas Jurídicas*, [*s.l.*], v. 8, n. 20, p. 877-904, maio./ago. 2021.

LOPES, Juliana Araújo. *Constitucionalismo brasileiro em pretuguês*: trabalhadoras domésticas e lutas por direitos. 2020. 329 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020a.

LOPES, Juliana Araújo. Quem pariu Améfrica? Trabalho doméstico, constitucionalismo e memória em pretuguês. *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* Brasília, v. 10, n. 2, p. 93-123, 2020b.

LOPES, Juliana Araújo. *Mulheres negras moldando o Direito Constitucional do Trabalho brasileiro*: a doméstica, o feminismo negro e o Estado Democrático de Direito. 2017. 118 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira *et al*. Confluir para descolonizar: aportes afrodiaspóricos e ameríndios para a crítica do Direito. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 8, n. 20, p. 380-424, maio/ago. 2021.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. Ministério Público e domínio racial: poucas ilhas negras em um arquipélago não negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 266-294, 2020.

MELO, Leonardo Dourado *et al*. Desburocratizando o juridiquês: encruzilhadas da educação jurídica popular no enfrentamento ao racismo. *InSURgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, v. 8, n. 2, p. 223-248, 2022.

MOURA, Clóvis. *Sociologia do negro brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

OLIVEIRA, João Pablo Trabuco de. *O racismo ambiental no cárcere brasileiro*: retratos do genocídio negro contemporâneo na Penitenciária Lemos Brito. 2020. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

PINHEIRO, Luciano Santana. "*A gente formiga e eles elefantes*": o direito nas narrativas de familiares-vítima da letalidade policial em Feira de Santana. (Monografia) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, 2020.

PINHEIRO, Luciano Santana. "*A gente formiga e eles elefantes*": o direito nas narrativas de familiares de vítimas da letalidade policial em Feira de Santana-BA. Relatório do Programa de Iniciação Científica da FGV DIREITO SP. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2019.

PIOVESAN, Betina Fontana. *Insurgências jurídicas no Movimento de Mulheres Camponesas*: o feminismo camponês e popular e a reprodução social. 2021. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Por um constitucionalismo ladino-amefricano. *In*: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFOGUEL, Ramón (orgs.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. p. 285-304.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Cartas do cárcere: testemunhos políticos dos limites do Estado Democrático de Direito. *In*: PIRES, Thula; FREITAS, Felipe (orgs.). *Vozes do cárcere*: ecos da resistência política. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018. p. 166-212.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Direitos humanos traduzidos em pretuguês. *In*: 13º MUNDOS DE MULHERES & FAZENDO GÊNERO 11, 2017, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis: UFSC, 2017a.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 135, p. 541-562, set. 2017b.

PRADO JR., Caio. Raças. *In*: PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*: colônia. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25378. Acesso em: 11 jan. 2024.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. 1980. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

RABELO, Danilo dos Santos; SPOSATO, Karyna Batista. A importância das narrativas na construção do ensino jurídico antirracista. *Revista Contemporânea de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 37, p. 46-64, 2021.

RAMOS, Alberto Guerreiro. Patologia social do branco brasileiro. *In*: RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995. p. 171-192.

RAMOS, Alberto Guerreiro. O problema do negro na Sociologia brasileira. *In*: SCHWARTZMAN, Simon. *O pensamento nacionalista e os "Cadernos de Nosso Tempo"*. Brasília: Câmara dos Deputados e Biblioteca do Pensamento Brasileiro, 1981. p. 39-69.

RAMOS, Luciana de Souza. *O Direito achado na encruza*: territórios de luta, (re)construção da justiça e reconhecimento de uma epistemologia jurídica afro-diaspórica. 2019. 412 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

SANTANA, Raquel Leite da Silva. *O trabalho de cuidado remunerado em domicílio como espécie jurídica do trabalho doméstico no Brasil*: uma abordagem justrabalhista à luz da trilogia literária de Carolina Maria de Jesus. 2020. 255 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. *A invenção do "ser negro"*: um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros. Brasil: Educ, 2002.

SÃO BERNARDO, Augusto Sérgio dos Santos de. *Kalunga e o Direito*: a emergência de uma justiça afro-brasileira. 2018. 245 f. Tese (Doutorado Multi-Institucional e Multidisciplinar em Difusão do Conhecimento) – Faculdade de Educação, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/handle/ri/27886. Acesso em: 15 fev. 2023.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; BOTELHO, André. Pensamento social brasileiro, um campo vasto ganhando forma. *Lua Nova*, São Paulo, v. 82, p. 11-16, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ln/n82/a02n82.pdf. Acesso em: 5 nov. 2021.

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 em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

SOUZA, Gabriel Delphino Fernandes de; SILVA, Thiago Campos da. Pensamento negro em debate: as ideias de Ronilso Pacheco e de Emicida. *Temáticas*, Campinas, SP, v. 29, n. 57, p. 183-207, 2021. Disponível em: https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/tematicas/article/view/13813. Acesso em: 5 nov. 2021.

SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se negro*: Ou As vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

STANCHI, Malu; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Memórias abolicionistas sobre a tortura no Brasil. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 19, n. 101, p. 200-252, jan./mar. 2022.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Direito, devir negro e conflito ecológico distributivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 42, n. 2, p. 120-140, 2019. Disponível em: https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/56534. Acesso em: 13 fev. 2023.

VIANNA, Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*: história, organização, psicologia. Belo Horizonte: Itatiaia: Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1987.

VICENTE, Larissa Maria da Silva. *Racismo institucional no Brasil e Poder Judiciário*: um olhar sobre os casos de intolerância religiosa contra as religiões de matriz africana no estado do Rio de Janeiro. 2017. 58 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

WENCESLAU, Ethiene Vanila de Souza. *Elementos das desigualdades raciais nas políticas públicas habitacionais brasileiras*: estudo da centralidade urbana à luz da execução do programa federal de habitação popular Minha Casa, Minha Vida na cidade do Rio de Janeiro no período de 2010 a 2017. 2020. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

ZACARIAS, Laysi da Silva. *Amefricanizando o amor*: diálogos entre bell hooks e Lélia Gonzalez. 2021. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) – Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

Julia dos Santos Drummond

Doutoranda em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Pesquisadora do Núcleo de Justiça Racial e Direito da FGV DIREITO SP. Pesquisadora visitante da Arizona State University (2022-2023).

juliasantosdrummond@gmail.com

Luciano Santana Pinheiro

Mestre em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Pesquisador visitante da University of Pennsylvania (2022-2023). Professor Substituto de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

lucianosantana12@hotmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 19.05.2022
Aprovado: 01.09.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202410

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brazil
https://orcid.org/0000-0002-4164-0229

2 Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, Distrito Federal, Brazil
https://orcid.org/0000-0002-9512-8394

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

Judge's Managerial Competences: A Case Study of a High-Performance Court

COMPETENCIAS GERENCIALES DEL JUEZ: UN ESTUDIO DE CASO EN UN JUZGADO DE ALTO DESEMPEÑO

COMPETÊNCIAS GERENCIAIS DO JUIZ: UM ESTUDO DE CASO EM UMA VARA DE ALTA PERFORMANCE

Livia Lúcia Oliveira Borba[1], *Fabricio Castagna Lunardi*[2] e *Tomas Aquino Guimarães*[3]

Abstract
This article investigates the managerial competences that are most important for state trial court judges in the performance of their managerial tasks, and the relationship between these competences and management practice. This topic has not been fully explored in the scientific literature and the present study employed a qualitative approach supported by interviews, and document analysis. The research is a case study of the trial court of Espinosa City, of the Minas Gerais State Court, Brazil. The performance of this court is outstanding when compared with other similar trial courts. We interviewed 13 key actors in that judicial unit, including four judges, the court secretariat manager, five officials, a social worker, a prosecutor, and a lawyer. Each interview was conducted using a semi-structured interview schedule. The data was assessed using content analysis, with the support of ATLAS.ti and Iramuteq software. The results evidence eight judges' managerial competencies and one resource (support team expansion). The competences are the following: People Management and Team Leadership, Judicial Proceedings Management, Communication, Systemic Vision, Innovative Action, Information Management, Technical Managerial Competence, and Outcomes-Oriented Management. These results and their relationship with court performance are herein discussed. A research agenda, managerial implications and improvements in the Judiciary's management policies are also set out.

Keywords
Managerial competences; judge; Judiciary; judicial management; judicial proceedings.

Resumen
Este artículo investiga las habilidades directivas de los jueces relevantes para el desempeño judicial y la relación de estas competencias en la práctica de gestión. La investigación aborda un tema poco explorado en la literatura científica y se desarrolló desde un enfoque cualitativo apoyado en entrevistas y análisis de documentos. Este es un estudio de caso del Juzgado de la ciudad de Espinosa, del Tribunal de Justicia de Minas Gerais, que destacó en rendimiento en comparación con Juzgados similares. Fueron entrevistados 13 actores claves de esta unidad judicial, cuatro de los cuales son jueces, el gerente de secretaría, cinco empleados, un trabajador social, un fiscal y un abogado, con base en una guía de entrevista semiestructurada. El análisis de los datos se realizó con el apoyo de los softwares *ATLAS.ti e Iramuteq. Los resultados muestran ocho habilidades gerenciales de los jueces y un recurso (expansión del equipo de soporte). Las competencias son las siguientes: Gestión de Personas y Liderazgo de Equipos, Gestión de Procesos Judiciales, Comunicación, Visión Sistémica, Acción Innovadora, Gestión de la Información, Competencia Técnica de Gestión y Gestión Orientada a*

Resultados. Estos resultados y sus relaciones con el desempeño judicial son discutidos, y son presentadas una agenda de investigación, implicaciones gerenciales y sugerencias para mejorar las políticas de gestión judicial.

Palabras clave
Competencias gerenciales; juez; Poder Judicial; administración judicial; proceso judicial.

Resumo
Este artigo investiga as competências gerenciais de juízes de primeiro grau mais relevantes para o desempenho judicial e a relação dessas competências na prática de gestão. A pesquisa aborda um tema pouco explorado na literatura científica e foi desenvolvida a partir de uma abordagem qualitativa apoiada em entrevistas e análise documental. Trata-se de um estudo de caso da vara judicial da cidade de Espinosa, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a qual se destacou em desempenho, quando comparada com varas semelhantes. Foram entrevistados 13 atores-chave dessa unidade judicial, sendo quatro juízes, o gerente da secretaria, cinco funcionários, uma assistente social, um promotor e um advogado, com apoio de um roteiro semiestruturado de entrevistas. A técnica de análise de conteúdo, com suporte dos softwares *ATLAS.ti e Iramuteq, foi utilizada na análise dos dados. Os resultados mostram oito competências gerenciais de juízes e um recurso (expansão da equipe de suporte). As competências são as seguintes: Gestão de Pessoas e Liderança da Equipe, Gestão do Processo Judicial, Comunicação, Visão Sistêmica, Ação Inovadora, Gestão da Informação, Competência Técnica Gerencial, e Gestão Orientada para Resultados. Esses resultados e suas relações com desempenho judicial são discutidos, e são apresentadas uma agenda de pesquisa, implicações gerenciais e sugestões de melhorias em políticas de gestão do Judiciário.*

Palavras-chave
Competências gerenciais; juiz; Judiciário; administração judicial; processo judicial.

Contribuição de autoria

Livia Lúcia Oliveira Borba
Conceptualization; methodology; investigation; formal analysis; writing – original draft.

Fabricio Castagna Lunardi
Formal analysis; methodology; investigation; writing – review & editing.

Tomas Aquino Guimarães
Methodology; investigation; formal analysis; writing – review & editing.

How to quote this article
BORBA, Livia Lúcia Oliveira; LUNARDI, Fabricio Castagna; GUIMARÃES, Tomas Aquino. Judge's Managerial Competences: A Case Study in a High-Performance Court. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2410, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202410

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

The Brazilian Judiciary operates within a legal system that includes various forms of contesting decisions and successive re-examinations of legal claims, which lengthen the court disposition time. The courts were institutionalised as a state power, having assumed a leading role in the political, social and economic life of the country, due especially to the influence of the Federal Constitution of 1988. The Constitution ensured the independence and autonomy of the Judiciary. This institutionalization process, under the aegis of the Federal Supreme Court, is discussed by Sadek (2022), who describes a long history of clashes between that court and other powers of the Brazilian republic, especially the executive. Da Ros and Taylor (2019) state that Brazil has a complex set of norms that create significant redundancy in the decision-making of the Judiciary. According to these authors, the first redundancy occurs "when legally identical or similar cases are decided by several jurisdictional bodies, isolated and repetitively" and the second "occurs in relation to the same case, which is re-examined by several jurisdictional bodies until a final decision is reached" (Da Ros; Taylor, 2019, p. 10).

This institutional design tends to increase the judicialization of conflicts (Lunardi, 2021), which, alongside the redundancy, is enhanced by judicial intervention in areas of public policy (Desposato; Ingram; Lannes, 2015). These factors contribute to the overuse of litigation (Lunardi, 2022) and, consequently, the judicial system tends to perform ineffectively and take an excessive amount of time to adjudicate (Gico, 2020). Castelliano and Guimaraes (2023, p. 20-21) compare the court disposition time between Brazil and European countries in civil and commercial litigation. They further conclude that disposition time "in first-instance European courts consists of 232 days, and in Brazil, it is almost three times higher (632 days)". They also conclude that "in Brazilian second-instance courts (320 days) is almost 50% higher than the European average days)" (Castelliano; Guimaraes, 2023, p. 20-21).

Da Ros and Taylor (2019) analyse the main reforms of the Brazilian Judiciary over the last decade of the 20th and the first two decades of the 21st centuries, many of which focused on improving the performance of judicial provision. These authors suggest that, despite all the reform efforts, the effectiveness of the Judiciary has not improved much.

Despite criticism of the restricted focus on quantitative efficiency metrics (Oliveira; Cunha, 2020), the creation of the National Council of Justice (CNJ) in 2004 and its Justice in Numbers Seal in 2013 set the principles of Total Quality Management approach to the Brazilian Judiciary. For example, a symbiotic relationship is presumed to exist between measurement and management, as suggested by Deming (1992). At the same time, under the

1 The authors thank Guilherme Viana Ferreira for his statistical assistance, as well as the anonymous reviewers, whose contributions significantly improved the text.

umbrella of the New Public Management approach in the justice system, judges assume a new role, each judge functioning as a more active professional and with management responsibilities in the courts (Pereira; Correia; Lunardi, 2022). Judges, as the main court professionals and managers, define the quantity, quality, and pace of judicial production; the essence of judicial performance lies in their activities (Gomes; Guimarães, 2013).

On the other hand, judges may be difficult to manage, as they are traditionally seen as independent, both in their decision-making and in their courts. Using performance evaluation techniques to assess their competences may raise questions about judges' independence (Ng, 2011). The competency-based management approach is used in the context of efforts to improve judicial management. Researching judges' managerial competences is important, because in several countries, such as Brazil and Portugal, these professionals have assumed managerial tasks and responsibilities, as evidenced in current research (Gomes; Guimarães; Souza, 2016; Guimarães *et al.*, 2017). The growth and importance of management in a judge's routine have caused conflicts and ambiguities in their performance. Conflict commonly occurs because judges divide their attention between their role in the trial court and administrative activities, as well as having to accommodate the demands and expectations of political parties, which are generally heterogeneous (Guimarães *et al.*, 2017).

This article investigates the following research problem: Considering the judges' management role and its influence on judicial effectiveness, what are the most important managerial competences for first instance judges, and what is the relationship between such competences and judicial management practices? The results discussed below identify eight managerial competences of judges and one resource (expansion of the support staff). The competences are the following, in order of importance: People Management and Team Leadership, Judicial Proceedings Management, Communication, Systemic Vision, Innovative Action, Information Management, Technical Managerial Competence, and Outcomes-Oriented Management.

The research occupies a theoretical gap left by the lack of previous studies on this topic. We conducted a search on the Scopus database, on March 31st, 2023, using the following search terms on the title, abstract and keywords of articles stored in that database: ("managerial competence*" OR "management competence*" OR "managerial skill*" OR "management skill*") AND ("judge" OR "judges"). This search found no scientific articles. This paper is important for the judicial management field due to the evident lack of research on the first instance courts of the Brazilian State Justice System (Da Ros; Ingram, 2019). Considering the role of the judge-manager, this research is also important because of its potential to produce scientific evidence for improvements in judicial management. The use of the competence-based management approach stems from a broader process of institutionalization and reform of the Brazilian Judiciary.

1. Mapping and Applying a Competence Framework to the Judge-Manager

The performance-competence framework, based on the behaviour of people at work, which had previously been applied to officials of the Minas Gerais State Court occupying managerial positions, was adopted because it was assumed that there would be a considerable similarity between the necessary competences of court managers and those of judge-managers. Judges are also assessed through a different performance evaluation process, focusing on goals and outputs measured by data aggregated at the level of the judicial unit, with characteristics defined by the CNJ.

As there is no official assessment of the managerial performance of judges, this research adopted the list of eight managerial competences used to evaluate Minas Gerais State Court managers as a starting point, as shown in Table 1 (TJMG, *s.d.*). In addition, the study considered that the result achieved by a state trial court is associated with the planning, monitoring, and control of the work undertaken by the judge. Common sense suggests that the welfare of a trial court depends on the engagement of leaders. However, it is not clear which competences compose such behaviour.

TABLE 1 – **Managerial Competences of Minas Gerais State Court Officials**

COMPETENCE	COMPONENTS
INNOVATIVE ACTION	CONTRIBUTES WITH SUGGESTIONS AND PRACTICAL ACTIONS FOR THE CONTINUOUS IMPROVEMENT OF THE SERVICES PROVIDED.
	FACILITATES THE IMPLEMENTATION OF INNOVATIVE PROJECTS AND INITIATIVES.
TECHNICAL MANAGERIAL COMPETENCE	APPLIES SPECIFIC TECHNICAL KNOWLEDGE TO THE WORK IN WHICH THE EXPERTISE IS APPLIED.
	SEEKS TO UPDATE KNOWLEDGE AND ACQUIRE NECESSARY INFORMATION THROUGH PROFESSIONAL AND PERSONAL DEVELOPMENT.
COMMUNICATION AND INSTITUTIONAL INTEGRATION	ACTS COLLABORATIVELY TO PROMOTE THE INTEGRATION OF OWN AREA WITH RELATED AREAS.
	COMMUNICATES EFFECTIVELY TO PROMOTE INSTITUTIONAL INTEGRATION.
INFORMATION MANAGEMENT	SHARES KNOWLEDGE AND INFORMATION REGARDING PROFESSIONAL AREA.
	KEEPS UP-TO-DATE INFORMATION REGARDING THE WORKING PROCESS WITHIN ONE'S PROFESSIONAL AREA.

(continues...)

COMPETENCE	COMPONENTS
PEOPLE MANAGEMENT AND TEAM LEADERSHIP	MONITORS, EVALUATES PERFORMANCE, AND PROMOTES THE DEVELOPMENT OF TEAM MEMBERS.
	MANAGES CONFLICT BETWEEN TEAM MEMBERS AND WITH THE INSTITUTION'S INTERNAL AND EXTERNAL AUDIENCES.
	SHARES INSTITUTIONAL OBJECTIVES, GOALS, PRIORITIES, AND VALUES WITH THE TEAM.
	DISTRIBUTES ACTIVITIES AND GUIDES THE TEAM ACCORDING TO CAPACITY, SKILLS AND EXPERIENCE OF TEAM MEMBERS.
WORK PROCESS MANAGEMENT	MANAGES THE WORK PROCESS WITH A FOCUS ON THE INSTITUTIONAL OBJECTIVE, CONSIDERING THE QUALITY AND DEADLINES SET.
	PROMOTES EFFECTIVE SERVICE TO INTERNAL AND EXTERNAL AUDIENCES, WITH SECURITY OF INFORMATION PROVIDED, PROMPT RESPONSE AND CORDIALITY.
OUTCOMES-ORIENTED MANAGEMENT	MONITORS THE EXECUTION OF THE WORK AND MAKES DECISIONS AIMED AT RESULTS DEFINED BY THE WORK AREA.
	CARRIES OUT PROFESSIONAL ACTIVITIES WITH A FOCUS ON ACHIEVING THE OBJECTIVES AND AREA/INSTITUTION GOALS.
SYSTEMIC VISION MANAGEMENT	DIRECTS PERFORMANCE CONSIDERING INTERNAL AND EXTERNAL CONTEXTS AND THE IMPACTS ON ITS WORKING FIELD AND THE COURT.
	PROMOTES THE SYSTEMIC UNDERSTANDING OF THE INSTITUTION, FAVOURING THE ALIGNMENT OF THE TEAM WITH INSTITUTIONAL OBJECTIVES.

Source: TJMG (*s.d.*).

Innovative Action Competence implies "doing things differently" and "doing better" (Baxter; Schoeman; Goffin, 2011, p. 14). Incremental innovation seems to fit better to the formal and hierarchical environment of the Judiciary, rather than radical or disruptive innovation. In a state-of-the-art review on judicial innovation and performance, Sousa and Guimarães (2014) identified 21 empirical articles that identified innovation in the judicial system as incremental. Three of them examined innovation at the organizational level, 12 at the political-legal level, and six in technological aspects.

Technical Managerial Competence is a kind of meta-competence that includes a set of other competences. In this specific case, Managerial Competence would be the set of eight competences described in Table 1. A manager achieves objectives by the intermediation of other people, performing in an appropriate way, and coordinating the team in the typical activities of the administrative cycle (planning, organization, coordination/monitoring, and control). Competent public managers are "creators of professional sense" who know how to

perceive political cues and stimuli, further triggering and relating them to new or existing issues (Horton, 2000).

Communication and Institutional Integration is the next competence evidenced in Table 1. In organizations, communication has five essential functions: management, feedback, emotional sharing, persuasion, and exchange of information. To perform better, managers need to have a certain control over their team members, give feedback, encourage people to engage, allow emotional sharing, monitor attempts at persuasion, and promote the exchange of information (Robbins; Judge, 2020).

Information Management, the fourth competence in Table 1, also known as Knowledge Management, is the process of applying a systematic approach to the collection, structuring, management, and dissemination of knowledge throughout the organization, to work faster, use best practices, and record lessons learned (Dalkyr, 2011).

The next competence, People Management and Team Leadership, is a competence that includes the set of policies and practices that reconcile the expectations of the organization and the people who work in it, so that both can be satisfied in the long term, as Dutra (2008) points out. For this author, the policies are the guidelines and principles that guide the organization's behaviour. Practices consist of procedures, methods, and techniques used to implement decisions (Trentin, 2021).

Work Process Management, the sixth competence in Table 1, is related to efficiency, or the ability of the judicial system to prosecute cases without excessive delay. Inefficiency refers to a situation in which there are "uncontrolled variations" in delays, arising from systemic distortions that are not inherent in the process itself and that can be identified but not eliminated (Prillaman, 2000). Combining the efficiency and effectiveness of working processes means performing the work with as few resources as possible, thus achieving results that meet the demands of users. In practical terms, the appropriate combination of effectiveness and efficiency determines the quality of the process (Macieira; Maranhão, 2010).

Amah, Nwuche and Chukuigwe (2013) describe Outcomes-Oriented Management, the seventh competence in Table 1, as a participatory process that involves the team discussing objectives and engaging everyone involved. According to these authors, strict and specific goals can motivate people to achieve high organizational performance under appropriate conditions (Amah, Nwuche and Chukuigwe, 2013).

Systemic Vision Management, the last competence evidenced in Table 1, is concerned with understanding the complex network of interactions between officials and identifying leverage points to solve the organization's problems (Vemuri; Bellinger, 2017).

2. Research Methods and Techniques

The research was carried out through a qualitative case study of first trial courts that comprise the Minas Gerais State Court, dealing with a broad set of judicial proceedings. This

methodology was chosen because the case study allows for the empirical testing and validation of data, as Eisenhardt (1989) points out. In addition, case study research is also suitable for generating new proposals and for testing elements of theories (Yin, 2009). The present investigation focuses on the former. The case study permits an investigation and assessment of the managerial competences, described in Table 1, in a real-life context.

In designating the case for study, we first selected, from among the trial courts that deal with a broad set of judicial cases, those that have completed the Strategic Planning Deployment Program of the Minas Gerais State Court. These judicial units share the following characteristics: broad jurisdiction, the quality of being generally overseen by judges in lifetime training and location in the smaller municipalities of the state. Usually, judges start their career in municipal districts.

The selected courts were ranked on the Judgment Index. This indicator represents the number of cases in which there has been a ruling in a given year, divided by the total of new cases in the same year. If the index is less than 1, the number of cases tried was less than the number of new ones. This indicator was chosen over the crude rate of closing because courts that have few pending cases can be very efficient, but cannot close more cases. The other two indicators measured by the state Court are the reduction in the number of on-going cases and the backlog. We did not use these indicators, as they may be influenced by other factors rather than the judge's managerial competences, which were the focus of the present study. Such extraneous factors might include the distribution of cases and stakeholder actions.

The highest-ranking trial court in Minas Gerais State Court was the Tombos City Court, with a judgment rate of 212.5% and a write-off rate of 370.66%, a reduction in paralyzed cases of –67.73%, and a reduction in the case collection of –47.16%. However, we did not use Tombos City Court for the case study because, besides being an extreme outlier, it records a remarkably high number of cases relating to constant energy outages. The region is located at the end of the line of the Minas Gerais Energy Company and such an extraordinary circumstance produces this local effect. For this reason, we selected the second ranked: the trial court of Espinosa City. It is hard to attract judges to work in this trial court, as it is located in the northern region of the state, about 900 km from the state capital, Belo Horizonte. Its economy is mainly based on public administration, and it is ranked 219th out of 853 municipalities in Minas Gerais in terms of Gross Domestic Product between 2010 and 2018.

The Espinosa City court is one of the 126 state trial courts that completed the Strategic Planning Deployment Program, carried out by the Internal Affairs General Office of the Minas Gerais State Court, by March 8th, 2021.[2] The program applies the PDCA (Plan, Do,

2 According to the information provided by the Planning and Management Support Center of the First Instance (NUPLAN/CGJ/TJMG) (TJMG, *s.d.*).

Check, Act) methodology, and implements the following steps to be developed by the court and presented to Justice Internal Affairs: 1) Diagnosis of Trial Court; 2) Trial Court Strategy Plan; 3) Management Action Plan; and 4) Permanent Follow-Up.

Between July 1st, 2018, and July 1st, 2019, Espinosa Court had a judgment rate of 116%, a 29% dropping rate, a reduction in paralyzed processes of 93%, and a reduction in case submissions of 11.51%. To identify what produced this excellent performance, we studied the eight management competences set out in Table 1.

The main research data is comprised of video conference interviews with key actors in the justice system who could provide information about the performance achieved by Espinosa Court during the aforementioned period of time. The interviews were conducted between April 5th and 16th, 2021, and included a consent form recorded via the Google Meet platform. We selected people who worked in Espinosa between July 2018 and July 2019 and experienced the 116% increase in the judgment rate. They were made up of the judge responsible for the court, the court secretariat manager, five officials, a social worker, a prosecutor, and a lawyer. We also interviewed the current judge, the judge who accompanied the lifetime training of the judge responsible for the 116% increase in trial rate, and one who worked in the judicial district in 2008, to provide a historical overview of the court. The saturation point was reached with 13 interviews. To protect the interviewees' identity, we omitted their names and identified the interviews with the numbers 1 to 13. These inquiries generated a total of five hours and 40 minutes of recording.

We used a semi-structured script with three broad questions to carry out the interviews: 1) In your opinion, what generated the results of the Espinosa Court in the period from July 1st, 2018, to July 1st, 2019? 2) In your opinion, from the eight managerial competences [listed in Table 1], which had the most impact on the judge's conduct in that period? 3) In your opinion, did the context of the district influence the results? In what way? Initially, we asked the interviewees about the importance of each competence to the judge's performance, avoiding biases that would compromise the research. We considered a high-quality interview to be one in which the interviewee talks about what is truly important to they, and the researcher obtains detailed answers (Poupart *et al.*, 2014).

The data analysis was supported by content analysis advocated by Bardin (2010). We transcribed the interviews into text, and then we read the transcriptions. In a second phase, we used corpus coding techniques (transcription of interviews), which involved a thorough examination of the defining categories (coding systems) and identifying registration units in the documents. Units of meaning were coded, and these segments were the base for subsequent grouping and measurements of frequency (Vosgerau; Pocrifka; Simonian, 2016). Deductive logic was employed, since the categories of analysis were fixed before data collection (Nunes *et al.*, 2017), from the model of competences adopted.

After initial coding, manual categorisation was performed, generating codes found in the interviewees' speech. Eight codes were created, adapted from the competences described

in Table 1, namely: innovative action; managerial technical competence; communication; information management; people management and team leadership; judicial proceedings management; outcomes-oriented management; and systemic view. In addition, two other codes were derived from the interviewees' statements: 1) expansion of staff; and 2) cooperation between judges.

The analysis of the data obtained in the interviews was supported by ATLAS.ti, version 9 and IRAMUTEQ software. This software facilitates the analysis, through information technologies, by mapping and aggregating textual information. However, the software cannot perform analyses on its own. The methodological logic of data analysis, following Bardin's (2010) proposal, was provided through commands entered by the researchers.

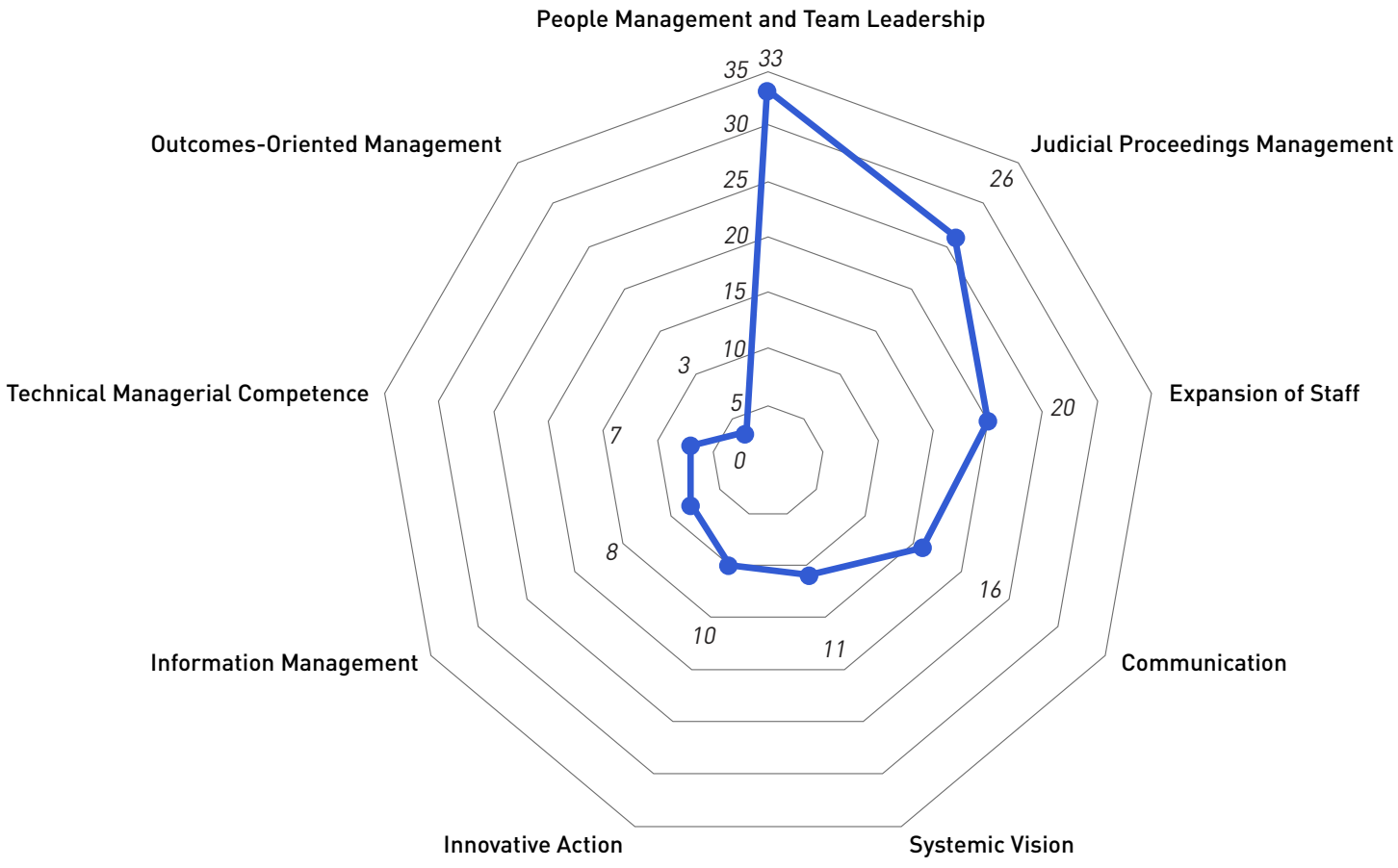
3. Results and Discussion

After analysing the data, we selected and categorized excerpts from the interviews. Through the ten codes created, we identified the most important competences for the court performance studied and the relationship between them. These results are discussed below.

3.1. The Most Important Managerial Competences for Judges

Figure 1, produced with ATLAS.ti software, shows the number of absolute occurrences (citations) of the managerial competences indicated in the interviews.

FIGURE 1 – **COMPETENCES AND RESOURCES STATED IN THE INTERVIEWS**



Source: Research data.

The most highlighted judge's managerial competence revealed in the interviews was People Management and Team Leadership, referred to 33 times by nine out of the 13 interviewees. It was reported that, when the judge arrived in Espinosa, he met with the team and asked for everyone's support. The judge's leadership enhanced the integration and sense of belonging among the civil servants. His performance was noteworthy because he monitored, assessed the performance, and promoted the development of team members, seeking to ensure that everyone worked at a pace that would speed up cases.

Although the court officials observed that the work rate had changed completely, they also emphasized that the way in which the judge worked resulted in harmony, as he spoke to each team member and sought feedback. It was also reported that the judge always credited the best results to teamwork whenever he received praise for the management of the state trial court.

Furthermore, the judge set aside periods of the workday to work with the secretariat, which ensured more contact with the team. Encouraging closeness between team members and across the team as a whole was another point emphasized by the interviewees. We infer that the judge's role as leader and manager influenced the numbers in the judgment rate. The testimony below reflects this result:

> Now we're working at another rhythm, and he [the judge] walks into the office and checks tasks, and he is someone that calls everyone by name. I believe that the staff worked quietly and competently due to this deference. So, the workers had that pleasure of doing, working at his pace, working together […] to give an outstanding result (Interview 6).

> [The judge] did these regular meetings by placing them [workers] as protagonists also in the state trial court […]. This question of order, do this, do that, I tried to take some of my manager ideas. We were co-participatory. And everyone was enthusiastic (Interview 8).

The behaviour of the leader resulted in more emphasis on the task (clarification, planning, monitoring of activities and problem solving), people (support, development, recognition, and empowerment), change (advocacy, vision, incentive to innovation, and facilitating collective learning) and being outwardly oriented (networking, market monitoring, external representation) (Yukl, 2012).

The most important competence of leadership primarily focuses on the leader, their relationships with people, some organizational impacts, and also, to a lesser extent, articulates with the four dimensions stated above, which would position the leader as the fundamental link in organizational alignment (Bianchi; Quishida; Foroni, 2017). The leader can also act as a filter between people management policies and practices, and the perception of such practices by professionals in the organization (Bianchi; Quishida; Foroni, 2017). The research results show that the judge was the link among the work someone would perform, officials within the decision-making team, the need for change, and the external stakeholders.

The second most frequently mentioned competence, referred to 26 times, was Judicial Proceedings Management, indicated by nine out of 13 interviewees. The investigation showed that, at breaks during the hearings, the judge went to the conciliation room to approve agreements made between the parties, allowing personal subpoena from the approval decision. Interviewee 6 emphasized that the judge substantially cared about reconciliation. It was also mentioned that, in cases in which the defendant had more than one criminal case, it was sent, at the same time, to the public prosecutor and then to the defence lawyer to accelerate the results. This conduct reduced unnecessary acts and interlocutions.

The respondents also highlighted, in addition to the judge's professional dedication and forensic working hours, the ability to manage the several areas of adjudication, avoiding so-called "case dead time". The judge set quantitative and qualitative goals, gradually reducing the court's backlog of cases from approximately 2,000 to zero. What's more, the management maps of the Computerized System of District Services followed the actions recommended by the judge. The need to reconcile personnel with process management was emphasized in the following terms: "one cannot speak in the judicial unit about personnel management dissociated from process management, because it is our work tool […], if you do not process command, you will work hard and produce little" (Interview 3).

Expansion of Staff emerged in third position, with 20 references. It is a resource rather than a managerial competence, acquired through the judge's ability to collaborate with external entities to secure external cooperation. Because of agreements with the City Hall and City Council of both municipalities within the court's district, the number of officials increased from two to five. At the same time, the upper administration of the Minas Gerais State Court provided a legal expert to assist the judge. Thus, the composition of the team influenced the increase in the judgment rate according to seven of the 13 interviewees. This specific result, although not related to the judge's managerial competences, is important because the size and qualification of the support team in a trial court is an issue directly related to the court's performance. It is inferred, therefore, that the judge's managerial competences do not completely explain the unit's performance.

Communication was the next most important competence, mentioned 16 times by the interviewees. The process of communication is key for the efficiency and effectiveness of any organization. In the court studied, the communication strategies, coordinated by the judge, contributed to the integration of the internal team as well as toward helping with interaction with external stakeholders – mainly public prosecutors, lawyers and parties. At the same time, it positively affected the trial court performance. Interview 6 revealed that the judge visited the secretariat and to the Brazilian Bar Association room every day. It highlighted that the judge was open to dialogue and displayed a more receptive attitude. The interviewee stated this in the following terms:

> I think he came fresh, full of things, with good thoughts. He encouraged everyone to look for studies; he was always close to workers in all sectors. Every day he passed by us and, [with] that attitude, I think he values us. It is crucial because he was willing to help, he asked us about difficulties: "Do you have any difficulties?", "Got a problem?" So, he is always concerned about the whole court (Interview 6).

Before starting work, the judge and his colleagues made an effort to know the community. We categorized this behaviour as Systemic Vision competence, referred to 11 times by the interviewees. Making contact with the municipalities located in the northern region of the State of Minas Gerais served as a stimulus to expedite cases, in addition to encouraging action to assist families in need:

> [The judge] first sought to know the community, the neediness, and everything, which led him to have this place of resolution. Why? He arrived in a county where no one believed, practically, everything of the staff is like this: […] "I'm not going to go to court because it's going to take so long that I'm going to die and it will be my grandchildren who will get paid." So, there weren't many people looking to assert their rights, and people did not believe in a quick result or a result in an average time frame. And then, as he arrived, he

> verified this anxiety that society has here, and was quickly solving the cases […], he made a task force every day to solve the issue (Interview 6).

The Innovative Action competence, mentioned 10 times in the research, was related to a new mode of operation inaugurated by the judge on assuming his first judicial district, represented by the a novel approach to work, the manner of interacting with people, and the search for alternatives, such as the agreements signed to increase the number of interns.

The competence of Information Management, the sixth most mentioned competence, indicated eight times by the interviewees, involves a process of identifying, collecting, storing and disseminating data and necessary information for organizational performance. In this court, this process could be evidenced in the incentives for new team members to prioritize their work, as stated by one interviewee: "[The judge] shared a lot of knowledge of his expertise with the staff mainly. So, he promoted […] a kind of 'classroom' for the interns from time to time, and praised them often" (Interview 1).

The Technical Managerial Competence, also identified in the research through seven mentions by the interviewees, represents the managerial capacity demonstrated by the manager. This result shows that the judge was already well equipped with the managerial skills for his role as judge-manager. The judge who worked in Espinosa during the period under analysis pointed out that the Minas Gerais State Court judicial school provided all training in judicial management through theoretical classes and practical activities:

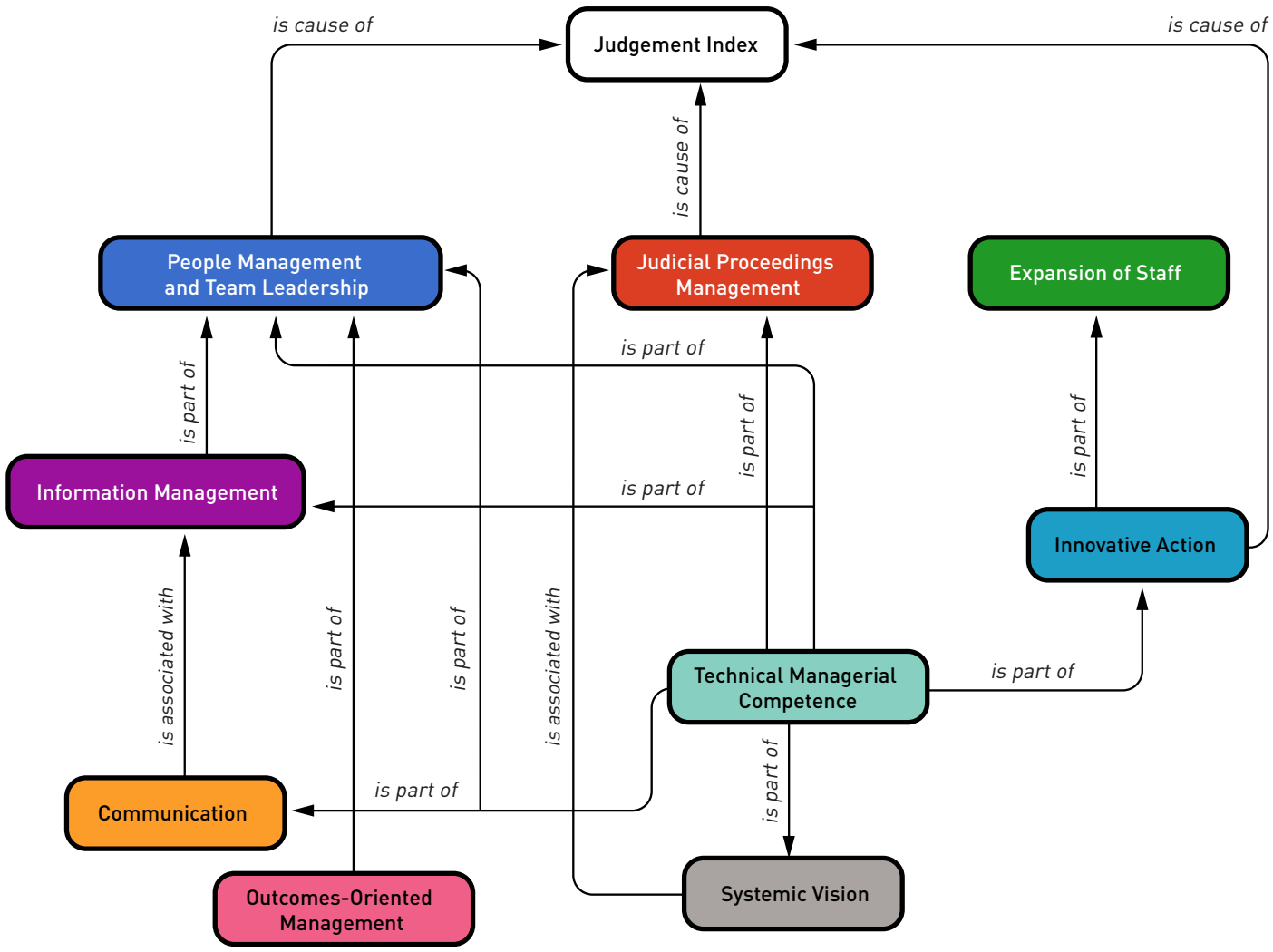
> We went through many units […]. I saw that what I was learning in theory at school was already being applied in practice, and it was working out. […] And I saw how it flowed much more in these managers who had this mentality of planning goals, bringing the team, holding meetings (Interview 8).

Outcomes-Oriented Management, a competence mentioned only three times in the interviews, represents, in fact, a kind of mother competence of the judge responsible for this court. In this case, the frequency in which the code associated with that competence appears in the interviews is less important than its meaning. This competence was seen from the perspective of positive performance influencing society and the quality of life for the team itself, providing further meaning to the actions performed.

3.2. The Interrelationship of Competences and Performance

Figure 2, designed by ATLAS.ti software from the content of the interviews, shows the network of relationships between the competences and resources that influenced the increase in the judgment index in the Espinosa city court.

FIGURE 2 – **RELATIONSHIPS NETWORK BETWEEN COMPETENCES, RESOURCES AND JUDGMENT INDEX**



Source: Research data.

Figure 2 shows that the performance, characterized by the Judgement Index, which increased 116% in the period analysed, is "caused" by the competences of: People Management and Leadership, Judicial Proceedings Management, and the resource Expansion of Staff. Placed in a central position in the diagram, the Technical Managerial competence encompasses the other competencies closely related to each other, as well as that of Innovative Action.

Information Management and Communication are associated competences that integrate People Management and Leadership in the foreground, as well as Outcomes-orientation and Systemic Vision. The latter competence is also associated with Judicial Proceedings Management. In turn, Innovative Action is part of the Judicial Proceedings Management and the Expansion of Staff. That configuration also contributed to the increase in performance of the trial court in the study.

In addition, we used the software IRAMUTEQ to extract a linguistic analysis of the interviews undertaken. The Word Cloud tool was also used. It groups key words and graphically organizes them according to their frequency. Figure 3 shows the result.

FIGURE 3 – **WORD CLOUD**



Source: Research data.

Figure 3 shows that the words related to Judicial Proceedings Management and People Management were most frequently used, alongside words related to the team's expansion through increase in the number of trainees. The judge who worked in Espinosa City in the period from July 1st, 2018, to July 1st, 2019, experienced a kind of transformational leadership, enhancing the sensitivity of followers about what was proper and essential, motivating them to exceed expectations (Bass, 1985), through behaviour represented by the following characteristics (Dias; Borges, 2015, p. 205):

> 1. Idealized influence occurs when the leader is a model for followers, encouraging them to share common visions and goals and providing a clear vision and a strong sense of purpose.
> 2. Inspiring motivation: represents behaviours in which a leader tries to express the importance of the desired goals in a simple way, communicates a high level of expectations, and provides followers with meaning and challenges with work.
> 3. Intellectual stimulus: refers to leaders who challenge followers' ideas and values for problem solving.
> 4. Individualized consideration: refers to leaders who spend more time teaching and training followers, treating them individually.

In addition, the judge's leadership, recognized by the interviewees, was pointed out as essential to the performance achieved by the court studied. Charismatic and people-oriented

leaders have a better communication repertoire than task-oriented ones, and an adequate process of communication ensures better results (Vries; Bakker-Pieper; Oostenveld, 2010). The opportunity for experience (understood as the ability to permeate the environment), involvement with the team and other stakeholders of the justice system, and willingness to change were also present in the judge's performance, as reported by the interviewees.

Conclusions and Recommendations

We used the competence framework, applied by Minas Gerais State Court to officials occupying managerial positions, to identify the most critical managerial competences of judges. We interviewed 13 key actors involved in the work of the state trial court selected for this study, and we further analysed the data with the support of content analysis techniques.

People Management and Team Leadership was the competence identified as the most important for the role of the judge-manager. It was highlighted that the judge's leadership generated rapport and fostered a sense of belonging on the part of the officials, resulting in a higher work rate and, therefore, expedited handling of judicial cases. The judge's performance resulted in harmony among the team, as he talked to employees, sought feedback regarding the work, held get-togethers to reward the achievement of goals, and credited the trial court's performance to the team's work whenever there was praise for the trial court's performance.

Judicial Proceedings Management was the second most relevant competence, according to the interviewees. This competence involves the judges' role in valuing conciliation between parties and speed of an agreement's ratification. It also consists of judges' professional dedication; reduction of "dead time"; definition of goals to clear the backlog of sentences awaiting judgment; and various measures adopted to reduce unnecessary acts, concentrate activities and speed up processes.

In decreasing order of importance, the resource Expansion of Staff was ranked in third position, followed by the following competences: Communication, a competence that contributes to improving the integration of the team and stakeholders (prosecutors and lawyers) ranked fourth; Systemic Vision ranked fifth; Innovative Action, related to a new way of working inaugurated by the judge, ranked sixth; Technical Managerial Competence, associated with monitoring workflow and focusing on necessary adjustments, ranked seventh; and Outcomes-Oriented Management ranked eighth.

The research results enable us to infer that the judge's managerial competences that are important for the improvement of judicial performance can be measured through the judge's activity. The inclusion of a monitoring process for the competences of People Management and Judicial Proceedings Management could be a positive strategy for the improvement of the Judiciary. This process could be built with the active participation of the judges and takes into account the context of the judicial units, fitting into the routine of judges with increasing jurisdictional and administrative duties.

In addition, the survey indicates the need to map judges' core competences (People Management and Judicial Proceedings Management) and to focus on the necessary link between organizational strategy, management practices, and officials' behaviour. Assessing the judge's managerial skills as a team leader can support such alignment. The management policies of the Minas Gerais State Court could, for example, strengthen the training of judges in managerial competences, such as those identified in this research, which may influence the performance of the state trial courts. In addition, methods for monitoring People Management and Process Management throughout the career of judges should be evaluated.

As a research agenda, we suggest that the set of judges' managerial competences identified in this study could be used in future research, as well as applied to larger samples of respondents from other trial courts of the same courtroom and in other Brazilian law courts. This type of study could not only validate these competences and identify other competences relevant to the role of judge-manager, but could also generalize the scientific evidence related to court efficiency and efficacy. Further studies could also confirm possible correlations between these competences and their impact on the performance of trial courts in different states.

Finally, it is important to emphasize that this research has limitations, especially because it is a case study of a trial court in the countryside of a Brazilian state. However, this court, located in a state that represents the diversity of Brazil, which deals with all types of legal cases, can be representative of the reality of several other trial courts in the country. Although the results found in this study are not immediately generalizable, they may be very useful in generating salient insights for broader future research with generalizability. Considering that the topic studied is without precedent in the scientific literature, this research is important and constitutes a starting point for building knowledge about judges' managerial competences.

REFERENCES

AMAH, Edwinah; NWUCHE, Christine A.; CHUKUIGWE, Nwakaego. Result Oriented Target Setting and Leading High-Performance Teams. *Industrial Engineering Letters*, [*s.l.*], v. 3, n. 9, p. 47-59, 2013.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2010.

BASS, Bernard M. *Leadership and Performance Beyond Expectations*. New York: Free Press, 1985.

BAXTER, David; SCHOEMAN, Magnus; GOFFIN, Keith. *Innovation in Justice:* New Delivery Models and Better Outcomes. United Kingdom: Cranfield School of Management, 2011.

BIANCHI, Eliane Maria Pires Giavina; QUISHIDA, Alessandra; FORONI, Paula Gabriela. Atuação do líder na gestão estratégica de pessoas: reflexões, lacunas e oportunidades. *Revista de Administração Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 41-61, Jan./Feb., 2017.

CASTELLIANO, Caio; GUIMARAES, Tomas Aquino. Court Disposition Time in Brazil and in European Countries. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2302, p. 1-25, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Gestão por competências no Judiciário*: compartilhando experiências. v. 1. Brasília: CNJ, 2017.

DA ROS, Luciano; INGRAM, Matthew C. Power, Activation, Decision Making, and Impact: Subnational Judicial Politics in Brazil. *In*: STERETT, Susan M.; WALKER, Lee Demetrius (eds.). *Research Handbook on Law and Courts*. London: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 252-266.

DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew MacLeod. Juízes eficientes, Judiciário ineficiente no Brasil pós-1988. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 89, p. 1-31, 2019.

DALKYR, Kimiz. *Knowledge Management in Theory and Practice*. 2nd ed. Cambridge: The MIT Press, 2011.

DEMING, William Edwards. *Qualidade*: a revolução da administração. São Paulo: Saraiva, 1992.

DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES JR., Osmar P. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, [*s.l.*], v. 31, n. 3, p. 534-567, Aug., 2015.

DIAS, Maria Aparecida Muniz Jorge; BORGES, Renata Simões Guimarães e. Estilos de liderança e desempenho de equipes no setor público. *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 80, n. 1, p. 200- 221, Jan./Apr., 2015. Available at: https://www.scielo.br/j/read/a/KZmhT4JL9DvdctJht4zTThv/abstract/?lang=pt. Accessed on: Jul. 26th, 2021.

DUTRA, Joel Souza. *Competências*: conceitos e instrumentos para a gestão de pessoas na empresa moderna. São Paulo: Atlas, 2008.

EISENHARDT, Kathleen M. Building Theories from Case Study Research. *The Academy of Management Review*, New York, v. 14, n. 4, p. 532-550, Oct., 1989.

GICO JR., Ivo Teixeira. The Tragedy of the Judiciary: An Inquiry into the Economic Nature of Law and Courts. *German Law Journal*, [*s.l.*], v. 21, n. 4, p. 644-673, 2020.

GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomas Aquino. Desempenho no Judiciário: conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 379--401, Mar./Apr., 2013. Available at: https://www.scielo.br/j/rap/a/MGqG4JC4szJbBhxwWTythCS/abstract/?lang=pt. Accessed on: Feb. 27th, 2021.

GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomas Aquino; SOUZA, Eda Castro L. de. Judicial Work and Judges' Motivation: The Perceptions of Brazilian State Judges. *Law & Policy*, [*s.l.*], v. 38, n. 2, p. 162--176, Feb., 2016.

GUIMARÃES, Tomas Aquino *et al*. Conflitos e ambiguidades de papéis no trabalho de juízes: as percepções de juízes portugueses. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 6, p. 927-946, Nov./Dec., 2017.

HORTON, Sylvia. Introduction – The Competency Movement: Its Origins and Impact on the Public Sector. *International Journal of Public Sector Management*, [*s.l.*], v. 13, n. 4, p. 306-318, 2000. Available at: https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/09513550010350283/full/html. Accessed on: Jul. 19th, 2021.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Comportamento estratégico do STF nas questões de interesse governista: ativismo judicial ou prudência? *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 123, p. 177-210, Jun./Dec., 2021.

LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF e a política: explicações institucionais sobre a relação entre independência e exercício do controle de constitucionalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 80, p. 87-105, Jan./Jun., 2022.

MACIEIRA, Maria Elisa; MARANHÃO, Mauriti. *Como implementar a gestão em unidades judiciárias*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

NG, Gar Yein. A Discipline of Judicial Governance? *Utrecht Law Review*, [*s.l.*], v. 7, n. 1, p. 102-116, Jan., 2011.

NUNES, Juliane Vargas *et al*. A pesquisa qualitativa apoiada por softwares de análise de dados: uma investigação a partir de exemplos. *Fronteiras – Estudos Midiáticos*, [*s.l.*], v. 19, n. 2, p. 233-244, 2017. Available at: https://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2017.192.08. Accessed on: Aug. 10th, 2021.

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, 2020. Available at: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/RvqncfcBvkKNhpdZYVRX93x/?format=pdf&lang=pt. Accessed on: Aug. 10th, 2021.

PEREIRA, Sandra Patrícia Marques; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; LUNARDI, Fabrício Castagna. Desafios na implementação da nova gestão pública na judicatura portuguesa: o juiz tradicional *versus* o juiz gestor. *Humanidades & Inovação*, Palmas, v. 9, n. 19, p. 125-134, 2022.

POUPART, Jean *et al*. *A pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos e etodológicos. Tradução Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2014.

PRILLAMAN, William C. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America*: Declining Confidence in the Rule of Law. Westport: Praeger, 2000.

ROBBINS, Stephen P.; JUDGE, Timothy A. *Comportamento organizacional*. 18. ed. Tradução Cristina Yamagami. São Paulo: Pearson Education, 2020.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: a institucionalização como poder. *Revista USP*, São Paulo, n. 134, p. 109-126, 2022.

SÁTIRO, Renato Máximo; SOUSA, Marcos de Moraes. Determinantes quantitativos do desempenho judicial: fatores associados à produtividade dos tribunais de justiça. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 1, e2107, 2021. Available at: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/3ztdPFbxMfQd9z486d3vTFB/?format=pdf&lang=pt. Accessed on: Aug. 10th, 2021.

SILVA, Camila Silvana Souza e *et al*. O Papel da "Avaliação de Desempenho por Competências" no Estado de Minas Gerais segundo a perspectiva dos servidores públicos estaduais. *Caderno Profissional de Administração da UNIMEP*, Piracicaba, v. 8, n. 1, p. 69-90, 2018.

SOUSA, Marcos Moraes de; GUIMARÃES, Tomas Aquino. Inovação e desempenho na administração judicial: desvendando lacunas conceituais e metodológicas. *Revista de Administração e Inovação*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 321-344, Apr./Jun, 2014.

TRENTIN, Luciano. People Management Practices: An Analysis from the Perspectives of Managers and Non-Managers. *Revista Alcance*, Itajaí, v. 28, n. 1, p. 15, 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG). *Avaliação de Desempenho por Competências.* [*S.d.*]. Available at: https://rede.tjmg.jus.br/rede-tjmg/rh/avaliacao-de-desempenho/. Accessed on: Jan. 9th, 2021.

VEMURI, Prasad; BELLINGER, Gene. Examining the Use of Systemic Approach for Adoption of Systems Thinking in Organizations. *Systems*, [*s.l.*], v. 5, n. 3, Jun., 2017. Available at: https://www.mdpi.com/2079-8954/5/3/43. Accessed on: Jul. 19th, 2021.

VOSGERAU, Dilmeire Sant'Anna Ramos; POCRIFKA, Dagmar Heil; SIMONIAN, Michele. Associação entre a técnica de análise de conteúdo e os ciclos de codificação: possibilidades a partir do software ATLAS.ti. *Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação*, [*s.l.*], n. 19, p. 93-106, Sept., 2016.

VRIES, Reinout E. de; BAKKER-PIEPER, Agenlique; OOSTENVELD, Wyneke. Leadership = Communication? The Relations of Leaders' Communication Styles with Leadership Styles, Knowledge Sharing and Leadership Outcomes. *Journal of Business and Psychology*, [*s.l.*], v. 25, n. 3, p. 367-380, 2010. Available at: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2912722/. Accessed on: Jul. 19th, 2021.

YIN, Robert K. *Case Study Research*: Design and Methods. 4th ed. California: Sage Publications, 2009.

YUKL, Gary. Effective Leadership Behavior: What we Know and What Questions Need More Attention. *Academy of Management Perspectives*, [*s.l.*], v. 26, n. 4, p. 66-85, Sept., 2012. Available at: https://journals.aom.org/doi/10.5465/amp.2012.0088. Accessed on: Jul. 19th, 2021.

Livia Lúcia Oliveira Borba

Master's Degree in Law at the National School of Training and Improvement of Magistrates (ENFAM). Bachelor of Law from the Federal University of Minas Gerais (UFMG). Member of the Judicial Management and Performance Research Group (GEJUD – ENFAM). Judge of Law at the Court of Justice of the State of Minas Gerais (TJMG).

liviaborba76@gmail.com

Fabricio Castagna Lunardi

Professor and Academic Coordinador of the Master's Program in Law at the National School for Training and Improvement of Magistrates (ENFAM). Doctor and Master in Law from the University of Brasília (UnB). Leader of the Judicial Management and Performance Research Group (GEJUD – ENFAM) and Member of the Administration of Justice Research Group (AJUS – UnB). Judge at the Federal District Justice Court (TJDFT).

fabricioclunardi@yahoo.com.br

Tomas Aquino Guimarães

Full professor at the University of Brasilia (UnB). Ph.D. in Sociology from the University of São Paulo (USP). Master in Administration from the Getulio Vargas School of Management (FGV). CNPQ Productivity Researcher, level 1-B. Deputy Leader of the Judicial Management and Performance Research Groups (GEJUD – ENFAM) and Administration of Justice Research Group (AJUS – UnB).

tomas@unb.br

V. 20
2024

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 04.08.2022
Aprovado: 01.09.2023

https://doi.org/10.1590/2317-6172202411

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, Natal, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-2030-6512

2 Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, Natal, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-4477-6076

O *backlash* antidignidade menstrual no Executivo brasileiro: quando falta dinheiro para comida, absorvente é artigo de luxo

THE ANTI-MENSTRUAL DIGNITY BACKLASH IN THE BRAZILIAN EXECUTIVE: WHEN MONEY FOR FOOD IS LACKING, SANITARY PADS ARE A LUXURY ITEM

LA REACCIÓN CONTRA LA DIGNIDAD MENSTRUAL EN EL EJECUTIVO BRASILEÑO: CUANDO NO HAY DINERO PARA COMIDA, LAS COMPRESAS SON ARTÍCULOS DE LUJO

Lorenna Medeiros Toscano de Brito[1] e *Mariana de Siqueira*[2]

Resumo
O ciclo menstrual é um fator biológico, e a pessoa que menstrua, mensalmente, necessita de absorventes íntimos, água potável, banheiro adequado e medicações; isso é chamado de boa administração do período. Sua ausência, por questões socioeconômicas, incide no que denominamos pobreza menstrual, contrária à saúde, à vida e à dignidade. Por essa razão, o Legislativo levou à sessão plenária o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, que não teve objeção dos parlamentares, mas foi vetado parcialmente pelo Poder Executivo, o qual, em sequência, proferiu falas públicas para explicar o veto. Então, indaga-se: há *backlash* nos discursos que sustentam o veto parcial à Lei n. 14.214/2021, que instituía o Programa de Proteção e Promoção à Saúde Menstrual? A hipótese é de que o Executivo agiu de forma conservadora e contraproducente no que se refere aos direitos das mulheres. Para tanto, esta pesquisa utiliza metodologia descritiva e exploratória, com natureza qualitativa, seguida de análise do discurso presidencial no que tange aos insumos previstos pelo projeto de lei, e, ainda, delimita a categoria epistemológica do conceito de mulher. Conclui-se que há a institucionalização do *backlash*, já que o discurso define quem pode ter acesso a direitos, o que gera insegurança social para uma questão de saúde pública.

Palavras-chave
Poder Executivo; *backlash*; absorvente; análise do discurso; dignidade menstrual.

Abstract
The menstrual cycle is a biological factor, and the person who menstruates, on a monthly basis, needs intimate absorbents, drinking water, adequate bathroom and medications, which we call good management of the period. Its absence, for socioeconomic reasons, incurs in what we call menstrual poverty, contrary to health, life, and dignity. For this reason, the Legislative took to the plenary session the Menstrual Health Protection and Promotion Program, which was not objected by the parliamentarians, but was partially vetoed by the Executive Power, which, afterwards, made public speeches to explain the veto. So, the question is: is there backlash in the speeches supporting the partial veto of Law n. 14.214/2021, that instituted the Menstrual Health Protection and Promotion Program? The hypothesis is that the Executive has acted in a conservative and counterproductive way in relation to women's rights. To do so, this research uses descriptive and exploratory methodology, with qualitative nature, followed by an analysis of the presidential speech regarding the inputs provided by the Bill, and delimits epistemological category of the concept of woman. It is concluded that there is an institutionalization of backlash, since the discourse defines who can have access to rights, generating social insecurity for a public health.

Contribuição de autoria

Lorenna Medeiros Toscano de Brito
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Mariana de Siqueira
Methodology; project administration; supervision; writing – original draft; writing – review & editing.

• • •

Como citar este artigo
BRITO, Lorenna Medeiros Toscano de; SIQUEIRA, Mariana de. O *backlash* antidignidade menstrual no Executivo brasileiro: quando falta dinheiro para comida, absorvente é artigo de luxo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2411, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202411

Keywords
Executive Power; backlash; absorbent; discourse analysis; menstrual dignity.

Resumen
El ciclo menstrual es un factor biológico, y la persona que menstrúa cada mes necesita compresas, agua potable, un aseo adecuado y medicación; a esto llamamos buena gestión del periodo. Su ausencia, por razones socioeconómicas, conduce a lo que llamamos pobreza menstrual, que es contraria a la salud, la vida y la dignidad. Por esta razón, la Legislatura brasileña llevó al pleno el Programa de Protección y Promoción de la Salud Menstrual, que no fue objetado por los parlamentarios, pero fue parcialmente vetado por el Poder Ejecutivo, que luego dio discursos públicos para explicar el veto. La pregunta que surge es: ¿Hay un contragolpe en los discursos de apoyo al veto parcial de la Ley n. 14.214/2021, que establecía el Programa de Protección y Promoción de la Salud Menstrual? La hipótesis es que el Ejecutivo actuó de forma conservadora y contraproducente con relación a los derechos de las mujeres. Para eso, esta investigación utiliza una metodología descriptiva y exploratoria, de carácter cualitativo, seguida de un análisis del discurso presidencial en relación con los insumos previstos en el proyecto de ley, y también delimita la categoría epistemológica del concepto de mujer. Se concluye que hay una institucionalización del backlash*, ya que el discurso define quién puede tener acceso a derechos, lo que genera inseguridad social para un tema de salud pública.*

Palabras clave
Poder ejecutivo; backlash*; absorbente; análisis del discurso; dignidad menstrual.*

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

O conceito de pobreza menstrual é atribuído às pessoas menstruantes[2] que durante o período menstrual não têm itens básicos de higiene. Os itens essenciais para a manutenção do ciclo são: água, sabão e absorvente íntimo. Por isso, afirma-se que pessoas menstruantes ou com ciclo menstrual ativo precisam fazer o controle da sua menstruação. As repercussões da falta de itens básicos de higiene menstrual podem ser sociais, como ausência ao trabalho e à escola, mas, também, de saúde, já que não há acessibilidade mínima para o asseio.

Embora, popularmente, o absorvente seja um item higiênico conhecido, nem sempre ele será acessível, por ser um produto com alta tributação. No Brasil, atualmente, mais de 700 meninas estão com o ciclo menstrual ativo, mas não possuem banheiro ou chuveiro em seu domicílio, tampouco nas escolas públicas. Há 4 milhões de crianças e jovens sem acesso a absorventes, banheiros e sabonetes, e esse cenário agrava-se ainda mais quando os recortes das pessoas em situação de rua e privadas de liberdade estão presentes, formando um dado alarmante sobre a pobreza menstrual no país (Unicef; UNFPA, 2021).

Com isso, é demasiado grave que uma condição natural e fisiológica, a qual corresponde ao desenvolvimento do corpo, seja relegada ao esquecimento no âmbito das políticas públicas estatais, tendo em vista que o direito à saúde e seus desdobramentos, como é o caso dos cuidados ligados à menstruação, são conexos, a ponto de ser necessário ressaltar o dever estatal de elaboração de políticas públicas, com transversalidade de gênero, relacionadas à dignidade menstrual. Não à toa, o acesso à higiene menstrual é uma questão de saúde pública e de direitos humanos, afeta à dignidade menstrual, o que significa ter acesso a produtos e a condições adequadas para administrar o ciclo (Unicef; UNFPA, 2021).

Desse modo, reconhecendo a ausência de políticas públicas ligadas à dignidade menstrual e, ainda, considerando a situação que as pessoas com ciclo menstrual ativo vivenciam no Brasil, a deputada Marília Arraes (2019), do Partido dos Trabalhadores de Pernambuco, levou à sessão plenária no dia 28 de agosto de 2021 o Projeto de Lei n. 4.968/2019 (Brasil, 2019), que visava instituir o Programa de Proteção e Promoção à Saúde Menstrual. O projeto foi aderido por outros 34 deputados e deputadas.

Cabe destacar que o programa tinha o objetivo de combater a falta de higiene e abastecer os centros públicos com itens necessários ao período menstrual, prevendo a implementação de forma integrada entre todos os entes federados. O poder público teria de promover

1 As autoras agradecem à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo apoio financeiro à pesquisa.

2 Tratar de pessoas menstruantes é incluir, além de mulheres e meninas cisgênero, pessoas não binárias e os homens trans. Por ser o gênero uma categoria científica útil de análise, é possível usar termos inclusivos e não excludentes.

uma campanha informativa sobre a saúde menstrual e as suas consequências. Entre as suas disposições principais estava a distribuição gratuita de absorventes. O projeto foi bem recepcionado e sem oposição entre os parlamentares, no entanto, isso não aconteceu no Poder Executivo.

O ex-presidente da República, Jair Bolsonaro, vetou os principais pontos desse programa. Entre esses pontos estava a oferta gratuita de absorventes higiênicos, por não ter indicação de fonte de receita. O projeto foi, então, considerado contrário ao interesse público, e foi aprovada apenas a parte relativa à campanha informativa.

Embora o veto político tenha tônus subjetivo, Bolsonaro (2021), em *live* no seu canal oficial "Jair Bolsonaro", no dia 14 de outubro de 2021, promoveu vários discursos acerca da desnecessidade de um programa para a dignidade menstrual, o qual, em sua visão, funcionaria como uma espécie de "bolsa" para mulheres e meninas cis, e oneraria o poder público com mais um programa de assistência social. Nessa oportunidade, o ex-chefe do Executivo publicizou sua posição sobre a distribuição dos itens: "A gente vai se virar e 'vamo' aí estender o Auxílio Modess. É isso mesmo, Auxílio Modess?".

Já no Palácio da Alvorada, Jair Bolsonaro (2021) reforçou ao público a polêmica sobre o veto no projeto de lei ao afirmar que "[m]ulher começou a menstruar no meu governo"; "no governo do PT e do PSDB não menstruavam". Com o veto, veio a insatisfação popular e parlamentar, razão pela qual a Bancada Feminina da Câmara dos Deputados[3] reagiu.

A coordenadora da bancada, Celina Leão (Bancada [...], 2021), ressaltou: "Se você compra papel higiênico para escola, não pode comprar absorvente? Para os itens da cesta básica, você não pode incluir absorvente?". Na mesma linha, há o argumento de que o projeto tem impacto orçamentário mínimo, e de que, "se R$ 84 milhões for muito dinheiro para o governo não dar condições a meninas e mulheres, [ele teria] que rever os seus princípios" (Bancada [...], 2021).

O tema é crítico se considerarmos que somente no final da década de 1990 os países latino-americanos passaram a incluir uma agenda política preocupada com os grupos vulnerabilizados, sendo a essa dinâmica atribuída a expressão "Onda Rosa". No entanto, em contraproposta à difusão da institucionalização de direitos e garantias, houve o surgimento da "Maré Azul",[4] ou seja, há um grau acentuado de regresso dos direitos desses grupos, uma vez que os avanços garantidos rapidamente são revertidos.

A esse evento, de fácil reversibilidade da aquisição de direitos dos grupos vulnerabilizados, é dado o nome de *backlash*, instituto que se concretiza por meio da reação de poderes e grupos

3 As redes sociais administradas por mulheres constantemente mostravam-se contrárias ao veto presidencial. No entanto, esta pesquisa se limita ao teor do discurso publicizado pelo ex-chefe do Executivo.

4 Os conceitos de "onda" e "maré" com fins políticos foram criados por Fabricio Pereira Silva (2014).

solidificados em sociedade que, ao verem a ascensão de conquistas minoritárias, são contrários a elas, evento esse que se repete na história e é visto após qualquer período de avanços.

Diante disso, indaga-se: há *backlash* nos discursos que sustentam o veto parcial à Lei n. 14.214/2021 (Brasil, 2021), que instituía o Programa de Proteção e Promoção à Saúde Menstrual? Este artigo levanta a hipótese de que, devido ao tom dos discursos públicos do ex-presidente Jair Bolsonaro, o veto foi intencional e reacionário à dignidade menstrual.

Para responder a tal questão, a presente pesquisa fez uso de metodologia descritiva e exploratória, com natureza qualitativa (Gil, 1999) seguida de análise de discurso (Fairclough, 1995; Orlandi, 2012) das falas do ex-chefe do Executivo Federal no que diz respeito ao tema do acesso a produtos de higiene por meio de um projeto de lei que envolve dignidade menstrual.

Como crítica, nota-se que o ex-presidente, ao verbalizar sua opinião sobre a política pública em questão, passa a ter como alvo a mulher cis, como se existisse uma mulher universal. Essa categoria epistemológica é criticável nos feminismos, já que existem recortes de classe, decorrentes da desigualdade socioeconômica, de gênero – e, aqui, encontramos os homens trans e as pessoas não binárias com o ciclo menstrual ativo – e, ainda, de raça, como uma identidade vulnerabilizante extremada, ou seja, a qual agrava a situação da pessoa menstruante.

Diante dessas compreensões, para o presente artigo, cabe destacar que utilizaremos as expressões "pessoas com o ciclo menstrual ativo" e, por vezes, "pessoas menstruantes", sendo a primeira correlacionada a mulheres cis e a segunda, a homens trans e pessoas não binárias, os quais são invisibilizados dos debates acadêmicos sobre saúde pública e, por consequência, saúde menstrual. Todavia, ao analisar o discurso do ex-presidente, as categorias epistemológicas adotadas serão a de "mulher" e "menina", considerando a atenção à metodologia utilizada e a verificação das falas do ex-presidente Bolsonaro, embora sustentemos a crítica a esse conceito e usemos as expressões mais amplas mencionadas.[5]

O material investigado tem início na sessão plenária do dia 26 de agosto de 2021,[6] a qual debatia a votação do Projeto de Lei n. 4.968/2019 (Brasil, 2019), responsável por trazer ao público o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, o qual visava uma propensa distribuição gratuita de absorventes higiênicos. Nesse dia, o programa passou pela Câmara dos Deputados sem objeção. Além disso, em 14 de setembro do mesmo ano, também foi aprovado

5 A presente pesquisa tem a compreensão de que essas são expressões ainda em disputa, inclusive dentro dos movimentos feministas, suas epistemologias e vertentes. Dessa maneira, buscamos adotar o conceito mais amplo para descrever todas as possíveis pessoas com ciclo menstrual ativo, ou seja, pessoas que menstruam. Ressaltamos que este artigo não tem como objetivo apresentar as divergências quanto às vertentes feministas utilizadas nesse debate, o qual é corrente, e as diversas discordâncias entre suas autoras, sendo outra a reflexão aqui proposta.

6 Para saber mais: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11432.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

pelo Senado Federal, sem acréscimos. Porém, em 7 de outubro de 2021, foi divulgado que o ex-presidente da República vetou parcialmente o programa por considerá-lo contrário ao interesse público, sem o uso de documentação comprobatória, sendo o veto acompanhado somente do projeto de lei redigido e apresentado em forma de documento na sessão.

Esta pesquisa inclui também a reiteração do posicionamento do ex-chefe do Executivo, o qual continuou a externar sua opinião sobre o projeto em mídia alternativa e gravada no YouTube. Para tanto, foram analisadas outras entrevistas concedidas por Bolsonaro na saída do Palácio da Alvorada,[7] em dezembro de 2021, como a frase "Mulher começou a menstruar no meu governo!".

Foram analisados somente vídeos, em razão da legitimidade e da não adulteração das falas do ex-presidente, reforçando a pureza no discurso externado.[8] Já para fundamentar a saúde menstrual e a necessidade de dignidade durante o ciclo ativo, em *status* de direito humano e fundamental, foi feita uma pesquisa bibliográfica.

1. Sem ascensão de classe, sem dignidade

A pobreza menstrual é um fenômeno complexo, multidimensional e transdisciplinar (Unicef; UNFPA, 2021). Isso porque ela pode ser sentida pela falta de acesso aos produtos adequados à higiene, como é o caso do absorvente descartável, por questões estruturais que têm forte influência econômica, por ausência de medicações para administrar problemas decorrentes da menstruação e por omissão e desconhecimento de informações sobre o ciclo menstrual.

Ainda, desde 2017, constata-se que a dignidade menstrual tem recebido um conceito amplo, o qual envolve, além do ciclo menstrual, a higiene adequada, o acesso à água, a sabão e a absorvente a um valor acessível, uma vez que este é um item de alta tributação, sendo esses fatores correlacionados à saúde menstrual (Medina-Perucha *et al.*, 2020). Portanto, é um problema multifacetado, visto que a carência desses itens pode gerar quadros clínicos graves de infecção vaginal, em razão de a microbiota do corpo menstruante necessitar de limpeza específica e constante (Souza, 2009). Ou seja, a demanda pelo correto asseio torna-se redobrada durante o ciclo menstrual.[9] Além disso, podemos considerá-lo um tema multideterminado, visto ser entrecruzado por recortes de classe – pela alta tributação do absorvente, pela inacessibilidade a ele, à água e ao sabão –, de gênero – por envolver múltiplos corpos, como o

7 No Palácio da Alvorada, o ex-presidente concedia entrevistas; em algumas delas, aprofundava temas que foram tratados nas *lives* do seu perfil oficial no YouTube. Essa, especificamente, ocorreu e foi divulgada pelo *O Antagonista* (2021).

8 A pesquisa não despreza que em março de 2022 o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional (Agência Senado, 2022).

9 Para Souza (2009), com base no referencial teórico adotado para o estudo do ciclo menstrual e das infecções vaginais, recomenda-se que a higiene genital feminina adequada seja realizada com água e sabão neutro.

da mulher cis, do homem trans e de pessoas não binárias – e de raça, o que torna essas identidades ainda mais vulnerabilizadas.

Nesse caminho, os países de alta renda dão direito e acesso a banheiros em espaços públicos para que meninas e mulheres cis cuidem de seus sangramentos menstruais com dignidade. Se o referencial teórico for de países de pouca evidência econômica, observa-se que há muitas barreiras a essas mesmas mulheres e meninas que menstruam, relacionadas, por exemplo, à desinformação, à vergonha, ao medo e à ausência de espaço adequado (Sommer *et al.*, 2021; Bussinguer; Salvador, 2022). Há também o apagamento dos homens trans e de pessoas não binárias que têm o ciclo menstrual ativo. Dito isso, fomentar o obscurantismo em torno do assunto já é um indício do posicionamento político e social do Estado em relação ao direito humano e fundamental à saúde menstrual.

Assim, é possível perceber que o tema traz fortes influências culturais, econômicas e sociais. Por isso, entende-se que o acesso a condições básicas para quem menstrua, de modo a manter dignidade durante o ciclo, tem um fator em comum: sem ascensão de classe, não há dignidade. Essa premissa foi observada pelo relatório do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) em parceria com o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), publicado em 2021, que constatou a pobreza como uma situação de urgência para o tratamento da indignidade menstrual, uma vez tratar-se de ponto determinante para as gerações futuras terem qualidade de vida, além de ser um problema típico de saúde coletiva e, por sua vez, um problema público, que precisa de uma política pública (Bucci, 2013).

A partir da análise dos dados mencionados é possível chegar a duas conclusões fundamentais: i) o ciclo menstrual é um período que envolve uma dinâmica fisiológica própria e demanda itens básicos de higiene, como água, sabão e absorvente descartável; ii) se ausentes os itens específicos ligados à dignidade no período menstrual, haverá limitação das pessoas com ciclo menstrual ativo na vida em sociedade, bem como restrição ao direito e ao acesso à saúde menstrual.

É por isso que há repercussão internacional e nacional em torno da dignidade menstrual como direito humano. Nesse sentido, por ser eivado de fundamentalidade, é demasiado grave que políticas públicas ligadas à sua efetivação sejam esquecidas, inviabilizadas ou que tenham sua importância diminuída, já que o acesso desigual a direitos e a oportunidades retroalimenta ciclos trasngeracionais de equidade de gênero, raça, classe social, além de impactar negativamente a trajetória educacional e profissional das pessoas com ciclo menstrual ativo (Unicef; UNFPA, 2021).

Então, a quem interessa a disponibilidade de itens higiênicos durante a menstruação? Quem a ausência desses itens constrange? Quem faltará à aula por não ter poder aquisitivo suficiente para comprar não só comida, mas também absorventes? Quem, em situação de rua ou em cumprimento de pena, usará miolo de pão[10] para conter o sangramento

10 Análise oriunda das mulheres encarceradas. Ver Queiroz (2015).

e ficará à mercê de infecções? A mulher ou menina cis, o menino ou homem trans e as pessoas não binárias.

2. Concepção sociojurídica da dignidade menstrual como direito humano[11]

Os direitos humanos precedem configurações políticas, isso porque são fruto de resistência à normatividade construída e percebida como um padrão a ser seguido ao longo da historicidade dos seres humanos. Ao recortar essa perspectiva e tomar como ponto de análise o contexto latino-americano, percebe-se que, mesmo os Estados afirmando-se democráticos, há situação de pobreza, fome, precariedade na saúde e desrespeito pelos direitos humanos (Gallardo, 2014).

Frisar que são "Estados democráticos" é simbólico e tem peso, já que muitos deles positivaram em sua ordem interna os direitos humanos fundamentais. No Brasil, na Constituição Federal de 1988 (CF/88), encontramos os arts. 1º, III, 3º, II e III, 5º, *caput* e I (Brasil, 1988). É nesse sentido que Gallardo (2014) menciona o tratamento formal igual, mas materialmente insuficiente, a sujeitos que se encontrem em situações colossais de desigualdade, o que implica a institucionalização da injustiça social.

Embora o marco nacional para tratar formalmente a igualdade entre homens e mulheres tenha sido a CF/88, internacionalmente, desde 1945, o Brasil, os países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) discutiam e ratificavam ações que envolviam a inclusão da mulher cis em sociedade,[12] e se comprometiam a promover a igualdade entre homens e mulheres por meio de ações públicas.

Não só isso, desde 2014 a ONU considera o acesso à higiene menstrual uma questão de saúde pública e direitos humanos. A pobreza menstrual remete a pessoas em situação de vulnerabilidade econômica e/ou social (Unicef; UNFPA, 2021). Ainda, em âmbito global, há recentes discussões e metas para o desenvolvimento da humanidade. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)(2015) fazem parte da agenda mundial para inclusão e

11 Embora a ONU desde 2014 reconheça a dignidade menstrual como direito humano (Unicef; UNFPA, 2021), no Brasil pode-se dizer que, a partir de uma leitura integrativa do texto constitucional, a fundamentalidade desse direito está implícita.

12 São exemplos a Carta das Nações Unidas (1945), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Declaração de Viena (1993), a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993), a Convenção de Belém do Pará (1995), a Declaração de Beijing (1995) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw). Esse último documento passou a vigorar no país somente em 2002.

fomento de políticas públicas que visem à ascensão dos direitos humanos em respeito à singularidade de cada indivíduo, e atentam-se à qualidade de vida multissetorial decorrente de violações multifacetadas. Considera-se a qualidade de vida multissetorial porque foca nas discussões relacionadas às mulheres, à diversidade de gênero, ao meio ambiente, à saúde e à educação, entre outras. A meta deve ser cumprida até 2030. Com isso, reconhecendo que são problemas públicos e que demandam políticas públicas, há conexão entre os objetivos e o tema "dignidade menstrual". Observe o Quadro 1 a seguir.

QUADRO 1 – **OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A DIGNIDADE MENSTRUAL**

OBJETIVO SUSTENTÁVEL	ODS SAÚDE N. 3.7	ODS GÊNERO N. 5.6	ODS EDUCAÇÃO N. 5.6 E 6	ODS ÁGUA POTÁVEL N. 6.2
CORRELAÇÃO COM A DIGNIDADE MENSTRUAL	ATÉ 2030, ASSEGURAR O ACESSO UNIVERSAL AOS SERVIÇOS DE SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA, INCLUINDO O PLANEJAMENTO FAMILIAR, INFORMAÇÃO E EDUCAÇÃO, BEM COMO A INTEGRAÇÃO DA SAÚDE REPRODUTIVA EM ESTRATÉGIAS E PROGRAMAS NACIONAIS	ASSEGURAR O ACESSO UNIVERSAL À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA E OS DIREITOS REPRODUTIVOS	ATÉ 2030, ELIMINAR AS DISPARIDADES DE GÊNERO NA EDUCAÇÃO E GARANTIR A IGUALDADE DE ACESSO A TODOS OS NÍVEIS DE EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO PROFISSIONAL PARA OS MAIS VULNERÁVEIS	ATÉ 2030, ALCANÇAR O ACESSO A SANEAMENTO E HIGIENE ADEQUADOS E EQUITATIVOS PARA TODOS, E ACABAR COM A DEFECAÇÃO A CÉU ABERTO, COM ESPECIAL ATENÇÃO PARA AS NECESSIDADES DAS MULHERES E MENINAS E DAQUELES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados coletados em Objetivos [...] (*s.d.*).

Todavia, a queda de governos com agenda política inclusiva (Aguiar; Pereira, 2019) implica que as decisões institucionais nem sempre serão favoráveis aos grupos vulneráveis e, sobretudo, à dignidade menstrual, tema que ainda envolve tabus. A situação é agravada quando se observa que o Brasil passou a experimentar o Estado pós-democrático de Direito, no qual houve máxima desumanização (Casara, 2017).

Isso significa que as pessoas passaram a ser valorizadas como título de mercadoria. Há uma régua invisível, institucionalizada, que dirá em quem merece ser investido o dinheiro público. Gallardo (2014) afirma que um Estado é patrimonialista e clientelista quando as instituições se tornaram meras servidoras da riqueza, doando-a a quem o controla direta ou indiretamente.

Ao mesmo tempo, retira e sanciona uma ordem que produz pobreza, discriminações, transformando eleições e sua administração em um aparato estatal, um negócio precário, no qual não importam as necessidades humanas, ainda que sejam essenciais à vida digna.

Reconhecida como direito humano, com fundamentalidade evidente na CF/88, mas ainda um ODS a ser atingido na Agenda 2030, a dignidade menstrual é inerente à saúde e à vida não só das meninas e mulheres cis, mas também dos homens trans e das pessoas não binárias. Além disso, a efetivação desse direito, com a correta administração do ciclo menstrual – água potável, medicações, absorventes –, implica o ingresso adequado dessas pessoas nos espaços de poder, espaços esses dominados pelo poder hegemônico, por razões sociojurídicas e de historicidade.

Com essas afirmações, compreende-se que o absorvente é um artigo de luxo e que os demais itens para a boa administração do ciclo menstrual são inalcançáveis, o que alimenta a pobreza menstrual. Logo, sua distribuição é uma forma de emancipação político-social, por intermédio do próprio corpo, que possibilita que mulheres e homens trans sejam incluídos, o que, para Corrêa e Petchesky (1996), deveria ser prioridade nas agendas públicas de saúde.

Nesse aspecto, conclui-se que a dignidade menstrual é um direito humano, mas que necessita de solidificação interna, por meio de políticas públicas, para que haja a efetivação do direito à saúde e à vida (art. 196 da CF/88), que são normas de aplicação imediata (art. 5º, §1, da CF/88), isso porque saúde não é só estar vivo, mas ter chances de viver com qualidade, o que reverbera em outros direitos fundamentais implícitos.

3. Análise do discurso e o *backlash* no Poder Executivo

O *backlash* é um movimento reacionário que resulta em uma força antagônica à regulamentação dos direitos de grupos vulnerabilizados. Esse modo reativo é usado por setores conservadores, culturalmente dominantes, como forma de instrumentalizar uma reação contrária por meio de um espantalho que amedronta iniciativas progressistas (Post; Siegel, 2007; Fonteles, 2019).[13]

Essa dinâmica, segundo Faludi (2001), Duggan (2003) e Solnit (2017), é aplicada aos feminismos, que, por questionarem tal estrutura hegemônica, recebem forte reação contrária com o intuito de que os avanços na positivação dos direitos das mulheres sejam desmantelados, e isso possibilita a existência de um *backlash* antifeminista. Com isso, e considerando as mulheres e meninas cis um grupo em situação de vulnerabilidade,[14] a literatura reforça

13 No século XX, a palavra "*backlash*" protagonizou a resistência de grupos que requisitavam direitos fundamentais, como é o caso das pessoas negras e o "*White Backlash*" e dos feminismos.

14 A expressão "em situação de vulnerabilidade" refere-se a um grupo de pessoas que enfrentam dificuldades específicas devido a características pessoais, sociais, econômicas ou a outras circunstâncias. Essas dificuldades

a existência de uma reação social negativa aos direitos humanos do gênero feminino (Souza, 2017; Fonseca, 2018; Sardenberg, Mano e Sacchet, 2020).[15]

Sobre homens trans e pessoas não binárias, a literatura ainda não faz essa conexão, por vezes incluindo esses grupos nas demandas LGBTQIAP+, como uma identidade social e política (Nunes, 2014). Para Sousa e Iriart (2018), é notável que as políticas públicas sobre a saúde do homem trans, por exemplo, sejam apagadas do cenário social devido a um padrão cisnormativo estrutural e institucional.

Ainda, ao considerar tal estrutura, este artigo observa a existência do *backlash* no Poder Executivo, sobretudo no Governo Bolsonaro (Aguiar; Pereira, 2019; Hernandez, 2022), fazendo as restrições necessárias para a análise e a verificação condizente com as falas do ex-chefe do Executivo, e ressaltando a problemática da construção do seu discurso por meio do binarismo, das divisões entre privado e público e do reforço à socialização, imputada pelo poder hegemônico, às mulheres e meninas cis, aos homens trans e às pessoas não binárias.

Nesse caminho, Faludi (2001), ao verificar o fenômeno da reação à conquista de políticas sociais por meio do Direito, a partir dos grupos em situação de vulnerabilidade, nota que, quando estes parecem ter sucesso e marcham rumo à igualdade, há movimentos externos que atrapalham seu efetivo florescimento. Logo, o progresso desses direitos, na cultura ocidental, ao contrário de outros tipos de "progressos", sempre foi estranhamente reversível. Isso é o resultado do *backlash*.

Para Faludi (2001), essa dinâmica reativa é forte e recorrente na história, sucessiva aos períodos de avanços, os quais foram pulverizados a partir das instituições, mediante a estrutura social criada e fomentada. Aqui, incluem-se os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, tornando possível sedimentar a existência de um *backlash* institucionalizado, o que Tavares (2022) compreende como um sentimento coletivo – de parte de um grupo de pessoas – de reagir a uma mudança com reflexos sociais, a qual pode ser firmada na contrariedade de interesses e concepções, por meio de uma resistência organizada.

Mudanças que envolvem a quebra de um paradigma sedimentado há muitos anos por um poder hegemônico nunca trarão comoções positivas, ao contrário, ninguém quer perder sua posição de privilégio. Foi nessa perspectiva que a Maré Azul encobriu a Onda Rosa (Aguiar; Pereira, 2019), essa última presente nos governos latino-americanos nos anos 2000, conhecidos por programas assistenciais, mas que entraram em declínio a partir da oposição das classes média e alta ao empoderamento que os grupos em situação de vulnerabilidade estavam recebendo.

• • •

são como barreiras, as quais trazem um acesso limitado a recursos, oportunidades e proteções, inclusive à atuação estatal em prol da emancipação social desses grupos.

15 Adotou-se essa literatura com base na corrente epistemológica pertinente à análise do discurso do ex-presidente.

A reação pode ser difusa e desorganizada, concretizando-se por meio de uma oposição social, ou, então, institucionalizada e gerida a partir dos Poderes que aquele país tem, com interferência nos órgãos estatais, por exemplo (Tavares, 2022), que é o caso desta pesquisa. Assim, a análise será do *backlash* proferido por meio de um espaço de poder, no caso, o Executivo, ao passo que se reconhece a imediata reação do ex-chefe do Executivo ao Programa de Saúde Menstrual, matéria que é afeta à dinâmica de relação entre os Poderes.

A partir disso, o material analisado tem início na sessão plenária, pública e gravada, que ensejou a votação e a aprovação da distribuição gratuita de absorventes higiênicos no dia 26 de agosto de 2021, a qual foi aprovada na Câmara, sem objeções. Em 14 de setembro do mesmo ano, foi aprovada pelo Senado Federal, sem acréscimos. Porém, no dia 7 de outubro de 2021, foi divulgado que o ex-presidente da República vetou parcialmente o programa, por considerá-lo contrário ao interesse público.

No mesmo mês, o ex-chefe do Executivo fez um pronunciamento público em seu canal oficial no YouTube, com 3,96 mil seguidores, sobre as razões que o levaram a vetar o programa. O pronunciamento foi intitulado "Live de quinta-feira 14 de outubro de 2021" (Jair Bolsonaro, 2021). Durante a gravação, Bolsonaro debate vários temas relacionados à sua forma de fazer política, à época, como justificativas ao seu eleitorado dos posicionamentos adotados por ele. Diante das suas acusações sobre o projeto de dignidade menstrual para erradicar a pobreza menstrual, o ex-presidente resolveu tecer comentários sobre a ação de incentivo criada no Poder Legislativo:

> Vamos agora, aqui, a um assunto que deu polêmica essa semana. O veto do Bolsonaro à distribuição gratuita de absorventes. Primeiro, pessoal, não existe distribuição gratuita de nada. A não ser que tenha alguém aí e que ande distribuindo gratuitamente a coisa pelo Brasil todo, não duvido que tenha. Então teve um projeto, sim, de uma deputada, né, para distribuir absorventes para mulheres pobres, estudantes, do sistema prisional. Só que tem um detalhe: um deputado ou um senador pode votar sim ou não no que ele quiser, ele é inviolável enquanto por palavras, opiniões e votos. Então ele não responde. Se ele votar o maior absurdo do mundo "sim", ele não responde por nada. Agora quando chega na minha mesa… na minha mesa, eu não posso vetar porque não gosto do autor do projeto, ou por "não sei o quê", ou vou sancionar porque o autor é um "cara legal", não existe isso! Eu tenho que seguir as diretrizes dos respectivos ministérios, a saúde dá o parecer, a economia dá o parecer, e qualquer projeto que crie despesa, como esse cria despesa, a distribuição de absorvente, se não apresentar de onde vem o dinheiro, o projeto é inconstitucional (Jair Bolsonaro, 2021).[16]

16 Fala citada a partir de 11 minutos e 40 segundos até 16 minutos do pronunciamento.

Uma das características do *backlash* são discursos que estimulam a insegurança para financiar uma política pública, trazendo nomes técnicos vinculados aos institutos jurídicos, apresentados a um público que não pode quantificar seu nível de compreensão no assunto, o que gera pânico institucional e orçamentário.

Ao iniciar sua fala e delimitar que "não existe nada de graça" (Jair Bolsonaro, 2021), o ex-presidente diverge das competências constitucionais que um Estado deve ter, com aparato dos outros Poderes e instituições, para financiar ações públicas de ascensão social, já que a ausência de saúde menstrual é um problema público e que demanda uma ação de incentivo estatal, como a distribuição de absorventes para mulheres hipossuficientes, pois este é um item altamente tributado e, por consequência, inacessível a essas mulheres. O objetivo é que o público com o ciclo menstrual ativo possa exercer suas atividades diárias sem comprometer a qualidade de vida.

Mais à frente, Bolsonaro reforça a inconstitucionalidade do projeto de lei e que foi isso que ensejou seu veto. Ora, o veto foi apenas político, o que precede a subjetividade, contrariando seu discurso ao afirmar que seria "inconstitucional", o que demanda um veto técnico e com justificativa jurídica, já que seus motivos foram relacionados somente à escassez orçamentária.[17] Inclusive, em sua fala, ele atribui um valor hipotético de quanto seria custear a distribuição:

> No passado, Haddad e Dilma vetaram projeto semelhante, a esquerdalha bate em mim, os militantes batem em mim, batem mais, eles vetaram. Eles não deram solução pra você. Mas eu vou dar! É só o parlamento derrubar o veto que eu sou obrigado a promulgar depois né, sou obrigado, daí a gente arranja recurso, com o Ministro da Saúde, da Educação, ou com os dois. Vou tirar um pouquinho de cada lugar, daí vão dar paulada em mim, "tiroooou" num sei da onde da saúde, da educação, tô tirando porque eu sou escravo da lei! Se o Congresso derrubar o veto, tô torcendo pra que derrube, vou arranjar o absorvente (Jair Bolsonaro, 2021).[18]

Outra característica do *backlash* é a visão estereotipada dos grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade. Cria-se um cenário no qual esses grupos fazem requisições além do

17 A principal justificativa do governo para o veto aos trechos agora restituídos foi de que a oferta gratuita de absorventes higiênicos femininos "não se compatibiliza com a autonomia das redes e estabelecimentos de ensino". Também foi citada a não indicação da fonte de custeio ou de medida compensatória, o que violaria a Lei de Responsabilidade Fiscal. O governo alegou, ainda, que a medida, "ao estipular as beneficiárias específicas, não se adequaria no princípio da universalidade, da integralidade e da equidade no acesso à saúde do SUS" (Agência Senado, 2022).

18 Fala citada a partir de 11 minutos e 40 segundos do pronunciamento.

permitido; no entanto, são desconsiderados os documentos internacionais e técnicos que apontam o índice de pobreza menstrual a ser enfrentado pelo país, e isso inferioriza um problema público. Ainda, alimenta-se a inversão dos valores fundamentais dos direitos humanos e constitucionais ao se criar um discurso populista para fomentar a insegurança do seu eleitorado.

> Porque não vai ser gratuito, pessoal! Calcularam uns 100 milhões de reais aqui! Pode ter certeza! Vou multiplicar por três! Vou ter que arranjar 300 milhões de reais! Eu não vou criar imposto pra ter que suprir isso aí e nem majorar imposto pra suprir isso aí, vou ter que tirar de algum lugar, depois vão dizer que cortei da saúde, vão falar "cortou da saúde", mas não vai dizer de quem foi. Mas vai ser pra atender a derrubada do veto (Jair Bolsonaro, 2021).[19]

Ainda, outras características do *backlash* são a diminuição do financiamento de políticas públicas para o direito das mulheres como algo corriqueiro, a inversão de valores e a criação de mitos para alimentar a insegurança.

É importante mencionar que o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual estava orçado em R$ 84 milhões, conforme projeto de lei publicizado pela Câmara dos Deputados (Bancada [...], 2021) e previsto no orçamento anual para a saúde, inclusive, sendo feito o repasse pelo Sistema Único de Saúde (SUS), já que o absorvente higiênico feminino é considerado item essencial; para as apenadas, o repasse seria por meio do Fundo Penitenciário.

No entanto, o ex-chefe do Executivo, ao discursar, majora esse valor e ainda o multiplica por três, razão pela qual confirma a reação característica do *backlash,* resultando em um discurso retórico, sem fundamentação jurídica e com teor de insegurança orçamentária, quando, na verdade, havia previsão no orçamento.

Não só isso, o direito e o acesso à saúde é de disciplina constitucional, demandando uma posição estatal ativa, como é o caso da atenção à saúde menstrual, que traz dignidade às pessoas com ciclo menstrual ativo.

> "Vamo" lá, parlamento, vamo fazer a derrubada do veto! Diferentemente de Haddad e Dilma que vetaram, a gente vai se virar e vamo aí estender o Auxílio Moodes, é isso mesmo, o Auxílio Modess? Absorvente!!!! Para todo mundo! Tá ok? Aqui oh: Antes de Bolsonaro, Haddad vetou distribuição "gratuita" de absorvente! Na época o petista alegou que a medida não se justificava. Haddad fez igualzinho a mim. Lei de Responsabilidade Fiscal. Agora essa deputada que mandou esse projeto... o pessoal reclama muito do valor do salário mínimo, ela podia apresentar um projeto lá pra salário mínimo 10 mil reais, eu

• • •

19 Fala citada a partir de 13 minutos e 33 segundos até 14 minutos e 20 segundos do pronunciamento.

> veto, aí derruba o veto e a gente arranja dinheiro pra pagar. Como se as coisas resolvessem, né, na votação, em um pedaço de papel, em uma canetada. Acabou as *fakenews* ou tem mais? (Jair Bolsonaro, 2021).[20]

O uso de palavras e expressões consideradas pejorativas, como "auxílio" e "Modess", é mais uma característica do *backlash*. "Auxílio", quando originado do poder público, sofre constantes críticas conservadoras, feitas às políticas sociais adotadas pelo Estado, como ocorre com "Bolsa Família",[21] um programa social brasileiro, desenvolvido nos anos 2000, com recorte de classe, portanto, para ascensão socioeconômica de pessoas vulneráveis, para o alívio das necessidades materiais imediatas, uma vez que a pobreza não reflete a privação apenas do acesso à renda monetária, mas de um conjunto de serviços, como saúde, educação e assistência social (Campello; Neri, 2014). Isso também ocorreu com o auxílio emergencial no período pandêmico, na gestão Bolsonaro, o qual foi problematizado e alvo de vetos, embora o Plano Emergencial, após inflamação social e legislativa, tenha sido aprovado. Já a palavra "Modess" remete à primeira linha de absorventes criados para o período menstrual, no ano de 1930, a qual também sofreu com críticas sociais e pelo fato de os absorventes não serem anatômicos, representando um recorte de gênero.[22] Além disso, o produto era, à época, ainda mais inacessível, adquirido apenas por uma parte da sociedade.

A visão estereotipada, por sua vez, é fruto da socialização, ou seja, ao longo da história, foram reservados espaços específicos para mulheres e homens, construídos de forma heterocentrada, colonial e focada nas masculinidades (Matos, 2008; Matos; Paradis, 2014). Desse modo, as demandas das mulheres cis tornam-se algo relegado à esfera privada e, portanto, desnecessário de ser tratado em âmbito público por meio de uma ação de incentivo, o que reforça uma estrutura institucional de exclusão.

Além disso, ainda que o ex-presidente não mencione, a distribuição gratuita de absorventes também beneficia os homens trans e as pessoas não binárias, caso tenham o ciclo menstrual ativo. O discurso de Bolsonaro desconhece tais conceituações, razão pela qual confirmamos a hipótese de um *backlash* com o enfoque de retirar a ação orçamentária das políticas sociais de gênero.

Nesse sentido, o ex-presidente termina por traçar um caminho que o Legislativo deve seguir para que ele seja "obrigado a promulgar"; "por causa da derrubada do veto" (Jair Bolsonaro,

20 Fala citada a partir de 14 minutos e 21 segundos até 16 minutos do pronunciamento.

21 Durante o Governo Bolsonaro o Bolsa Família passou a ser chamado "Auxílio Brasil".

22 Um dos exemplos é o "cinto Modess", criado em 1940. O debate acerca do tema é pouco divulgado, uma vez que, até então, o estigma da vergonha e o de "não ser um tema necessário" ainda ronda os dados acadêmicos sobre a necessidade do absorvente higiênico.

2021), criando uma crença popular de que a culpa dos gastos que o Estado está suportando não é dele, mas dos outros Poderes, no caso, do Legislativo.

Com isso, conclui-se que, durante a *live* transmitida em seu canal oficial, há um fenômeno correlacionado ao *backlash*, no sentido de que o ex-presidente cria uma relação pública com os espectadores de reação ao projeto aprovado, incutindo uma crença pessoal de que o item não merece entrar como atributo essencial ao direito à saúde, sobretudo à saúde menstrual, e, ainda, de que seria demasiado custoso ao Estado, e atribui argumentos jurídicos para que haja a propagação destes entre aqueles que o seguem, como é o caso de "crime de responsabilidade", "é inconstitucional", "vou tirar dinheiro da saúde" (Jair Bolsonaro, 2021).

Embora esta pesquisa se delimite à *live* do ex-presidente em seu canal oficial, é interessante mencionar que, mesmo após o dia 14 de outubro de 2021, o ex-chefe do Executivo continuou a externar sua insatisfação com o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, como foi o caso da entrevista ao vivo concedida na saída do Palácio da Alvorada. Nesta, Jair Bolsonaro disse: "Bacana, né? A mulher começou a menstruar no meu governo. No governo do PT não menstruava, no PSDB não menstruava também" (O Antagonista, 2021).[23]

Esse posicionamento configura mais uma característica do *backlash* e é uma incitação reacionária e conservadora, porque faz parecer que as mulheres cis passaram a requisitar, propositalmente, direitos em seu governo, aparentando ser uma questão pessoal e específica à sua gestão, o que gera insegurança e infla crenças em seus apoiadores, que reagem junto ao ex-presidente e culpabilizam a criação da política pública como atentatória ao país. Dessa forma, percebe-se que esse discurso é muito produtivo quando desencadeado a partir de uma estrutura de poder, pois institucionaliza a reação.

Posteriormente, em nova polêmica que também se faz relevante a esta análise discursiva, o ex-presidente adotou um novo item como essencial à saúde do país, que seria custeado pelo governo e distribuído gratuitamente. O objeto-alvo de inclusão era o fármaco masculino popularmente conhecido como Viagra.

O ponto que chama atenção da presente pesquisa é que o absorvente tinha despesa prevista, além de ser considerado um item essencial em decorrência do *status* de pobreza menstrual que o país experimenta, ou seja, é um problema público e emergencial, por envolver os recortes socioeconômicos. Torna-se contraditório, assim, o discurso de Bolsonaro, confirmando a hipótese do *backlash* e a escolha daqueles que podem ter acesso a direitos: "Compramos 50 mil comprimidos. Com todo respeito... Isso não é nada! Né?" (Bolsonaro [...], 2022).[24]

23 Fala citada a partir de 33 segundos até 1 minuto e 5 segundos do pronunciamento.

24 Fala citada a partir de 1 minuto e 24 segundos a 1 minuto e 40 segundos da reportagem.

Nesse sentido, o ex-presidente discursou, reativamente, aos direitos de as pessoas com ciclo menstrual ativo receberem gratuitamente o absorvente, gerou falas estereotipadas, pejorativas, com inversão de valores, e propagou crenças de como esse programa poderia arruinar o orçamento brasileiro. O contraponto é ainda mais evidente quando, para Jair Bolsonaro (Bolsonaro [...], 2022), "não é nada" acrescentar uma nova medicação como essencial e sem comprovação da destinação e necessidade pelo público-alvo, mas, quando se trata de absorvente, é "Auxílio Moodes" e "começaram a menstruar no meu governo" (Jair Bolsonaro, 2021), de maneira que institucionalizou o *backlash* ao reagir, não só contra o Legislativo, mas reforçar essa percepção aos seus ouvintes.

3.1. Existe veto presidencial antifeminista?

O instituto do veto é uma atribuição legítima do Poder Executivo e está intimamente ligado à sua função de frear ou estabelecer um contrapeso às atividades legislativas; desse modo, trata-se de um mecanismo de interferência que tem como função demonstrar a vontade do ex-presidente no processo de construção normativa. Cabe destacar que o veto presidencial pode ser fundamentado em razões de inconstitucionalidade ou de interesse público, o tido veto político (Brasil, 1988), sendo um ato formal e que deve retornar ao Legislativo para posterior deliberação. Sobre os limites legais e a legitimidade de existir um veto por meio do Poder Executivo, não há contestação. O problema é que a subjetividade do veto político não tem um parâmetro, e são multideterminados os critérios objetivos para considerar ou não a existência de um *backlash* institucionalizado no veto político de Jair Bolsonaro. Com isso, notamos três fatores, entre as várias facetas da gerência do ciclo menstrual, que são fundamentais e necessitam de políticas públicas.

O primeiro fator é a saúde menstrual com natureza jurídica decorrente do direito à saúde, bem como a necessidade de instrução social sobre um período biológico, tendo em vista que a desinformação tem impacto negativo na dignidade menstrual (Bussinguer; Salvador, 2022). O segundo é o alto valor dos absorventes, em razão da tributação direcionada a produtos tidos como "femininos" (Neris, 2020), e o terceiro, a forma como essa demanda foi socializada, com marcadores sociais fomentados pelo poder hegemônico, como um empecilho à ascensão do grupo das pessoas com ciclo menstrual ativo, o que pode ser percebido no discurso pejorativo ressaltado pelo ex-presidente ao mencionar o "Auxílio Modess".

Ainda, o tema gerou atuação entre os entes federados, como foi o caso das legislações estaduais que efetivavam o direito à distribuição gratuita de absorventes nas redes de ensino, considerando que o motivo de não existir uma boa administração do ciclo menstrual é causa direta para a pobreza menstrual. Os estados que aplicaram a medida foram: Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Paraná, Paraíba, Piauí, Roraima e Rio Grande do Norte (Fiuza, 2021).

Com isso, é possível compreender que a política pública para dignidade menstrual não foi um evento isolado do Legislativo federal. Na verdade, foi uma ação política que envolveu

a legitimação do parlamento dos estados e municípios com aval do Poder Executivo local. Por isso, considerando todas as forças que contribuíram para a criação do programa, não se mostra plausível o veto presidencial à política pública em comento.

Afirmamos que o veto seria um ato reacionário por ser autocentrado, refratário a todo o progresso político (Bittencourt, 2017), considerando a premissa de que o *backlash* a grupos vulneráveis é justamente isto: a cada pequeno avanço, um grande retrocesso. Então, o veto aqui flerta com o populismo; o que pode ser prioridade para a agenda política do ex-presidente nem sempre será o mais indicado para a ascensão social das pessoas com ciclo menstrual ativo.

Instala-se, dessa maneira, o limbo jurídico, que ocorre quando posições individuais podem ser ações populistas. Daí o motivo pelo qual uma ação reacionária, que inflame parcela da sociedade, possa ser um jogo político pessoal, legitimado por meio da negação às políticas públicas de determinado setor. Reconhece-se que os populistas irão se opor ao que, em sua visão, não produza respostas políticas esperadas, em uma suposição ao que seria, por constatação própria, correto (Arditi, 2005; Mouffe, 2005; Panizza, 2005; Müller, 2017; Salgado, 2018).

O Projeto de Lei n. 4.968/2019 foi aprovado no Senado em agosto de 2021, e, ao ser apreciado pelo Executivo, dos oito dispositivos, apenas os arts. 2º e o 4º não foram vetados, criando o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, mas limitando-o a uma "campanha informativa" (Brasil, 2019), insuficiente para combater a indignidade menstrual, já que há a necessidade de ações efetivas, como a distribuição de absorventes.

Para Capraro (2016) e Dias Neto e Feriato (2018), destinar parcela orçamentária para ações de incentivo faz parte do combate à inefetividade dos direitos humanos. Para tanto, é indispensável o financiamento estatal, sendo a sua ausência um contributivo para o estímulo à perpetuação da desigualdade de gênero. Além disso, a carga tributária dos produtos considerados "femininos", como é o caso dos absorventes e dos sabonetes íntimos para mulheres, é desproporcional, explicada por uma seletividade e uma estrutura forjadas na hegemonia. A "carga tributária" é justificada conforme a finalidade da mercadoria. A piora do quadro se dá em razão da obrigatoriedade, mensal, do uso de absorventes por pessoas com o ciclo menstrual ativo, uma vez que é algo inerente, biológico e, portanto, deve ter a administração correta para evitar prejuízos à saúde.

Por isso, embora seja uma concessão constitucional legítima para o ex-presidente, é preciso observar que, ao usar da contrariedade ao interesse público, é possível que o Executivo se fixe mais em uma ação populista revestida pelo manto da subjetividade do que em critérios técnicos, puros, podendo ser um veto reacionário e uma forma de resposta a determinada classe.

Isso porque, se, de um lado, havia pessoas interessadas no progresso, em reformas estruturais, em crescimento e em desenvolvimento social, do outro lado havia o poder hegemônico, que queria e quer ser sustentado, e, para isso, viu nas forças políticas uma maneira de

ameaçar e fazer predominar seus ideários contra os grupos vulneráveis em ascensão, entre eles, os grupos feministas,[25] que buscam por igualdade de gênero e incluem pessoas vulnerabilizadas em situação de múltiplas discriminações. O veto do ex-presidente pode ser entendido, assim, como um fenômeno "antifeminista" (Soihet, 2013).

Entre conquistas e retrocessos, percebe-se que o discurso presidencial foi uma contraproposta à dignidade menstrual e revelou-se em uma reação com características que limitam, contradizem e deslegitimam a concessão de direitos (Perrot, 1998). Nesse sentido, em contraposição ao veto reacionário, a Bancada Feminina da Câmara dos Deputados,[26] ao reagir, reforçou que não existiria contrariedade ao interesse público por ser um programa de impacto orçamentário mínimo. Derrubar o veto foi uma reparação a uma violência do governo contra as mulheres (Agência Senado, 2022).

Ao incitar crenças populares e insegurança, deslegitimar os direitos das pessoas com ciclo menstrual ativo e reconhecer a independência e a autonomia menstrual como um viés negativo, a cúpula do Poder Executivo valida – e contribui para – um veto antifeminista.

Conclusão

A pobreza menstrual não é um tema novo, mas ganhou notoriedade nos últimos anos no país, ao passo que alguns estados brasileiros tiveram suas próprias atividades legislativas no tocante à distribuição de absorventes e à conscientização sobre o período menstrual. Ainda, é recorrente que as pessoas com o ciclo menstrual ativo não tenham compreensão sobre esse evento biológico, sendo o quadro agravado se a pessoa menstruante é de baixa renda, pois tem de escolher entre comprar alimentos ou um item higiênico. O absorvente, nesse contexto, torna-se um artigo de luxo.

Pensando em unificar a demanda do absorvente como insumo essencial na vida das pessoas com ciclo menstrual ativo, o Projeto de Lei n. 4.968/2019 (Brasil, 2019) chegou ao Congresso Nacional, passou por sessão plenária e foi aprovado sem objeções. A única repercussão negativa que o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual teve foi o veto parcial do ex-presidente da República. Constatou-se que a gestão do Executivo da época (2019-2022),

25 O feminismo hoje tem diversas epistemologias e vertentes. Ao considerar as múltiplas discriminações, adotamos Matos (2008) como referencial. Todavia, também há o transfeminismo e, em outro norte, a possibilidade de incluir as demandas de saúde dos homens trans e das pessoas não binárias no movimento LGBTQIAP+.

26 As redes sociais administradas por mulheres mostraram-se constantemente contrárias ao veto presidencial. Todavia, esta pesquisa se limita ao teor do discurso publicizado pelo ex-chefe do Executivo.

por meio dos seus atos públicos, mostrou quais são os grupos que seriam beneficiados com direitos e políticas públicas e, entre eles, não estariam as pessoas que menstruam.

Em um segundo momento, ao analisar o discurso, percebeu-se que o ex-presidente separou seis minutos de sua *live* oficial para justificar a não adesão ao projeto. Entre os motivos, há uma reclamação orçamentária que interfere na fonte de custeio e na distribuição financeira do país, o que se contrapõe ao que foi apresentado no projeto. Conclui-se, assim, que essa fala pretendia causar pânico na ala conservadora em relação ao dinheiro público e indicar não ser esse um direito que mereça participação estatal.

Em seguida, Jair Bolsonaro discursa pela "derrubada do veto do Auxílio Modess" (Jair Bolsonaro, 2021) em tom estereotipado, pejorativo ("as mulheres passaram a menstruar no meu governo"), não apenas reagindo ao Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, mas institucionalizando o *backlash*, já que são falas que passam ao vivo e ficam gravadas em seu canal, alcançando um público grande (de, pelo menos, 3,96 mil pessoas) e diverso. A conclusão pela institucionalização do *backlash* se deu ao percebermos que, mesmo após mais de um mês do veto, este ainda era o assunto presidencial em 25 de novembro de 2021, que inflama o Executivo e repercute naqueles que o apoiam.

Apesar disso, a Bancada Feminina reagiu, os parlamentares derrubaram o veto e afirmaram que foi uma derrubada à violência de gênero, mas a crítica que fica é que o setor conservador parlamentar e social já internalizou o discurso, o que pode repercutir no desmerecimento de novas políticas públicas que tenham a mesma perspectiva: a inclusão de grupos vulnerabilizados, como é o caso das mulheres cis, dos homens trans e das pessoas não binárias com ciclo menstrual ativo, em razão de haver um marcador social na concessão dos seus direitos.

Nesse sentido, para considerar o veto antifeminista, partiu-se dos critérios objetivos quanto à saúde menstrual e à alta tributação dos absorventes, que os torna inacessíveis a boa parte da população. Ainda, considera-se antifeminista a forma como o recorte de gênero foi socializado a partir do poder hegemônico, branco, cisnormativo. Os homens trans e as pessoas não binárias são automaticamente excluídos do discurso de Jair Bolsonaro, do mercado e da saúde pública.

Portanto, apesar de o veto ser subjetivo, a estruturação do seu discurso não é. Ela é clara e evidente, considerada neste artigo pejorativa e estereotipada, contra os grupos vulnerabilizados, fazendo-os serem excluídos das políticas públicas estatais, com desatenção ao direito à saúde e à qualidade de vida.

O ex-presidente não discursou da mesma forma perante a aprovação e a distribuição, como item essencial, do remédio masculino comprado pelo Executivo ("não é nada", foi sua resposta [Jair Bolsonaro, 2021]). Isso destaca, mais uma vez, que suas falas anteriores relacionadas ao Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual foram uma reação conservadora e discriminante, que contribui para a criação de mitos e para a inversão de valores. Por fim, o ato de vetar de Jair Bolsonaro também foi um posicionamento político. Ele usou do manto da subjetividade do instituto para ter, na verdade, uma ação populista.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Derrubado o veto à distribuição de absorventes para mulheres de baixa renda. *Senado Notícias*, 10 mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/noticias/materias/2022/03/10/derrubado-o-veto-a-distribuicao-de-absorventes-para-mulheres-de-baixa-renda. Acesso em: 27 jun. 2022.

AGUIAR, Bruna Soares de; PEREIRA, Matheus Ribeiro. O antifeminismo como *backlash* nos discursos do governo Bolsonaro. *Revista Agenda Política*, [*s.l.*], v. 7, n. 3, p. 8-35, 2019.

ARDITI, Benjamin. Populism as an Internal Periphery of Democratic Politics. *In*: PANIZZA, Francisco (ed.). *Populism and the Mirror of Democracy*. Londres: Verso Books, 2005. p. 72-98.

ARRAES, Marília. *Projeto de Lei n. 4.968, de 2019*. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-4968-2019. Acesso em: 20 mar. 2024.

ARRAES, Marília *et al*. *Projeto de Lei n. 5.474, de 2019*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1666AF0CDEBA02162AF1E7E9EB706FFB.proposicoesWebExterno1?codteor=1819075&filename=PL+5474/2019. Acesso em: 6 fev. 2021.

BANCADA feminina critica veto à distribuição gratuita de absorventes. *Câmara dos Deputados*, 7 out. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/814709-bancada-feminina-critica-veto-a-distribuicao-gratuita-de-absorventes/. Acesso em: 10 out. 2021.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social*: fundamentos e história. São Paulo: Cortez, 2016.

BITTENCOURT, Renato Nunes. A onda reacionária e sua chancela ideológica na crise democrática. *Revista Espaço Acadêmico*, [*s.l.*], v. 16, n. 188, p. 74-86, jan. 2017.

BOLSONARO minimiza compra de Viagra por Forças Armadas: "não é nada". *UOL*, 13 abr. 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=PdE-Ukzc-pY. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 11.432, de 8 de março de 2023*. Regulamenta a Lei n. 14.214, de 6 de outubro de 2021, que institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11432.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n. 14.214, de 6 de outubro de 2021*. Institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual; e altera a Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006, para determinar que as cestas básicas entregues no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan) deverão conter como item essencial o absorvente higiênico feminino. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14214.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

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

BUSSINGUER, Elda Coelho Azevedo; SALVADOR, Raíssa Lima e. O impacto da pobreza menstrual e da desinformação na dignidade da pessoa humana e no direito à saúde das mulheres no Brasil. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, [*s.l.*], v. 8, n. 1, p. 49-64, jan./jul. 2022.

BUZANELLO, José Carlos. Em torno da Constituição do direito de resistência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 168, p. 19-27, out./dez. 2005.

CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Côrtes (orgs.). *Programa Bolsa Família*: uma década de inclusão e cidadania. Brasília: Ipea, 2014.

CAPRARO, Chiara. Direitos das mulheres e justiça fiscal: por que a política tributária deve ser tema da luta feminista. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, [*s.l.*], v. 13, n. 24, p. 17-26, 2016.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COLETTE, Guillaumin. Race et nature: système des marques, idée de groupe naturel et rapports sociaux. *Pluriel*, [*s.l.*], n. 11, p. 39-55, 1977.

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

DIAS NETO, Orlando Fernandes; FERIATO, Juliana Marteli Fais. A tributação como instrumento para a promoção da igualdade de gênero no mercado de trabalho. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, [*s.l.*], v. 6, n. 2, p. 420-444, 2018.

DUGGAN, Lisa. *The Twilight of Equality?* Neoliberalism, Cultural Politics and the Attack on Democracy. Boston: Beacon Press, 2003.

FAIRCLOUGH, Norman. Critical Discourse Analysis: The Critical Study of Language. Londres; Nova York: Longman, 1995. Disponível em: https://www.felsemiotica.com/descargas/Fairclough-Norman-Critical-Discourse-Analysis.-The-Critical-Study-of-Language.pdf. Acesso em: 25 mar. 2024.

FALUDI, Susan. *Backlash*: o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

FIUZA, Renan. Onze estados e DF aprovam distribuição gratuita de absorventes. *CNN Brasil*, São Paulo, 14 out. 2021. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/onze-estados-e-df-aprovam-distribuicao-gratuita-de-absorventes/. Acesso em: 27 jun. 2022.

FONSECA, Elaine Cristina. O *backlash* e a construção do *ethos* discursivo da mulher. *Letras de Hoje*, [*s.l.*], v. 53, n. 3, p. 422-429, jul./set. 2018.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e* backlash. Salvador: JusPodivm, 2019.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA – UNICEF; FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – UNFPA. *Pobreza menstrual no Brasil*: desigualdades e violações de direitos. [*On-line*], maio 2021. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/14456/file/dignidademenstrual_relatorio-unicef-unfpa_maio2021.pdf. Acesso em: 27 jun. 2022.

GALLARDO, Helio. *Teoria crítica*: matriz e possibilidade de direitos humanos. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. A política externa em direitos humanos do governo Bolsonaro e a crise na ONU: o *backlash* é também verde e amarelo. *In*: BARBOSA, Jefferson Rodrigues; HERNÁNDEZ, Oscar A. Piñera (orgs.). *Extremismos políticos e direitas*: Bolsonaro, Trump e a crise das "democracias". São Paulo: Cultura Acadêmica, 2022. p. 149-165.

JAIR BOLSONARO. Live de quinta-feira – 14/10/2021. *YouTube*, 14 out. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TAV8IDewNpQ&ab_channel=JairBolsonaro. Acesso em: 14 out. 2021.

KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 4, p. 1066-1079, out. 2017.

LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres redefinindo a diferença. *In*: HOLANDA, Heloisa Buarque (org.). *Pensamento feminista*: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 239-249.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação*: uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes, 1997.

MATOS, Marlise. A sub-representação política das mulheres na chave de sua subteorização na ciência política. *In*: PAIVA, Denise (org.). *Mulheres, poder e política.* Goiânia: Cânone, 2012. p. 9-52.

MATOS, Marlise. Teorias de gênero ou teorias e gênero? Se e como os estudos de gênero e feministas se transformaram em um campo novo para as ciências. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 333-357, maio/ago. 2008.

MATOS, Marlise; PARADIS, Clarisse Goulart. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 43, jul.-dez., 2014.

MEDINA-PERUCHA, Laura *et al*. Menstrual Health and Period Poverty among Young People Who Menstruate in the Barcelona Metropolitan Area (Spain): Protocol of a Mixed-Methods Study. *BMJ Open*, v. 10, n. 7, e035914, 2020. DOI: 10.1136/bmjopen-2019-035914

MOUFFE, Chantal. The "End of Politics" and the Challenge of Right-wing Populism. *In*: PANIZZA, Francisco (ed.). *Populism and the Mirror of Democracy*. Londres: Verso Books, 2005. p. 50-71.

MÜLLER, Jan-Werner. *What is Populism?* Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2017.

NERIS, Brenda Borba dos Santos. Políticas fiscais e desigualdade de gênero: análise da tributação incidente nos absorventes femininos. *Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade – FIDES*, Natal, v. 11, n. 2, p. 743-759, ago./dez. 2020.

NUNES, Ávila Simone. *FTM, transhomem, homem trans, trans, homem*: a emergência de transmasculinidades no Brasil contemporâneo. 2014. 243 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) – Programa de Pós-

-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

O ANTAGONISTA. Bolsonaro: "A mulher só começou a menstruar no meu governo". *YouTube*, 25 nov. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=mVNXZHnXWYY&ab_channel=OAntagonista. Acesso em: 25 nov. 2021.

OBJETIVOS de Desenvolvimento Sustentável. *Nações Unidas Brasil*, [*s.d.*]. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em: 27 jun. 2022.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso*: princípios & procedimentos. 10. ed. Campinas, SP: Pontes, 2012.

PANIZZA, Francisco. Introduction. *In*: PANIZZA, Francisco (ed.). *Populism and the Mirror of Democracy*. Londres: Verso Books, 2005. p. 1-31.

PERROT, Michelle. *Mulheres públicas*. São Paulo: Editora da Unesp, 1998.

PERROT, Michelle. Práticas da memória feminina. *Revista Brasileira de História*, [*s.l.*], v. 9, n. 18, p. 9-18, ago./set. 1989.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, p. 373-433, 2007.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SALGADO, Eneide Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 117, 2018. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/594. Acesso em: 15 abr. 2024.

SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar; MANO, Maíra Kubik; SACCHET, Teresa. Confronting Backlash against Women's Rights and Gender Equalityin Brazil: A Literature Review and Proposal. *Revista Feminismos*, [*s.l.*], v. 8, n. 2, maio/ago. 2020.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SILVA, Fabricio Pereira. Quinze anos da onda rosa latino-americana: balanço e perspectivas. *Observador On-line*, [*s.l.*], v. 9, n. 12, 2014.

SOIHET, Rachel. *Feminismos e antifeminismos*: mulheres e suas lutas pela conquista da cidadania plena. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2013.

SOLNIT, Rebecca. *Os homens explicam tudo para mim*. São Paulo: Cultrix, 2017.

SOMMER, Marni *et al*. How Addressing Menstrual Health and Hygiene May Enable Progress Across the Sustainable Development Goals. *Global Health Action*, [*s.l.*], v. 14, n. 1, 1920315, jan. 2021.

SOUSA, Diogo; IRIART, Jorge Alberto Bernstein. "Viver dignamente": necessidades e demandas de saúde de homens trans em Salvador, Bahia, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, [*s.l.*], v. 34, n. 10, e00036318, 2018.

SOUZA, Chiara Musso Ribeiro de Oliveira. *Infecção vaginal, determinantes, microbiota, inflamação e sintomas*: estudo descritivo com autocoleta diária ao longo do ciclo menstrual. 2009. 264 f. Dissertação (Mestrado em Doenças Infecciosas) – Programa de Pós-Graduação do Núcleo de Doenças Infecciosas do Departamento de Medicina do Centro de Ciências da Saúde da Universidade do Espírito Santo, Vitória, 2009.

SOUZA, Juliana Mello. Feminina e não feminista: a construção mediática do *backlash*, do consumo e dos pós-feminismos. *Media & Jornalismo*, [*s.l.*], v. 17, n. 30, p. 71-83, 2017. Disponível em: https://impactum-journals.uc.pt/mj/article/view/2183-5462_30_5/3826. Acesso em: 12 maio 2023.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O *backlash* institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no Direito Previdenciário e Assistencial. *Revista de Informação Legislativa:* RIL, Brasília, v. 59, n. 233, p. 11-33, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p11. Acesso em: 11 jan. 2024.

Lorenna Medeiros Toscano de Brito

Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Professora de Direito Constitucional, mediadora (CCMEAR), advogada (OAB/RN) e autora de obras jurídicas.

toscanolorenna@gmail.com

Mariana de Siqueira

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Presidente do Comitê de Diversidade da UFRN. Professora de Direito Administrativo e Direito Digital da UFRN. Advogada no Instituto DAMASI/RN.

marianadesiqueira@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 10.02.2022
Aprovado: 02.10.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202413

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)

1 Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, Paraíba, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5419-2031

2 Universidad de Salamanca, Salamanca, Castilla e León, Espanha
https://orcid.org/0009-0001-2954-2204

3 Universidade Federal Rural de Pernambuco, Departamento de Ciências Sociais, Recife, Pernambuco, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-2956-3512

4 Universidade de Santiago de Compostela, Departamento de Economia Aplicada, Faculdade de Administração e Gestão de Empresas, Santiago de Compostela, Espanha
https://orcid.org/0000-0003-1329-3116

O arrendamento de terras para produção de energia eólica: um novo capítulo da questão agrária brasileira

THE LEASING OF LAND FOR WIND ENERGY PRODUCTION: A NEW CHAPTER OF THE BRAZILIAN AGRICULTURAL ISSUE

EL ARRENDAMIENTO DE TIERRAS PARA LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA EÓLICA: UN NUEVO CAPÍTULO DE LA CUESTIÓN AGRARIA BRASILEÑA

Fernando Joaquim Ferreira Maia[1], *Marcela Peixoto Batista*[2], *Tarcísio Augusto Alves da Silva*[3] e *Damián Copena Rodríguez*[4]

Resumo
O semiárido brasileiro é o novo destino do capital global em energias renováveis, diante da crise ambiental. Esse fato traz como consequência a expansão das bases da acumulação de capital: extração de mais-valor da força de trabalho, apossamento de terras dos camponeses e concentração fundiária. Para discutir essa problemática, os objetivos do presente texto são: a) apontar as novas particularidades da questão agrária ante a expansão dos parques eólicos; b) analisar o processo de desapossamento de terras dos agricultores; e c) apresentar a relação dos contratos de arrendamento com a renda da terra. Para isso, realizamos uma revisão de literatura sobre os temas da privatização dos bens comuns, em particular das terras para a produção de energia eólica, buscando explicar como a privatização sobre bens comuns, particularmente a força dos ventos, implica estratégias legais de redução de direitos e de serviços básicos a direitos exclusivos de propriedade privada. A "acumulação por despossessão", conceito cunhado por David Harvey (2011) e aplicado por Mariana Traldi (2019) na análise da expansão da energia eólica no Brasil, implica apropriação pelo capital de extensas áreas a pretexto de se assegurar o "desenvolvimento sustentável", o combate à "crise hídrica" ou uma "agenda verde". O artigo parte da hipótese de que a implantação dos parques eólicos no Brasil passa por estocagem de terras sob o controle do direito de exploração econômica destas e insere-se em um novo movimento de reconcentração fundiária. Ao final, esboçamos propostas de modificação do marco legal da energia eólica.

Palavras-chave
Energia eólica; contratos de arrendamento; questão agrária; campesinato; direito agrário.

Abstract
The leasing of land for wind power production is the subject analyzed in this work, precisely the control exercised by multinationals of the exploration rights from peasants' lands. Taking in consideration that the semi-arid region of Brazil is the new destination for the global capital in renewable energies, given the environmental crises, the research presents its relevance for the study of wind farms. The main problem is that this expansion copies the foundations of the primitive accumulation of capital: extraction of surplus value from the labor force, land grabbing of peasants and land concentration. The goals go from pointing out the new singularities of the agrarian situation in face of the expansion of wind farms to analyze the process of dispossession of land from farmers and to show the link between lease contracts and land profit. The theses of David Harvey (2011) and Mariana Traldi

Contribuição de autoria

Fernando Joaquim Ferreira Maia
Conceptualization; investigation; methodology; supervision; formal analysis; writing – original draft; writing – review & editing; project administration.

Marcela Peixoto Batista
Conceptualization; investigation; methodology; formal analysis; writing – original draft; writing – review & editing.

Tarcísio Augusto Alves da Silva
Conceptualization; investigation; methodology; formal analysis; writing – original draft; writing – review & editing.

Damián Copena Rodríguez
Conceptualization; investigation; methodology; formal analysis; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
MAIA, Fernando Joaquim Ferreira *et al*. O arrendamento de terras para produção de energia eólica: um novo capítulo da questão agrária brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2413, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202413

(2019), in which they aim to explain how the privatization of common goods, particularly of the wind force, involves the use of legal strategies that reduce rights and basic services on the common good to exclusive rights of Private propriety, were used. "Accumulation by dispossession," for Harvey, and its "green" version, for Traldi, imply the appropriation by capital of large areas of land on the pretext of ensuring "sustainable development," the fight against the "water crisis" or a "green agenda." Therefore, we investigate the hypothesis that the implementation of wind farms in Brazil involves the storage of land under the control of the economic exploitation rights of the farmers over their land and that this is included in a new movement of land reconcentration.

Keywords
Wind energy; lease contracts; agrarian issue; peasantry; agrarian law.

Resumen
La región del semiárido brasileño es el nuevo destino del capital global en energías renovables, frente a la crisis ambiental. Este hecho trae como consecuencia la expansión de las bases de acumulación de capital: extracción de plusvalía de la fuerza de trabajo, acaparamiento de tierras de campesinos y concentración de tierras. Para discutir esa problemática, los objetivos del presente texto son: a) señalar las nuevas particularidades de la cuestión agraria frente la expansión de parques eólicos; b) analizar el proceso de desposesión de tierras de los agricultores; y c) presentar la relación de los contratos de arrendamiento con la renta de la tierra. Para eso, realizamos una revisión de literatura respecto a los temas de privatización de los bienes comunes, en particular de las tierras para la producción de energía eólica, buscando explicar como la privatización de bienes comunes, particularmente la fuerza de los vientos, implica estrategias legales de reducción de derechos y de servicios básicos a derechos exclusivos de propiedad privada. La "acumulación por desposesión", concepto formulado por David Harley (2011) y aplicado por Mariana Traldi (2019) en el análisis de la expansión de la energía eólica en Brasil, implica apropiación por el capital de extensas áreas con el pretexto de garantizar el "desarrollo sostenible", el enfrentamiento a la "crisis hídrica" o una "agenda verde". El artículo parte de la hipótesis de que la implantación de los parques eólicos en Brasil pasa por acaparamiento de tierras bajo el control del derecho de explotación económica de estas y se inserta en un nuevo movimiento de reconcentración de tierras. Al final, dibujamos propuestas de cambio del marco normativo de la energía eólica.

Palabras clave
Energía eólica; contratos de arrendamiento; cuestión agraria; campesinado; derecho agrario.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

A questão agrária pode ser entendida como o *locus* de uma das problemáticas permanentes que alimenta a desigualdade social brasileira. Sua configuração, em termos do acesso à terra, dá forma à concentração desse recurso, expressa-se em latifúndios, é justificada pela produção pecuária e pelo cultivo de determinadas monoculturas, reconhecidas no mercado como *commodities*, e serve, ainda, como reserva de valor de fim especulativo.

A estrutura agrária brasileira se renova e se fortalece a cada período histórico, embora os movimentos sociais do campo a denunciem como um dos grandes males de nossa sociedade, por produzir massas de famílias camponesas espoliadas pelo aparecimento do capitalismo agropecuário (Albuquerque, 1987; Furtado, 2007; Lima, 1988; Prado Júnior, 2008; Varela, 2005). Desse modo, fica evidente por que Graziano da Silva (1998, p. 5) considera que "a questão agrária está ligada às transformações nas relações sociais e trabalhistas [de] produção: como se produz, de que forma se produz".

Se em cada período da história brasileira a questão agrária expressa sua elasticidade, em termos de concentração de terras, seu caráter atual encontra-se recortado pelos diversos usos praticados pelo agronegócio – expoente do capitalismo no campo, que vai da produção agrícola e pecuária para exportação ao apelo ambiental com a produção de biomassas como fonte de energia. Ou seja, a produção de energia eólica está sendo desenvolvida sob o argumento de preocupação com o meio ambiente, mas, na verdade, é uma nova faceta do fenômeno do agronegócio e do latifúndio, pelo qual o discurso ambiental da energia limpa esconde a lógica da despossessão sobre vastas áreas dos pequenos agricultores e de vários segmentos do campesinato em diversos estados do Nordeste brasileiro.

Tal fenômeno será abordado no presente artigo a partir do arrendamento de terras para a produção de energia eólica no semiárido nordestino, pois, a partir de 2009, particularmente após 2011, a crescente investida do capital financeiro nacional e internacional no setor de energia renovável tem demonstrado como os empreendimentos eólicos vêm se constituindo como um processo moderno de esbulho de terras (Santana; Silva, 2021).

A energia eólica vem se desenvolvendo no Brasil nos últimos anos, particularmente entre 2011 e 2019, alcançando a capacidade de 19,7 GW instalados em áreas rurais, com marco normativo favorecedor às empresas multinacionais (Maia; Farias, 2021), e tendo a terra como um fator produtivo indispensável a essa atividade energética (Manganelli, 2017). Vários mecanismos de uso da terra, mediante a compra ou o arrendamento dos terrenos, são acionados (Copena; Simón, 2018), resultando no interesse de analisar os processos de arrendamento de

1 Este artigo é fruto de pesquisa apoiada pela Universidade Federal da Paraíba mediante o Edital de Produtividade – Chamada Interna Produtividade em Pesquisa (PROPESQ/PRPG/UFPB n. 3/2020).

terras para a produção de energia eólica. Essa é uma questão que tem sido pouco pesquisada até o momento (Swofford; Slattery, 2010; Copena; Simón, 2018).

O artigo trata da relação dos processos de despossessão da terra a partir da expansão dos parques eólicos no Nordeste brasileiro. Apresenta como problemas, a exemplo da degradação do meio ambiente, a crise ambiental e a crise climática, camuflados por iniciativas e políticas econômicas, recheadas de boas intenções, mas que revelam como a apropriação da posse e da propriedade dos camponeses pelo capital vem ocorrendo pelo que se convencionou chamar de *green grabbing*. Em seguida, apresentamos a expressão e mola jurídica desse processo: os contratos de arrendamento. Sustentamos que sem os contratos a prática de desapossamento dos agricultores e a extração de mais-valor da terra não são possíveis pelas empresas estrangeiras de energia eólica.

Por fim, o artigo propõe as seguintes modificações no marco legal contratual da energia eólica: 1) impedimento da celebração de contratos por prazo longo e com cláusula de renovação automática e de extensividade aos herdeiros; 2) garantia de revisão quinquenal; 3) fim (ou restrição) de multas rescisórias; 4) remuneração ao agricultor-arrendador de ao menos 6% pelo comércio da energia elétrica sob a renda da venda da eletricidade; 5) indenização aos agricultores por lucros cessantes; 6) ampla publicidade dos contratos; 7) obrigatoriedade da mediação de sindicatos de trabalhadores rurais e de associações de agricultores na celebração dos contratos de arrendamento.

1. *GREEN GRABBING* E O *LOBBY* DA ENERGIA EÓLICA

Na era das energias renováveis, o problema agrário brasileiro retoma uma questão histórica sobre o acesso à terra: terra para quem? Para produzir o quê? Por isso, o recrudescimento da antiga estrutura agrária (concentradora, desigual, produtora de diversas formas de violência e fome) ganha novo álibi com a produção de "energia limpa". Esse recrudescimento, como será visto, tem como efeito uma nova reconcentração fundiária e um novo ciclo de apropriação indébita do trabalho do campesinato. A roupagem verde assumida pelo capitalismo, com o discurso da energia limpa renovável, busca incorporar a lógica do cuidado com a natureza utilizando o seu viés mais cínico, assumindo que o mercado tem preocupações ambientais, e acreditando ser possível salvar o planeta mantendo um estilo de vida que não questiona formas de produção e consumo que engendram mais e mais necessidade de energia. Esse falso discurso de sustentabilidade se constrói com a exploração da força de trabalho do agricultor e do controle da sua terra. Nesse sentido, não importa se ela é renovável ou fóssil, pois a sua produção ocorre em função das demandas de mais exploração da força de trabalho e dos recursos ambientais em prol de um modo de produção que ameaça as próprias bases de reprodução que dão suporte ao sistema.

O crescimento das energias renováveis, especialmente a energia eólica, tem sido amplamente incentivado por políticas públicas, energia vendida como uma fonte "limpa", de baixo

custo de produção e em um movimento de "transição energética", principalmente pelos países europeus (Traldi; Rodrigues, 2022, p. 39-41). No entanto, os processos de implantação e operação de parques eólicos têm gerado conflitos e desigualdades entre os proprietários de terras e as empresas do setor em diferentes regiões do mundo (Avila, 2018). As comunidades locais costumam suportar os efeitos negativos das usinas, enquanto outros atores se beneficiam economicamente (Johansen; Emborg, 2018). Por exemplo, de acordo com Sovacool *et al*. (2017), no caso do México, o pagamento de 1,5% da receita bruta da produção de energia recebido pelos proprietários indígenas é considerado muito baixo, especialmente levando em conta que parte das terras utilizadas é de propriedade comunitária, situação similar à encontrada na Galiza, na Espanha (Copena; Simón, 2018). Essas cifras são semelhantes às indicadas para o caso do Brasil (Traldi, 2019), pelo que se pode constatar uma situação de injustiça distributiva.

Também é importante considerar que, até o momento, as zonas rurais são as principais destinatárias dos parques eólicos (Slattery; Lantz; Johnson, 2011). As centrais de energia localizadas nas zonas rurais, em geral, não podem ser instaladas por agentes rurais, sendo realizadas, especialmente, por empresas estrangeiras. Queremos dizer que os parques eólicos estão sendo instalados principalmente, até o momento, em espaços rurais com capacidade de aproveitamento do vento. Não estão sendo instalados em áreas urbanas e em outros lugares, como o oceano, em que a presença ainda é escassa.

A relação das empresas estrangeiras, suas nacionalidades e áreas de atuação no semiárido nordestino foi documentada por Mariana Traldi (2019, p. 240-253) na tese de doutorado intitulada *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro.*[2] A autora relata que, em 2017, das 25 empresas de energia eólica que atuavam no semiárido nordestino, apenas nove eram brasileiras. Nesse contexto, tem-se as empresas estrangeiras (na qualidade de arrendatárias), os pequenos agricultores (como arrendadores) e o Estado (legitimando e coordenando juridicamente práticas de acumulação por despossessão ao, por exemplo, tolerar a aplicação do Estatuto da Terra nos contratos de arrendamento para a produção de energia eólica) se relacionando, cada qual com o seu papel, em uma relação assimétrica, na qual os pequenos agricultores são os mais vulneráveis. Essa assimetria pode dar origem a uma (in)justiça distributiva, especialmente nos casos em que o quadro legislativo impede os agricultores proprietários da terra, ou as comunidades, de se tornarem promotores de parques eólicos (Delicado; Figueiredo; Silva, 2016), tal e como acontece no Brasil, em que o marco normativo estabelece processos para o desenvolvimento

2 Uma versão da tese foi recentemente transformada em livro de mesmo nome por Mariana Traldi e Arlete Rodrigues (2022). Nele, as autoras também trazem a relação das empresas envolvidas. Ver: Traldi e Rodrigues (2022, p. 255-273).

de grandes centrais eólicas sem que os camponeses e os proprietários dos terrenos participem com capacidade de decisão nos procedimentos.

Nesse sentido, Siamanta (2019) tem assinalado, para o caso da Grécia, como a implantação dos parques eólicos tem facilitado um processo de *green grabbing,* com apropriação de terras públicas e privadas, recursos financeiros e naturais por parte de empresas energéticas transnacionais. Esse caso demonstrou a existência de consequências desfavoráveis para agentes rurais, como camponeses e fazendeiros locais.

A terra é um meio de produção *sui generis*, já que o capital é o trabalho acumulado pelo capitalista, e a terra não é produto do trabalho. Cita-se:

> No entanto, da mesma forma que o capital se apropria do trabalho, que também não é fruto do trabalho (não tem valor), ele consegue se apropriar da terra mediante o pagamento de um tributo, a renda. A apropriação capitalista da terra vai transformá-la em equivalente de capital, tornando possível a subordinação do trabalho agrícola (Almeida; Paulino, 2000, p. 121).

A lógica de apropriação da terra pelo capital, seja para a subordinação do trabalho agrícola, seja para a produção de *commodities* ou energia, vem sendo levada a cabo e renovada de acordo com as diferentes etapas de desenvolvimento do capitalismo e das forças produtivas. A corrida por terra é um fenômeno mundial e vem provocando um processo de reordenação territorial, de relaxamento de legislações que facilitam o acesso do capital a parcelas sempre mais lucrativas de terra e o surgimento de novas conflitualidades. Concordamos com Nascimento (2020, p. 223) quando ele afirma que a reconfiguração dos territórios está fincada sobre três elementos estruturantes: "[...] financeirização da economia, reestruturação produtiva e globalização do ideário neoliberal". Esse movimento de reconfiguração dos territórios é provocado pelo processo de "ajuste socioespacial" (Harvey, 2001, 2011) ou "ajuste socioecológico" ("*socioecological fix*") (McCarthy, 2015) para as tendências de "crise do capital" (Traldi, 2019, p. 43).

Percebem-se movimentos especulativos cujo objetivo é apropriar-se de recursos naturais com a real intenção de conseguir lucro. Nesse sentido, Fairhead, Leach e Scoones (2012) nos alertam que os ecossistemas estão sendo comercializados em um movimento acelerado de apropriação de terras baseado em um discurso verde. Com a criação de mercados diversos, elementos que fazem parte da natureza e até pouco tempo pareciam protegidos pela lógica da dádiva da natureza passam a ser precificados, como as emissões de carbono, a biodiversidade, o sol ou os ventos. Não obstante, as recorrentes crises do sistema capitalista e de seu modelo de desenvolvimento colocam-nos diante dos padrões de acumulação do capital necessários à superação dessas crises.

O elemento comum a esses novos mercados verdes é a terra, havendo a necessidade de apropriação de quantidades cada vez maiores desse recurso como forma de garantir taxas de

lucro futuras. Um estudo realizado pelo Banco Mundial, em 2010, apresenta uma série de dados sobre o aumento da demanda de terras a partir de 2008, que configura a mundialização do fenômeno da "disputa territorial" (Leite; Sauer, 2011; Sauer, 2013). No cenário latino-americano, Brasil e Argentina encabeçam a lista de países com maior pressão sobre o mercado de terras, embora o fenômeno também venha atingindo outros países do continente. No Brasil, esse fenômeno vem se localizando especialmente em regiões de cerrado (incluindo parte dos estados do Piauí e da Bahia) e na Amazônia (especialmente parte do estado do Maranhão), onde se concentram vastas extensões de terras em áreas propícias a ventos com mais de 7 m/s. A demanda das terras está associada à produção de energia pela força do ar.

O início do século XXI foi marcado por uma crise climática sem precedentes e pela continuidade de um modelo que articula em rearranjos financeiros uma série de atores interessados em soluções de "modernização ecológica", mas sem alterar a essência da exploração da força de trabalho. Daí por que é fundamental considerar também os casos em que a demanda por soluções à crise climática se apresenta a partir dessa "agenda ambiental mundial".

O discurso das mudanças climáticas e da sustentabilidade ambiental e transição energética vem provocando uma corrida particular por "*hotspots*" vinculados aos novos negócios verdes, especificamente no Nordeste em relação às áreas situadas em regiões de ventos fortes, acima de 7 m/s. Uma implementação massiva de usinas de produção de energia eólica, por exemplo, vem ocorrendo de forma muito intensa no litoral e nas regiões de agreste e de caatinga. Em muitas ocasiões, esses empreendimentos projetam a ocupação dos territórios vinculando-os à produção de energia eólica e promovendo uma série de impactos ambientais e sociais, o que coloca em risco modos de vida e biomas já bem debilitados (Hofstaetter, 2016).

A presença de minifúndios, em muitos territórios, convive com a posse precária como modalidades de ocupação individual e coletiva predominante em diversas regiões do país. Para muitas famílias e comunidades, o reconhecimento do seu modo de vida e da sua relação com a terra se apresenta distante de um modelo de desenvolvimento que sobrepõe os interesses do capitalismo (em suas diferentes facetas) sobre outras formas de relação com os territórios e acaba por obrigar uma parte expressiva do campesinato a conviver com um estado de vulnerabilidade permanente e ameaças constantes de perda de seus quinhões devido à grilagem e a outros movimentos que ameaçam essa condição.[3] É por isso que "a presença destas

3 O leque de tipos camponeses existentes no Brasil é muito amplo e, apesar de levantar acalorados debates no meio acadêmico, caracteriza-se estruturalmente por sua relação com a terra. Existem nesse universo os moradores de condição, os meeiros, os acampados, os assentados, etc. Existem ainda grupos específicos de camponeses que, em virtude do regime de posse coletiva e da relação ancestral que estabeleceram com os territórios onde vivem, são reconhecidos por meio de legislação específica. São os chamados Povos e

populações e suas lutas por reconhecimento e respeito a direitos são percebidas e anunciadas como empecilhos ao progresso e ao desenvolvimento, propostos como *bem comum*, um bem universal contraposto ao local (particular)" (Sauer, 2013, p. 175, grifo do autor).

Fernandes (2004) afirma que as referências teóricas para o debate sobre desenvolvimento territorial têm como ponto de partida o pensamento consensual, a partir do qual se lê o território sem considerar as contradições que são produtoras de conflitualidade. Suas raízes estão no neoliberalismo, sua essência está no mercado, e seu objetivo é convencer as comunidades rurais e os movimentos campesinos de que devem perseguir o desenvolvimento sustentável sem criar oposições. Seria uma proposta de despolitização do pensamento sobre desenvolvimento territorial, já que impõe um modelo único e alijado da conflitualidade, inerente ao território como conceito multidimensional, complexo e cinético. Para Montenegro (2012, p. 164), o território,

> longe de ser um elemento estático e imutável, percebe-se como um território que foi mudando suas características e suas dimensões, com relações tanto internas como externas que sofrem de um reordenamento diante dos novos desafios. Portanto, um território é a medida de uma identidade não essencial, mas que está marcada pelo convívio com conflitos permanente.

Esse novo capítulo na questão agrária brasileira, atrelada ao setor energético renovável e imbricado de um processo que não é de compra de terra e de imobilização de capital, mas de apropriação da renda da terra por meio de contratos de arrendamento abusivos, está se configurando como um movimento massivo e silencioso de espoliação. A abusividade dos contratos se revela pela constatação de problemas diversos, mediante acesso direto a vários contratos de arrendamento (Maia *et al.*, 2022, 2023), o que é confirmado por outras fontes (Traldi, 2019). Os principais problemas são: 1) prazos longos com renovação automática; 2) extensão automática das cláusulas contratuais aos herdeiros e aos possíveis sucessores; 3) multas e penalidades unilaterais impostas pela empresa arrendatária exclusivamente aos agricultores arrendadores, em virtude de cláusula de irretratabilidade e de irrevogabilidade dos contratos, sem que as multas e penalidades sejam aplicadas às empresas; 4) cláusula de

• • •

Comunidades Tradicionais (PCT) e foram reconhecidos pelo Decreto n. 6.040/2007 (Brasil, 2007), que os define como: "Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição". Atualmente, há 16 grupos de PCT representados na Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT).

subarrendamento sem consentimento do agricultor; 5) uso exclusivo de parte significativa da propriedade por parte da empresa e restrição de uso imposta aos agricultores; 6) cláusulas com imposição de pagamento de impostos e taxas pelos agricultores e direito de retenção pela empresa; e 7) imposição de cláusula de sigilo aos agricultores para contratos já assinados. A abusividade dos contratos de arrendamento é denunciada pela comunidade de estudiosos do tema (Traldi, 2019; Hofstaetter, 2016), e em documentários (Cáritas Brasileira Regional NE2, 2022; CPT – Nordeste 2, 2023).

Sobre esses contratos, o Ministério Público Federal (MPF), pela sua Procuradoria no Estado da Paraíba, a Defensoria Pública da União (DPU) e a Defensoria Pública do Estado da Paraíba (DP/PB), mediante reuniões com as partes envolvidas, professores(as) e pesquisadores(as) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), formularam a Recomendação n. 22/2023 (Brasil, 2023), com as seguintes considerações:

> 1. que os contratos entre as empresas de energias renováveis e membros de comunidades tradicionais, comunidades quilombolas e de assentamentos de reforma agrária, que versam sobre energia renovável se caracterizam pela assimetria contratual com a hipossuficiência destes últimos e, consequentemente, com a imposição da vontade das empresas;
> 2. que estes contratos se demonstram incompatíveis com os interesses sociais, econômicos, ambientais e territoriais das comunidades, ampliando o contexto de sua vulnerabilidade;
> 3. que os contratos apresentados sobre essa temática às comunidades são padronizados e por adesão, impossibilitando a participação das partes hipossuficientes nas formações e eventuais alterações de suas cláusulas;
> 4. que existe a falta de informações necessárias nesses contratos, acerca da renda fixa básica, periodicidade, renovação automática unilateral pelas empresas, área total comprometida, hospedagem ou não no terreno de torre de geração de energia, dentre outras;
> 5. que a chamada "cláusula de sigilo" presente em tais contratos veda a divulgação das tratativas para terceiros por conterem supostamente informações confidenciais, contrariando assim o princípio da boa-fé contratual, além de impedir a devida assistência técnica e jurídica aos membros da comunidade;
> 6. o patente desapossamento dessas terras pela comunidade atingida por contratos longos, sujeitos à renovação automática com base apenas na vontade da empresa arrendatária, vinculando herdeiros (parceiros, sócios e/ou compradores), fato que ocasiona verdadeira perda do controle da propriedade devido à automatização do instrumento jurídico;
> 7. que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, o aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho, a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (Lei n. 8.629/93, art. 9º).

Em decorrência das considerações dispostas anteriormente, recomendaram ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), especificamente sobre os contratos (Brasil, 2023):

> Exija, nos contratos que versam sobre energias renováveis em territórios quilombolas ou em assentamentos de reforma agrária, a observância dos seguintes pontos:
> 1. O fornecimento pelas empresas interessadas de modelos/padrões de contratos e projetos previamente à comunidade com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Estes contratos devem ser publicizados na comunidade, com comunicação à defensoria pública, e intermediação dos sindicatos rurais, entidades representativas dos agricultores, quilombolas e EMPAER na negociação das cláusulas destes contratos com as empresas.
> 2. Estímulo à contratação coletiva e a discussão entre as partes de cada uma das cláusulas previstas no modelo contratual.
> 3. Previsão da compensação financeira periódica aos membros da comunidade pelos impactos diretos e indiretos que advenham sobre a comunidade.
> 4. A mensuração da compensação financeira periódica deve considerar as restrições do uso das áreas em que os equipamentos vinculados ao empreendimento, inclusive por meio de ruído, tornem impossível a moradia ou práticas econômicas, comunitárias, inclusive lazer.
> 5. Cláusula contratual específica para que os contratantes da comunidade sejam informados mensalmente sobre a quantidade e valor econômico de energia gerada em seu território, por meio de extratos individualizado e coletivo.
> 6. O pagamento pelo uso do território e pela receita gerada pelo potencial energético do território, valorando-se ambos os recursos.
> 7. Que parte da produção da energia seja destinada às comunidades, de modo a assegurar energia em condições acessíveis para uso doméstico e para a suas atividades econômicas.
> 8. Garantia do pagamento mínimo de 6% do faturamento da venda da eletricidade por torre ou placa fotovoltaica à comunidade, a título de remuneração.
> 9. Cláusula de revisão contratual para que, a cada 5 (cinco) anos, a comunidade possa avaliar o interesse no empreendimento, tendo em vista a retribuição financeira gerada, podendo esta rescindir unilateralmente e sem ônus o contrato, caso o empreendimento não tenha retorno no mínimo igual à prática agrícola nas áreas cedidas às empresas.
> 10. A previsão de multas e obrigações nos contratos para as empresas por descumprimento de cláusulas contratuais, inclusive rescisão unilateral.
> 11. A proibição de cláusulas abusivas, sobretudo quando se refiram à obrigações unilaterais, garantindo-se o equilíbrio contratual.
> 12. A responsabilização integral das empresas pelos resíduos gerados pelos parques, inclusive na sua desmontagem, bem como em relação a danos materiais, ambientais ou à saúde.

13. A proibição de contratos com cláusula de renovação automática e extensível aos herdeiros.

Ressalta-se que essa recomendação caminha, em boa parte, no mesmo sentido do que Maia, Farias e Batista (2022, p. 74-77) já defenderam anteriormente. De qualquer modo, os contratos se inserem no modo de especulação da terra e atuam nos preços, no mercado de terras e no processo de apropriação da terra do agricultor por grandes corporações empresárias de energia. Segundo Sauer (2013, p. 173), "a combinação de preços (menor custo da terra em zonas de fronteira), ausência de impostos e investimentos governamentais na construção de infraestrutura são elementos-chave nos processos de especulação, transformando a terra em ativo financeiro". Trata-se de uma estratégia de ampliação do mercado de terras que conta com a participação ativa e o apoio de instituições governamentais, cartórios e outros sujeitos atuantes no processo de regularização fundiária.

No Brasil, na última década, presenciamos o relaxamento de várias normas para a compra de terras por estrangeiros e, nos últimos dois anos, são inúmeros os projetos de lei, as medidas provisórias, bem como os programas governamentais que pretendem promover uma regularização fundiária, a partir da concessão massiva de títulos de propriedade privada, legalizando a grilagem e as ocupações ilegais de terras públicas e territórios de povos e de comunidades tradicionais,[4] de que o programa Titula Brasil (Brasil, 2020) constitui um exemplo. Existem evidências de que alguns órgãos de terras de caráter nacional e estaduais estão facilitando acesso de agricultores familiares à titulação vinculada à assinatura de contratos de arrendamento com empresas eólicas.[5]

A assinatura de contratos de arrendamento de terras do campesinato por parte das empresas do setor se apresenta, atualmente, como uma nova modalidade de desapossamento em nome de novas propostas de esverdeamento do capitalismo. Traldi (2019) maneja o conceito de *green grabbing* associando-o à acumulação por espoliação, trabalhada por Harvey (2001, 2005, 2011), ao analisar o fenômeno específico do ajuste espaçotemporal do capital em situações de crise, aplicado ao caso do setor de produção de energia eólica. O contrato de arrendamento na acumulação por despossessão é um fator essencial que deve ser considerado na

4 Algumas propostas legislativas sobre diferentes temas relacionados: Lei n. 12.651/2012 (Novo Código Florestal); regularização fundiária (PL n. 2.963/2019, PL n. 2.633/2020, PLS n. 510/2021); licenciamento ambiental (PL n. 3.729/2004, PLS n. 168/2018); exploração dos territórios indígenas (PL n. 191/2010).

5 Em 22/04/2021, o Instituto de Terras de Pernambuco se reuniu com empresas do setor eólico com o intuito de assinar um termo de cooperação para facilitar o acesso da população rural aos títulos necessários para a realização dos contratos (Instagram, 2021).

análise do fenômeno de reordenação espaçotemporal do capitalismo verde, especificamente no Brasil e, em particular, na sua região Nordeste, já que com essa vulneração do direito à terra e aos territórios camponeses e de povos e comunidades tradicionais coexistem outras vulnerações sistemáticas de direitos, que parecem constituir um método, um *modus operandi*, amplamente utilizado pelas empresas do setor, ante um Estado perplexo com "novas oportunidades" que, mais uma vez, privilegiam setores econômicos específicos em detrimento das populações do campo.

O que muitas empresas não revelam é que o contrato de arrendamento não é garantia de instalação dos aerogeradores. Muitos desses agricultores que assinaram contratos vão ter suas terras utilizadas e seus direitos de propriedade limitados pelas cláusulas contratuais somente para possibilitar servidões de passagem, retirada de água para a construção, passagem de linhas de alta tensão, etc., para não se falar das consequências sonoras, dos impactos na produção animal, entre outros, que só aparecerão quando o parque já estiver em funcionamento (Hofstaetter, 2016). Desse modo, somente quando não existem maiores possibilidades de reverter o processo de instalação dos parques é que as comunidades se mobilizam. Abre-se, portanto, mais uma página no capítulo dos conflitos no campo brasileiro, sob o manto do desenvolvimento sustentável e de "agendas neoliberais globais" (Nascimento, 2020).

Esses conflitos começam a permear a questão agrária brasileira nestas primeiras décadas de século XXI, em virtude da emergência da crise climática e diante de uma necessidade preeminente de buscar soluções não somente para essa crise, mas também para a crise energética em geral que se apresenta. Em tudo isso, a invisibilidade da luta das comunidades afetadas, a falta de legislação específica que proteja os direitos territoriais coletivos, os bens comuns e os direitos de propriedade dos pequenos agricultores tornam o problema ainda mais dramático e urgente, já que o avanço na instalação das usinas eólicas segue em um ritmo frenético.

2. Arrendamento como instrumento do desapossamento e extração de mais-valor da terra pelas empresas estrangeiras de energia renovável

A sociedade atual está assentada em um modo de produzir as coisas a partir da extração contínua de mais-valor da força de trabalho que, por sua vez, gera excedentes de capital, sendo uma das tarefas a contínua reabsorção desses excedentes na produção para a reprodução social. No presente artigo, isso é o cerne da crise ambiental.

Esse ponto de partida ajuda a entender as relações de produção, que têm a terra como objeto e o que há de concreto nos contratos de arrendamento. A terra tem um valor de uso que deve ser considerado em relação ao capitalismo. Envolve: a) utilidades gratuitas dadas pela natureza (fertilidade do solo, base para captação da força dos ventos, etc.); b) frutos materiais e civis extraídos sob a exploração da força de trabalho no uso da terra; c) uso do espaço (Marx, 2017).

O valor da terra não está na terra nua, mas nas condições ou nos elementos da produção que podem ser extraídos mediante o emprego da força de trabalho e de sua apropriação pelo dono do meio de produção (Marx, 2017). A terra, em si, não tem valor. Porém, o fato é que a terra é a base para a reprodução do valor e para a extração de mais-valor da força de trabalho, e é nesse sentido que Karl Marx (2017) atribui valor à terra. A terra aparece como meio de produção não produtivo, dotada de recursos naturais gratuitos dados ao capitalista, para que ele possa usar a força de trabalho sobre esses recursos e o mais-valor expresso em produto que será trocado no mercado como mercadoria para aumentar o próprio mais-valor. O valor de uso gratuito da terra é acumulado livremente pelo capitalista, sem custo, e, mediante o uso da força de trabalho, extrai-se um mais-valor.

A terra se relaciona ao espaço na extração de mais-valor e à redução de custos de produção quando: 1) funciona como base de operações para a geração de valores de uso, 2) está próxima ao mercado de consumo, 3) está provida de boas vias de circulação, 4) está sujeita a poucas intempéries da natureza e 5) serve para aumentar o mais-valor (Harvey, 2013).

Para o Estado, nesse caráter da terra, na sua relação com a produção capitalista, é imperativo usar o Direito. Para a separação entre posse e propriedade da terra, o art. 1.228 do Código Civil (CC) (Brasil, 2002); para a positivação do direito de propriedade privada, o art. 5º, XXII, da Constituição Federal (CF) (Brasil, 1988); e para a necessária estruturação de órgãos de registro, de controle e de validação do direito de propriedade imóvel, o art. 1º, IV, da Lei n. 6.015/1973 (Brasil, 1973) e os arts. 1.227 e 1.245 do CC (Brasil, 2002). São essas superestruturas ideológicas que positivam, no Direito brasileiro, as garantias para que o capitalista possa empregar capital na terra para aumentar o lucro excedente que ele vai obter, de qualquer forma, em função da exploração da força de trabalho sobre os recursos naturais gratuitos dados pela terra.

A positivação posta na CF, no CC e na Lei dos Registros Públicos (Brasil, 1973), complementada no Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964 [Brasil, 1964]), dispõe as características da propriedade da terra no capitalismo brasileiro: a separação entre a posse da terra e a terra, a cessão do uso da terra pelo proprietário ao capitalista, o uso do espaço mediante pagamento (aluguel, sendo um tipo de juro especial), a separação do trabalhador do solo e da posse da terra. Essas características transformam a terra em uma espécie de capital fictício, sujeito à realização futura, seja pelo aluguel, seja pela venda dos produtos como mercadoria, seja pela venda da própria terra.

A partir das características da propriedade da terra no capitalismo, pode-se dizer que a renda da terra é expressão do direito de propriedade privada, que surge sempre da exploração da força de trabalho, apropriada pelo capitalista. A renda da terra é fixada arbitrariamente pelo dono da terra, mediante um preço, pelo aluguel ou pela venda do produto gerado pela terra ou mesmo pela venda da terra, mas é potencializada pela logística (localização e proximidade dos mercados) e/ou pela tecnologia (investimentos em ciência e inovação) (Kautsky, 1998).

A renda da terra explica como a terra, mesmo não sendo produto do trabalho humano, pode ter um preço e circular no mercado como mercadoria. O juro (aluguel) é o valor da

terra, mesmo na compra e venda, pois o que é vendido não é a terra propriamente, mas o direito a se extrair mais-valor da terra, direito de apropriação indébita futura dos frutos da força de trabalho. A taxa de juros e as receitas futuras são o que regula o preço da terra. O elemento especulativo que incide sobre a renda fundiária é decorrente de a terra ser capital fictício, capital fraco, cuja renda depende de realização futura a partir de trabalho futuro. A titulação da terra facilita as transações no mercado sobre as rendas futuras, desempenha papel na aceleração da circulação do capital que rende juros, o que permite a absorção dos excedentes de capital. Não é à toa que o sistema de crédito permite a conexão do mercado de terra com as várias formas de circulação do capital que rende juros e com o capital industrial. O Estado aparece para regular o preço da terra e garantir que o mercado fundiário cumpra a sua função de coordenar a alocação da terra aos seus usos.

Para Traldi (2019), a terra, para as empresas de energia eólica, aparece como suporte para a tecnologia que vai transformar a força do vento em eletricidade. A renda da terra para a empresa é gerada pela eletricidade produzida a partir da apropriação da terra e do bem comum, a força do vento, e da força de trabalho e à custa do agricultor. Este recebe em troca um aluguel, embora esteja relacionado à renda auferida pela empresa no comércio da eletricidade, não é passível de controle pelo agricultor. Existe uma inversão do que seria originariamente a renda da terra: o aluguel cobrado pelo proprietário do terreno.

O problema é que, mesmo considerando que o contrato vincula o pagamento ao agricultor com a renda auferida no comércio da eletricidade (o que não acontece em ocasiões em que o pagamento está ligado à potência eólica instalada ou à superfície afetada), os agricultores recebem aluguéis sem qualquer relação segura, transparente e auditável, com o valor auferido pela empresa no comércio da mesma eletricidade. O aluguel não excede a 1,85% do ganho obtido pela empresa. Muitas vezes, não excede a 1% (varia entre R$ 500 e R$ 3.000), conforme contratos acessados pelos autores (Maia *et al.*, 2022, 2023) e disponíveis em Traldi (2019). Segundo Traldi (2019), a utilização de fórmula que vincula o valor do arrendamento ao valor do kWh leiloado impede qualquer tipo de aproximação real de valores até a realização do referido leilão.

Os contratos de arrendamento e de cessão de uso são justamente as formas jurídicas que viabilizam a apropriação da renda da terra pelas empresas estrangeiras de energia eólica e facilitam os processos de acumulação por despossessão, *green grabbing,* já tratados no tópico anterior.

Ressalta-se que o potencial eólico é atributo da terra. Conforme o art. 1.229 do CC,

> [a] propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las (Brasil, 2002).

Os contratos são instrumentos regidos no âmbito do direito privado, e envolvem um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, para criar, modificar ou extinguir direito sobre coisas corpóreas ou incorpóreas móveis, ou imóveis, conforme dispõem os arts. 421, 421-A e 425 do CC (Brasil, 2002). Exigem, nos termos do art. 82 do CC: a) agente capaz, b) objeto lícito e c) forma prescrita ou não proibida em lei (Brasil, 2002).

No direito agrário, temos, positivado pelo Estatuto da Terra (Brasil, 1964) e pelo Decreto n. 59.566/1966 (Brasil, 1966), o contrato de arrendamento rural. O arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso e o gozo do imóvel rural, parte ou partes deste, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da lei, conforme dispõe o art. 3º do Decreto n. 59.566/1966 (Brasil, 1966). Trata-se de posse ou uso temporário da terra que serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade.

Embora tal enunciado prescritivo deixe entrever que o contrato de arrendamento pode ser firmado por tempo indeterminado ("[...] por tempo determinado *ou não*" [Brasil, 1964, grifo nosso]), sua interpretação não pode ser conflitante com a lei que está sendo regulamentada – Estatuto da Terra –, que prevê, em seu art. 95, II, que o prazo dos contratos de arrendamento, desde que não convencionados pelas partes, será no mínimo de três anos (Brasil, 1964). Portanto, a interpretação coerente com esse dispositivo legal é a seguinte: não se estabelecendo o prazo no contrato ou dizer que ele é indeterminado equivale a estipulá-lo em três anos.

Como se verifica no conceito, o arrendatário, em decorrência do contrato, passa a ter o uso e gozo do imóvel, não estando definido o tipo de atividade a ser exercida. O uso e gozo supõe o livre exercício de qualquer atividade agrária lícita, observadas as regras legais de uso do solo.

Pelas regras específicas em vigor, o valor do arrendamento não pode ser ajustado livremente, uma vez que há limites legais, conforme dispõe o Estatuto da Terra (Brasil, 1964), em seu art. 95, XII, e o art. 17, § 1º, do Decreto n. 59.566/1966 (Brasil, 1966).

O contrato de arrendamento na modalidade total ocorre quando houver o arrendamento da área total do imóvel rural a um ou a mais arrendatários. Aqui, a soma dos preços de arrendamento não pode ser superior a 15% do valor cadastral do imóvel rural (valor da terra nua), acrescido do valor das benfeitorias que entrarem na composição do negócio. Salienta-se que por valor da terra nua se entende o valor total do imóvel, menos o valor das benfeitorias, culturas, pastagens cultivadas e florestas plantadas. Já o contrato de arrendamento na modalidade parcial ocorre quando houver o arrendamento de parte do imóvel rural, geralmente com exploração intensiva e alta rentabilidade. Aqui, o preço pode ir ao limite de 30% sobre o valor cadastral da parte arrendada.

A questão é que, pelo fato de os contratos de arrendamento serem instrumentos regidos no âmbito do direito privado, estão sendo utilizados pelas empresas, com cláusulas abusivas

e indícios de vício no consentimento dos arrendadores (Traldi, 2019; Hofstaetter, 2016; Brasil, 2023).

Tanto Traldi (2019) quanto Hofstaetter (2016) apontam várias questões: a) a falta de transparência e o não cumprimento de boas práticas socioambientais, inclusive ausência de informação sobre linhas de transmissão ou sobre o comprometimento do terreno para efeito de servidão de passagem, sem nenhuma renda para o proprietário; b) promessas de rendimentos que, em estágio de prospecção (momento em que as empresas iniciam suas medições para começar a desenhar os projetos dos parques), são impossíveis de serem cumpridas pelo contrato, podendo ser consideradas enganosas; c) o fato de muitos dos arrendadores serem analfabetos ou terem pouco estudo, não contarem com assessoria jurídica própria, mas serem impedidos de discutir o contrato com terceiros em função da cláusula de sigilo; d) o fato de o próprio instrumento de contrato permitir que os advogados das próprias empresas sejam outorgados na representação desses arrendadores, o que evidencia problemas na regularização fundiária, pois os arrendadores são orientados a se dirigir ao cartório para completar o processo de abertura, reconhecimento de firma e realização dos demais procedimentos de regularização das terras e averbação dos contratos, cujas despesas são pagas integralmente pelas empresas; e) a precariedade do referido documento, sobretudo pela falta de clareza no que tange à sua modalidade, se arrendamento rural, se arrendamento mercantil com ou sem opção de compra; f) os aluguéis baixos, com promessas que não garantem que o agricultor receba os aerogeradores no seu terreno, podendo o agricultor receber somente servidão de passagem ou outras infraestruturas que não gerarão a renda prometida; g) além, como mencionado anteriormente, da utilização de fórmula que vincula o aluguel à venda da eletricidade pela empresa, mas que não garante um controle transparente e efetivo, por aerogerador, do volume de eletricidade vendido pela empresa; por fim, h) contratos com longos períodos de vigência, com renovação automática e cláusulas de sigilo.

Traldi (2019) e Hofstaetter (2016) chegam a essas conclusões por caminhos de análise e pesquisas empíricas diversas: Traldi (2019) mediante entrevistas e exame direto de contratos de arrendamento e Hofstaetter por entrevistas com agricultores na modalidade focal. Destaca-se que os autores deste artigo também realizaram pesquisa empírica que corrobora tais conclusões. Foram às localidades em oito atividades de campo (com viagens e observação, diálogo com a população das zonas rurais das cidades de Bonito/PE, Caetés/PE, Santa Luzia/PB, Junco do Seridó/PB, São José do Sabugi/PB, Cuité/PB e Picuí/PB, participaram de audiências públicas, conversaram com os agricultores locais, realizaram entrevistas com representantes de sindicatos, do poder público, tiveram acesso direto a mais de 40 contratos, fora aqueles obtidos por meio de terceiros), chegando às mesmas conclusões dos referidos autores (Maia *et al.*, 2022, 2023).

Esses problemas revelam que os contratos de arrendamento estão sendo desvirtuados pelas empresas, a partir do Estatuto da Terra (Brasil, 1964), com cláusulas abusivas e indícios de vícios no consentimento, para reter a maior parte da renda da terra. Não só isso, os

agricultores cedem a sua terra às empresas de energia eólica para extraírem mais-valor, fenômeno já apontado por Kautsky (1998, p. 265-266). De todos esses problemas, consideram-se aqui, para análise, os principais, pois afetam diretamente a renda da terra e a autonomia de vontade contratual dos agricultores: 1) prazos longos, 2) cláusula de sigilo, 3) aluguéis baixos, 4) restrição de uso da terra.

Kautsky (1998, p. 267) afirma que, quanto mais longos forem os contratos de arrendamento, mais se obterá produtividade da terra. Os contratos de arrendamento celebrados entre as empresas de energia eólica e os agricultores estão sendo feitos por prazos longos, que variam de 27 até 50 anos, com cláusula de renovação automática e multas rescisórias gigantes, o que pode estender a relação contratual para além de 100 anos, vinculando os herdeiros (Hofstaetter, 2016). Traldi (2019) afirma que a empresa se reserva o direito de, havendo a renovação do contrato, manter os termos contratuais, não restando a possibilidade de renegociação das cláusulas contratuais com a prorrogação, inclusos os valores a serem pagos aos proprietários. Nem sequer há necessidade de anuência dos agricultores arrendadores.

Os prazos contratuais longos apontam a transferência de todo o risco da atividade ao agricultor, pois as gigantescas multas rescisórias "prendem" o agricultor ao contrato, mesmo em uma situação de futura desvantagem do empreendimento para o agricultor. Além disso, há clara formação de estoque de terra para a empresa estrangeira de energia eólica, pois não é dada nenhuma garantia da instalação do aerogerador e, ao mesmo tempo, "prende-se" o agricultor ao contrato pela garantia de não desistência ou rescisão pelo agricultor.

A cláusula de sigilo ou de confidencialidade merece exame. É estranho que todos os contratos de arrendamento examinados tenham cláusula de sigilo. De acordo com Traldi (2019), a cláusula de sigilo nos contratos apresenta-se como um obstáculo à circulação da informação de forma horizontal entre os proprietários. Ao que parece, tem como objetivo proteger as empresas na livre concorrência, mas em detrimento dos proprietários. A cláusula de sigilo proíbe a divulgação do contrato, a sua transmissão a terceiros e/ou a publicização das condições financeiras, ou pagamentos previstos, após a assinatura do contrato, devendo o conteúdo deste ser mantido apenas entre as partes.

Esse é um fato que também acontece em outros lugares do planeta. Desse modo, os contratos entre promotores de parques eólicos e proprietários dos terrenos, em muitas ocasiões, têm cláusulas de sigilo, que impedem o acesso à informação econômica que aparece neles, como indicaram Groth e Vogt (2014), para o caso de Michigan ou Fast, e Mabee (2015) para o Canadá. De fato, tudo o que está relacionado ao setor da energia eólica pode se estender à essência mesma da indústria eólica (Chen; Macdonald, 2014).

A cláusula de sigilo nega a informação completa posterior ao agricultor, no sentido de impedir o compartilhamento dos efeitos práticos dos contratos após a sua assinatura e, portanto, mostra-se um obstáculo para que o agricultor que ainda não assinou o contrato obtenha assistência jurídica adequada e troque informação com seus pares. Os agricultores, ao não poderem discutir e compartilhar os termos do seu contrato com seus pares e suas entidades

representativas, não têm acesso completo às informações e não conseguem negociar em equilíbrio com as empresas de energia.

À primeira vista é o problema principal da cláusula de sigilo. Porém, existe algo além e igualmente grave. As empresas de energia eólica e solar aparentemente usam a cláusula de sigilo sob o argumento da sua proteção na livre concorrência. Entretanto, uma observação detalhada nos contratos em todos os estados do Nordeste mostra uma padronização dos termos dos contratos de arrendamento de terra para empreendimentos eólicos e solares, o que sugere acordo de compartilhamento de informações entre as empresas.

A padronização, combinada com a cláusula de sigilo, na verdade, aponta também para indícios de formação de cartéis e de monopólio entre empresas de energia eólica e solar na divisão do mercado de terras e de energia no semiárido.

O art. 1.228 do CC (Brasil, 2002), que é também uma das bases da livre concorrência, estabelece o direito de o proprietário usar, gozar e dispor da coisa, e de a recuperar de quem injustamente a possua ou a detenha. Destaca a propriedade privada como poder jurídico no capitalismo. Apesar das normas que regulam e limitam essa questão, o direito à livre concorrência pressupõe também o direito de se fornecer informações incompletas e de não negociar com total transparência, desde que nos limites e naquilo que não afete o interesse público, a legalidade e o equilíbrio na relação entre as pessoas.

Para Harvey (2014, p. 178), as trocas no mercado dependem de monopólio dos capitalistas sobre as finanças e a terra, eixos que garantem o controle da propriedade dos meios de produção. Como já dito, a renda é um retorno da extração de mais-valor da força de trabalho e representa poder pelo exercício da propriedade privada sobre algum bem crucial para o capitalista, no caso, da força dos ventos. O caráter exclusivo de uso, de gozo e de disposição sobre a coisa é o poder jurídico da propriedade privada e é o ponto de partida e de chegada do capitalismo e implica um dever jurídico negativo de fornecer informação incompleta, de não negociar livremente. Anton Menger (1998) afirma que a intangibilidade do direito de propriedade privada e a sua limitação retiram a esfera da propriedade da produção e colocam-na na perspectiva apenas da projeção de poder sobre a coisa. O objetivo é a exclusão da força de trabalho e favorecimento das classes ricas e a circulação de mercadorias.

O contrato é a forma da materialização da realização do valor de troca da mercadoria. No entanto, o liberalismo preconiza que toda relação jurídica deve envolver negociação à base de informação incompleta, pois a livre concorrência e a iniciativa privada implicam assegurar atividades competitivas que sempre vão culminar em negociações, concretizadas em contratos, em uma situação de desequilíbrio material entre capital e trabalho, para o estabelecimento de monopólio dos direitos de propriedade privada dos capitalistas.

A constatação da padronização das cláusulas evidencia um movimento empresarial de uniformização das regras postas nos contratos de arrendamento. Esse movimento é a base para a divisão dos mercados e é o núcleo da formação de cartéis e de monopólios.

Tudo indica que as empresas estão usando a cláusula de sigilo nos contratos para realizar uma competição controlada e cartelizada no mercado e, ao mesmo tempo, criar dificuldades para os agricultores obterem informações completas e, ainda, obter vantagens contra eles em negociações desequilibradas.

Os aluguéis baixos apontam transferência da renda da terra para as empresas estrangeiras de energia eólica, a apropriação do bem comum, a força do vento, à custa do agricultor, e o monopólio do comércio de eletricidade pela empresa, também à custa do agricultor. Existe grande disparidade entre o que essas empresas pagam aos agricultores, a título de arrendamento, e o lucro que elas têm: a Casa dos Ventos, por exemplo, foi tema de uma matéria publicada na *Exame* (Caetano, 2021). Isso também aconteceu em uma publicação do *Valor Econômico*, matéria que tratava de um acordo de 1 bilhão de reais entre a Casa dos Ventos e a Braskem (Furuchima, 2021).

Essas reportagens atestam os dados levantados por Traldi (2019, p. 179, 210-220, 253-254, 264) e indicam a disparidade de lucro entre empresas de energia eólica (boa parte delas vinculada a fundos de investimento) e o valor baixo pago por essas empresas aos agricultores arrendatários. Traldi (2019, p. 210) cita o exemplo de um contrato celebrado pela Companhia CFL Renováveis com 13 propriedades arrendadas (totalizando 2628,87 hectares e com 80 torres instaladas), pelo prazo de 37 anos. Nesse contrato, o lucro bruto obtido, em 2017, foi da ordem de R$ 126.832.257,78, mas o valor pago aos arrendatários, no seu conjunto, foi de R$ 1.159.104,38. Isso equivale a 0,91% do lucro da empresa. E conclui que:

> dos ganhos brutos totais com a energia gerada pelos parques eólicos, se nossas estimativas estiverem corretas, na melhor das hipóteses, os proprietários das terras arrendadas ficam com apenas 1,85% e, na pior das hipóteses, sua participação não chega a 1%. O restante fica com as empresas de geração [...] (Traldi, 2019, p. 264).

Aqui nos defrontamos com duas questões significativas: por um lado, a divergência entre aparência e essência, já que os contratos formalmente são de arrendamento, mas, na prática, retiram o domínio do imóvel da potestade do agricultor e transferem-no para a empresa arrendatária, o que ocasionará um grande movimento de apropriação de fato da terra pelas empresas, transformando-se em verdadeiras escrituras de direito de superfície; por outro lado, o pagamento de valores irrisórios a título de arrendamento, em relação ao lucro gerado a partir de cada aerogerador (torre eólica), coloca-nos diante de um grave problema de apropriação da renda da terra.

Outra questão que é necessário assinalar consiste na existência de diversas fórmulas de estabelecer o pagamento entre a empresa e os proprietários dos terrenos. Assim, há pagamentos estabelecidos em função da produção ou da faturação das centrais eólicas e que, portanto, são variáveis e têm em consideração as horas de produção dos terrenos. No entanto, também há pagamentos, no Brasil, que são feitos em função da potência eólica instalada, que

não varia ao longo do tempo, ou em função da superfície afetada pelas instalações eólicas. Esses pagamentos por potência ou por superfície são fixos e não levam em conta as variações da quantidade de energia produzida pelas usinas eólicas.

A questão da restrição de uso da terra é outro fator que corrobora a tese neste artigo do desapossamento de terras dos agricultores pelas empresas estrangeiras de energia eólica. As restrições de uso levam à proibição de praticamente toda e qualquer atividade que possa comprometer o funcionamento do aerogerador. Na prática, levam à perda do uso econômico da terra pelo agricultor para as empresas de energia eólica.

Ressalta-se o que já foi exposto neste artigo: embora as cláusulas dos contratos afirmem o contrário e o pagamento pelo arrendamento das propriedades se refira, em geral, ao número, à potência ou à produção por aerogerador (torre eólica), na prática, a maioria das propriedades vem sendo arrendada na sua integralidade, em função das restrições técnicas e de segurança dos equipamentos instalados. Em conversas com agricultores e visitas realizadas na zona rural dos municípios paraibanos de Santa Luzia, Junco do Seridó, São José do Sabugi, Picuí e Cuité, verificou-se que, em muitos casos, as propriedades são cercadas pela empresa geradora, e nenhuma outra atividade se realiza nelas além da geração de energia eólica (Maia *et al.*, 2022, 2023). Tudo isso é confirmado pelos trabalhos de Traldi (2019), Hofstaetter (2016) e Costa (2020).

A título de exemplo, no caso dos contratos assinados na região de Belo Jardim/Brejo da Madre de Deus, a área onde a empresa não permite edificações e determinadas culturas se configura em um raio de 300 metros ao redor de cada aerogerador. Se for realizado um cálculo simples: Área = π x r^2 = 3,14 x 300 x 300 = 282.600 m^2, encontra-se a inviabilização de 28,26 hectares por aerogerador (torre eólica). Se for considerado que a maioria dos agricultores dispõe de áreas entre 5 e 10 hectares, pode-se afirmar que essa restrição acaba tomando toda a área da terra deles (ou, no mínimo, deixando a parte restante inútil à produção agrícola rentável).

Na prática, por razões, muitas vezes, técnicas e de segurança, a empresa impede que os agricultores adentrem a área destinada ao parque eólico e dificulta a circulação na estrada que serve o parque, com o argumento de que a empresa não pode se responsabilizar por acidentes envolvendo a população local. De acordo com Hofstaetter (2016), agricultores com terras arrendadas para a geração eólica no estado do Rio Grande do Norte relatam que, nas terras por onde passam as linhas de transmissão, em uma extensão de 60 metros, há a proibição da prática de atividade agrícola em um espaço que costumava ser utilizado para o roçado.

Esse impedimento anula a cláusula contratual que afirma que atividades econômicas poderão seguir sendo executadas. Se os proprietários não podem acessar a área do parque, por qualquer razão, não poderão explorar economicamente a sua propriedade. É uma questão técnica. Os aerogeradores, para poderem gerar a energia necessária, precisam de um fluxo de vento acima de 7 m/s, incompatível com edificações e determinadas culturas em um raio de 300 a 500 metros dos aerogeradores instalados. Isso, muitas vezes, não é informado aos agricultores. As restrições de uso atingem o subsolo também, porque os parques

eólicos têm instalações subterrâneas destinadas à fundação das torres, que concorrem com os recursos hídricos e que, segundo alguns contratos, mesmo em caso de retirada da torre, as empresas não estão obrigadas a retirarem os muitos metros subterrâneos de concretagem. Independentemente de qualquer restrição contratual, existe o problema da segurança, pois a fiação passa no subsolo e existe risco de choque elétrico, o que inibe os agricultores nas suas atividades diárias.

As restrições contratuais ao uso da terra pelo agricultor: a) implicam controle exclusivo do uso econômico da terra pela empresa de energia eólica; b) na prática, levam à perda da propriedade pelo agricultor; e c) reduzem drasticamente ou eliminam a capacidade do agricultor de extrair frutos materiais e civis da sua terra.

Por todo o exposto, é fundamental restringir a aplicação do Estatuto da Terra (Brasil, 1964) e do CC (Brasil, 2002) nos contratos de arrendamento para a produção de energia eólica, particularmente em relação ao prazo, à transparência, à sucessão hereditária, à renda e ao uso da terra. A já citada Recomendação n. 22/2023 (Brasil, 2023) oferece bons parâmetros.

No que se refere ao prazo, é importante impedir a celebração de contratos por prazo longo e sua extensão automática aos herdeiros, ou, no mínimo, impor a revisão contratual periódica. A Recomendação n. 22/2023 (Brasil, 2023) dispõe que a revisão contratual deve ser feita a cada cinco anos, justamente para o caso de o empreendimento eólico não oferecer o retorno esperado pelo agricultor arrendatário em comparação ao cultivo ou pastoreio que normalmente realiza na sua propriedade. Conforme a literatura examinada, principalmente em Traldi (2019), o prazo longo, com cláusula de renovação automática, extensível aos herdeiros, representa forma de desapossamento da propriedade campesina. A perda da propriedade se dá não pela transmissão (já que o direito de propriedade continua com o agricultor arrendatário, por força do registro do justo título no cartório geral de imóveis), mas pela cessão indefinida no tempo da posse, dos direitos de exploração da terra, às empresas de energia eólica. Impede-se, na prática, o uso dos direitos inerentes à propriedade, postos no art. 1.228 do CC (Brasil, 2002), pelo agricultor arrendatário. Em relação ao direito sucessório, isso inclusive afeta o próprio direito dos herdeiros na sucessão, o que leva a considerar pertinente a proibição de introdução, por parte da empresa, de cláusula de extensão automática dos direitos contratuais aos herdeiros.

Em relação à transparência, é indicada a ampla publicidade dos contratos, com divulgação prévia das suas cláusulas em órgãos competentes e com acesso público para consulta, além da obrigatoriedade da mediação de sindicatos de trabalhadores rurais e de associações de agricultores na celebração dos contratos com as empresas estrangeiras. Particularmente, como analogia, pode ser considerada a aplicação do Decreto n. 6.040/2007 (Brasil, 2007), que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, bem como da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Decreto n. 10.088/2019 (Brasil, 2019), que consolidou os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal sobre a promulgação de convenções e recomendações da

OIT. O art. 3º do Decreto n. 6.040/2007, junto com o art. 2º, LXXII, do Decreto n. 10.088/2019 e o art. 15 da Convenção da OIT, garantem o direito dos povos e das comunidades tradicionais e das comunidades indígenas e quilombolas de serem consultados sobre empreendimentos localizados nos seus territórios tradicionais que ocasionem impactos ou afetem os seus interesses. Inclusive, a Recomendação n. 22/2023 do MPF, da DPU e da DP/PB (Brasil, 2023), endereçada ao Incra, pede a esse órgão que,

> [a]o tomar conhecimento, por quaisquer meios, da instalação de empreendimentos de energias renováveis (energias eólicas e fotovoltaicas), que tragam impactos direta ou reflexamente, inclusive no que se refere à passagem das linhas de transmissão e abertura de estradas, em comunidades quilombolas ou outros grupos tradicionais beneficiários da reforma agrária, assim considerados os grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (art. 3º, I, do Decreto 6.040/2007), seja exigida a Consulta Livre, Prévia e Informada – CLPI.

No que concerne à renda da terra, o vínculo do aluguel na razão de 6% sobre o faturamento do comércio da energia elétrica por aerogerador é um dos parâmetros na proteção econômica mínima aos agricultores arrendatários diante de modificações sazonais no fluxo dos ventos e da necessidade de se atender às suas necessidades básicas, conforme o art. 9º, § 5º, da Lei n. 8.629/1993 (Brasil, 1993).

Por fim, quanto ao uso da terra, é fundamental discutir a indenização por lucros cessantes, decorrentes das restrições impostas, aos agricultores, enquanto durar o contrato.

Considerações finais

A exploração da energia eólica escreve uma nova página na questão fundiária brasileira. Ela não difere dos processos de expropriação do campesinato já vividos no Brasil, mas se destaca por novas estratégias quanto à terra, para produção da energia, mediante não a compra da terra, mas o controle dos direitos de exploração econômica desta via contratos de arrendamento.

Por esse caminho, novas formas de apropriação agrária decorrem da assinatura de contratos de arrendamento em que as empresas são as grandes beneficiárias ao imporem sigilos, cláusulas de renovação automática, longos períodos em que os agricultores estarão submetidos a tais contratos e pagamentos baixos e restrições sobre o uso da terra. Trata-se de uma submissão de pequenos e médios agricultores, pescadores artesanais, comunidades campesinas, extrativistas e quilombolas, na condição de proprietários da terra, aos interesses de empresas estrangeiras,

o que reforça a ideia de existência de uma prática de "esbulho moderno", em que o proprietário perde o controle sobre os usos de sua propriedade ao concordar com o usufruto estabelecido a terceiros por força de um contrato de arrendamento (Hofstaetter, 2016).

Entre as consequências históricas da concentração de terras no Brasil podemos identificar o êxodo rural e a produção de ambientes inóspitos criados pelos impactos da instalação e da operação de complexos eólicos e indagar sobre o quanto essas instalações têm favorecido esse processo. Compreendemos que é um processo perverso, cuja base está na apropriação de mais-valor da força de trabalho campesina. Evidências e dados mais sólidos atestam isso (Hofstaetter, 2016; Traldi, 2019).

Visitas de campo realizadas nos territórios onde se produz essa energia (Hofstaetter, 2016; Traldi, 2019; Maia *et al.*, 2022, 2023) confirmam que o atual momento da expansão dos parques eólicos no Brasil envolve reconcentração fundiária, versão moderna da "Serra Pelada dos Ventos", com a saída de parte da população atingida e a exploração daqueles que, por razões alheias à sua vontade, mantêm-se convivendo com os giros das hélices.

Ao encontrar recepção positiva na agenda pública, motivada por acordos internacionais de redução de CO_2, a energia eólica avança sobre diversos territórios e se depara com maior ou menor resistência, a depender das condições materiais ofertadas à reprodução da vida humana nesses ambientes, do grau de conhecimento sobre o tema e da organização política da vida comunitária. Naqueles territórios onde o clima é semiárido e as políticas de assistência às populações rurais são escassas, a chegada dos empreendimentos é apresentada como salvação diante da ausência de chuvas e de políticas públicas do Estado. Esse expediente se torna possível quando existe um quadro de endividamento das famílias rurais, ou quando não é possível conseguir o sustento daquela unidade em condições mínimas. Nesses casos, os sujeitos enxergam no arrendamento a possibilidade de auferir um sustento mínimo para a sua sobrevivência.

A forma como as empresas eólicas operam compreende um complexo fluxo de investimentos nacionais e estrangeiros baseado na extração de mais-valor da força de trabalho mediante a produção de eletricidade, a partir da força dos ventos sob o controle da terra, o que implica, também, a formação de estoques de terra à disposição do capital internacional. Trata-se de novo ciclo de expansão do capital global à custa, novamente, da apropriação indébita do mais-valor extraído da exploração da força de trabalho.

Por fim, faz-se necessário estabelecer uma regulação do setor que considere formas de limitação da vontade dos contratantes, com o objetivo de impedir cláusulas que comprometam os interesses dos camponeses. Defende-se que: 1) se impeça a celebração de contratos por prazo longo e com cláusula de renovação automática, ainda que extensiva aos herdeiros, garantindo-se revisão quinquenal, findo o qual o contrato deve ser obrigatoriamente renegociado, o que implica o fim de qualquer cláusula de renovação automática e o fim (ou a restrição) de multas rescisórias; 2) se vincule a contrapartida da empresa pelo uso da terra do agricultor a um percentual de pagamento mensal, ao menos em 6%, pelo comércio da energia

elétrica sobre a renda da venda da eletricidade auferida por aerogerador, além de, como sustentado em trabalhos anteriores (Maia; Farias; Batista, 2022, p. 77; Maia; Farias, 2021), um piso mínimo fixo e com o direito à rescisão automática pelo agricultor, sem multa, à custa da empresa, caso esses valores venham a se tornar insuficientes para a sua mantença, obrigando a empresa à negociação e ao reajuste permanente da remuneração pelo uso da terra;[6] 3) se indenizem os agricultores, enquanto durar o contrato, por lucros cessantes, em função das restrições impostas ao uso da terra; 4) se dê ampla publicidade dos contratos, com divulgação prévia das suas cláusulas em órgãos competentes e com acesso público para consulta; 5) se imponha, de forma obrigatória, a mediação de sindicatos de trabalhadores rurais e de associações de agricultores na celebração dos contratos de arrendamento.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcos C. Cavalcanti. Estrutura fundiária e reforma agrária no Brasil. *Revista de Economia Política*, [*s.l.*], v. 7, n. 3, p. 99-134, jul./set. 1987.

ALMEIDA, Rosemeire Aparecida; PAULINO, Eliane Tomiasi. Fundamentos teóricos para o entendimento da questão agrária: breves considerações. *Geografia*, Londrina, v. 9, n. 2, p. 113-127, jul./dez. 2000.

AVILA, Sofía. Environmental Justice and the Expanding Geography of Wind Power Conflicts. *Sustainability Science*, [*s.l.*], v. 13, p. 599-616, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1007/s11625-018-0547-4. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Recomendação n. 22, de 18 de maio de 2023*. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/docs/recomendacao-ao-incra-sobre-energias-renovaveis.pdf/view. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. *Portaria Conjunta n. 1, de 2 de dezembro de 2020*. Institui o Programa Titula Brasil e dispõe sobre seus objetivos e forma de implementação. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-conjunta-n-1-de-2-de-dezembro-de-2020-291801586. Acesso em: 16 jan. 2022.

6 Na região da Galícia, Espanha, por exemplo, em alguns casos, o percentual de remuneração chega a 4%, mas por ano, o que é um dos motivos de vários questionamentos e protestos de agricultores (Simón *et al.*, 2021).

BRASIL. *Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993*. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 59.566, de 14 de novembro de 1966*. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

CAETANO, Rodrigo. Casa dos Ventos negocia R$ 16 bi em energia eólica em dois anos. *Exame*, 8 mar. 2021. Disponível em: https://exame.com/esg/casa-dos-ventos-negocia-r-16-bi-em-energia-eolica-em-dois-anos/. Acesso em: 22 abr. 2024.

CÁRITAS BRASILEIRA REGIONAL NE2. Websérie: para quem sopram os ventos? Ep02: os contratos abusivos. *YouTube*, 24 fev. 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=jRm__b-lLEE. Acesso em: 4 jul. 2023.

CASTRO, Sueli Pereira. Sesmaria como terra da parentalha: direito de fato *versus* direito legal. *In*: GODOI, Emilia Pietrafesa de; MENEZES, Marilda Aparecida de; MARIN, Rosa Acevedo (orgs.). *Diversidade do campesinato*: expressões e categorias: estratégias de reprodução social. São Paulo: Editora Unesp, 2009. [v. 2]. p. 67-89.

CHEN, Le; MACDONALD, Erin. A System-level Cost-of-energy Wind Farm Layout Optimization with Landowner Modeling. *Energy Conversion and Management*, [*s.l.*], v. 77, p. 484-494, jan. 2014. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.enconman.2013.10.003. Acesso em: 29 jan. 2022.

COPENA, Damián; SIMÓN, Xavier. Wind Farms and Payments to Landowners: Opportunities for Rural Development for the Case of Galicia. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, [*s.l.*], v. 95, p. 38-47, nov. 2018. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1364032118304763?via%3Dihub. Acesso em: 20 mar. 2021.

COSTA, Heitor Scalambrini. Modelo de expansão das eólicas gera danos sociais e ambientais. *EcoDebate*, 7 nov. 2018. Disponível em: https://www.ecodebate.com.br/2018/11/07/modelo-de-expansao-das-eolicas-gera-danos-sociais-e-ambientais-artigo-de-heitor-scalambrini-costa/. Acesso em: 1º set. 2020.

CPT – NORDESTE 2. Vento agreste. *YouTube*, 6 abr. 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=80Nz4KI9hcs. Acesso em: 4 jul. 2023.

DELGADO, Guilherme Costa. A questão agrária no Brasil. 1950-2003. *In*: RAMOS FILHO, Luiz Octávio; ALY JÚNIOR, Osvaldo (eds.). *Questão agrária no Brasil*: perspectiva histórica e configuração atual. São Paulo: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, 2005. p. 51-90.

DELICADO, Ana; FIGUEIREDO, Elisabete; SILVA, Luís. Community Perceptions of Renewable Energies in Portugal: Impacts on Environment, Landscape and Local Development. *Energy Research & Social Science*, [*s.l.*], v. 13, p. 84-93, mar. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.erss.2015.12.007. Acesso em: 29 jan. 2022.

FAIRHEAD, James; LEACH, Melissa; SCOONES, Ian. Green Grabbing: A New Appropriation of Nature? *The Journal of Peasant Studies*, [*s.l.*], v. 39, n. 2, p. 237-261, 2012. Disponível em: https://doi.org/10.1080/03066150.2012.671770. Acesso em: 24 set. 2021.

FAST, Stewart; MABEE, Warren. Place-Making and Trust-building: The Influence of Policy on Host Community Responses to Wind Farms. *Energy Policy*, [*s.l.*], v. 81, p. 27-37, jun. 2015. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301421515000713?via%3Dihub. Acesso em: 29 jan. 2022.

FERNANDES, Bernardo Mançano. Questão agrária: conflitualidade e desenvolvimento territorial. *In*: BUAINAIN, Antonio Márcio (eds.). *Luta pela terra, reforma agrária e gestão de conflitos no Brasil*: agricultura, instituições e desenvolvimento sustentável. Campinas: Editora da Unicamp, 2008. p. 173-224.

FERNANDES, Bernardo Mançano. Espaços agrários de inclusão e exclusão social: novas configurações do campo brasileiro. *Agrária*, [*on-line*], n. 1, p. 16-36, 2004. Disponível em: https://doi.org/10.11606/issn.1808-1150.v0i1p16-36. Acesso em: 15 set. 2021.

FERNANDES, Bernardo Mançano. Brasil: 500 anos de luta pela terra. *Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária – ABRA*, Rio Claro, v. 28, n. 1, p. 1-12, 1998.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FURUCHIMA, Letícia. Braskem fecha com Casa dos Ventos acordo de R$ 1 bilhão. *Valor Econômico*, São Paulo, 22 jan. 2021. Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/01/22/braskem-fecha-com-casa-dos-ventos-acordo-de-r-1-bilhao.ghtml. Acesso em: 22 jun. 2021.

GORENDER, Jacob. A forma plantagem de organização da produção escravista. *In*: STEDILE, João Pedro; DOUGLAS, Estevam (orgs.). *A questão agrária no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012. [v. 2 – O debate na esquerda –1960-1980]. p. 147-177.

GROTH, Theresa M.; VOGT, Christine A. Rural Wind Farm Development: Social, Environmental and Economic Features Important to Local Residents. *Renewable Energy*, [*s.l.*], v. 63, p. 1-8, mar. 2014. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.renene.2013.08.035. Acesso em: 29 jan. 2022.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HARVEY, David. *Os limites do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

HARVEY, David. Roepke Lecture in Economic Geography – Crisis, Geographic Disruptions and the Uneven Development of Political Responses. *Economic Geography*, [*s.l.*], v. 87, n. 1, p. 1-22, 2011.

HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

HARVEY, David. *Spaces of Capital*: Towards a Critical Geography. Nova York: Routledge, 2001.

HOFSTAETTER, Moema. *Energia eólica*: entre ventos, impactos e vulnerabilidades socioambientais no Rio Grande do Norte. 2016. 160 f. Dissertação (Mestrado em Estudos Urbanos e Regionais) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

INSTAGRAM. *Instituto de Terras e Reforma Agrária de Pernambuco (Iterpe)*, 23 abr. 2021. Disponível em: https://www.instagram.com/p/COBUg76Lrd2/. Acesso em: 26 jan. 2022.

JOHANSEN, Katinka; EMBORG, Jens. Wind Farm Acceptance for Sale? Evidence from the Danish Wind Farm Co-Ownership Scheme. *Energy Policy*, [*s.l.*], v. 117, p. 413-422, jun. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.enpol.2018.01.038. Acesso em: 29 jan. 2022.

KAUTSKY, Karl. *A questão agrária*. Brasília: Linha Gráfica Editora, 1998.

LEITE, Sergio Pereira; SAUER, Sérgio. Expansión de agronegocios, mercado de tierras y extranjerización de la propiedad rural en Brasil: notas críticas sobre la dinámica reciente. *Mundo Siglo XXI*, Cidade do México, v. VII, n. 26, p. 43-63, 2011.

LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*: sesmarias e terras devolutas. 4. ed. Brasília: ESAF, 1988.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; FARIAS, Talden. Os parques eólicos e as contradições no seu modelo de expansão. *Revista Consultor Jurídico*, 27 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-27/maia-farias-parques-eolicos-contradicoes-modelo-expansao. Acesso em: 15 jan. 2022.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; FARIAS, Talden; BATISTA, Marcela Peixoto. O Seridó Oriental Paraibano e as contradições no modelo de expansão dos parques eólicos. *In*: MAIA, Fernando Joaquim Ferreira *et al*. (orgs.). *Energia eólica*: contratos, renda da terra e regularização fundiária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 61-77.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira *et al.* (orgs.). *Problemas jurídicos, econômicos e socioambientais da energia eólica no Nordeste brasileiro*. Recife: EDUFRPE, 2023.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira *et al.* (orgs.). *Energia eólica*: contratos, renda da terra e regularização fundiária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MANGANELLI, Benedetto. Compensation for Land/Property Owners Hosting a Wind Farm. The Italian Case. *In*: STANGHELLINI, Stefano *et al.* (eds.). *Appraisal*: From Theory to Practice. Cham: Springer, 2017. p. 267-276.

MARTINS, José de Souza. *Expropriação e violência*: a questão política no campo. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1991.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2017. [Livro III: o processo global da produção capitalista].

MCCARTHY, James. A Socioecological Fix to Capitalist Crisis and Climate Change? The Possibilities and Limits of Renewable Energy. *Environment and Planning A: Economy and Space*, [*s.l.*], v. 47, n. 2, p. 2485--2502, 2015.

MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Granada: Editorial Comares, 1998.

MINISTÉRIOS Públicos e Defensorias recomendam que Incra exija consulta prévia em projetos de energias renováveis na Paraíba. *Ministério Público Federal*, 22 maio 2023. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/noticias-pb/ministerios-publicos-e-defensorias-recomendam-que-incra-exija-consulta-previa-em-projetos-de-energias-renovaveis-na-paraiba/view. Acesso em: 6 jul. 2023.

MONTENEGRO, Jorge. Povos e comunidades tradicionais, desenvolvimento e decolonialidade: articulando um discurso fragmentado. *Revista Okara: Geografia em Debate*, João Pessoa, v. 6, n. 1, p. 163-174, 2012.

NASCIMENTO, Alexandre Sabino do. A fome do capital e a expropriação dos bens comuns – *land/green grabbing* e suas relações com a reprodução do discurso neoliberal por trás do fenômeno das mudanças climáticas. *Caminhos de Geografia*, Uberlândia, p. 222-248, 2020. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/view/58515. Acesso em: 23 set. 2021.

PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

SANTANA, Amanda Oliveira de; SILVA, Tarcísio Augusto Alves da. Produção de energia eólica em Pernambuco e a injustiça ambiental sobre comunidades rurais. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 245-254, jan./abr. 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rk/a/nsbqwxf8gzFshryZGqKJhDc/. Acesso em: 29 jul. 2021.

SAUER, Sérgio. Reflexões esparsas sobre a questão agrária e a demanda por terra no século XXI. *In*: STEDILE, João Pedro (org.). *A questão agrária no Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. [v. 8 – Debate sobre a situação e perspectivas da reforma agrária na década de 2000]. p. 167-189.

SIAMANTA, Zoi Christina. Wind Parks in Post-crisis Greece: Neoliberalisation vis-à-vis Green Grabbing. *Environment and Planning E: Nature and Space*, [*s.l.*], v. 2, n. 2, p. 274-303, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1177/2514848619835156. Acesso em: 29 jan. 2022.

SILVA, José Graziano da. *O que é questão agrária*. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

SIMÓN, Xavier *et al*. Guía para o incremento do valor social e do valor económico da enerxía eólica nas comunidades rurais. Vigo: *Observatorio Eólico de Galicia*, 2021. Disponível em: http://observatorio.eolico.webs.uvigo.es/wp-content/uploads/2021/02/Guia-eolica-OEGA.pdf. Acesso em: 6 jul. 2023.

SLATTERY, Michael C.; LANTZ, Eric; JOHNSON, Becky L. State and Local Economic Impacts from Wind Energy Projects: Texas Case Study. *Energy Policy*, [*s.l.*], v. 39, n. 12, p. 7930-7940, 2011.

SOVACOOL, Benjamin K. *et al*. New Frontiers and Conceptual Frameworks for Energy Justice. *Energy Policy*, [*s.l.*], v. 105, p. 677-691, jun. 2017.

STEDILE, João Pedro. Introdução. *In*: STEDILE, João Pedro (org.). *A questão agrária no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012. [v. 6 – O debate na esquerda – 1960-1980]. p. 17-35.

SWOFFORD, Jeffrey; SLATTERY, Michael. Public Attitudes of Wind Energy in Texas: Local Communities in Close Proximity to Wind Farms and Their Effect on Decision-making. *Energy Policy*, [*s.l.*], v. 38, n. 5, p. 2508-2519, maio 2010. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.enpol.2009.12.046. Acesso em: 11 jul. 2023.

TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão*: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro. 2019. 378 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019. Disponível em: https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/1093474. Acesso em: 22 abr. 2024.

TRALDI, Mariana; RODRIGUES, Arlete Moysés. *Acumulação por despossessão*: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro. Curitiba: Appris, 2022.

VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna*: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Fernando Joaquim Ferreira Maia

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Professor Associado do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB.

fernando.joaquim@academico.ufpb.br

Marcela Peixoto Batista

Doutora em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca/Espanha. Pesquisadora colaboradora do Grupo de Pesquisa Agroecologia e do Coletivo de Pesquisa e Ação em Ecologia Política e Direito à Cidade, ambos da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE). Membro do Projeto Dom Quixote.

marpeixotob@gmail.com

Tarcísio Augusto Alves da Silva

Doutor em Sociologia. Professor Associado do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE).

deescada@yahoo.com.br

Damián Copena Rodríguez

Professor no Departamento de Economia Aplicada da Faculdade de Administração e Direção de Empresas da Universidade de Santiago de Compostela, Lugo, Galiza, Espanha.

damian.copena@usc.es

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 19.04.2022
Aprovado: 11.12.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202414

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-5011-4960

2 Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Recife, Pernambuco, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-5714-8952

A evolução da produção normativa da Receita Federal do Brasil (1988-2020): análise empírica e implicações regulatórias

THE EVOLUTION OF NORMATIVE PRODUCTION OF THE FEDERAL REVENUE OF BRAZIL (1988-2020): EMPIRICAL ANALYSIS AND REGULATORY IMPLICATIONS

LA EVOLUCIÓN DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LA RECEITA FEDERAL DE BRASIL (1988-2020): ANÁLISIS EMPÍRICO E IMPLICACIONES REGULATORIAS

Lucas Thevenard Gomes[1] e *Luiz Felipe Monteiro Seixas*[2]

Resumo
O presente estudo consiste em uma pesquisa empírica de caráter quantitativo da produção normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) entre os anos de 1988 e 2020. A partir de dados coletados do portal eletrônico da RFB referentes a 13.273 atos normativos, e utilizando técnicas de programação e processamento de linguagem natural, o artigo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: qual a dimensão da evolução da produção normativa da RFB ao longo do período indicado, seja em quantidade de normas produzidas, seja no que tange à extensão dos atos infralegais editados e à complexidade gerada para o sistema vigente? Os dados indicam não apenas um aumento expressivo do número de atos normativos publicados a cada ano, mas também um incremento da extensão média desses atos, sugerindo um processo de adensamento da rede de regulamentos que afetam o sistema tributário em nível federal. Os resultados sugerem também que a produção normativa da RFB vem se tornando crescentemente complexa, o que implica um significativo aumento do papel regulatório do órgão. Concomitantemente, essa expansão da regulação tributária federal interfere diretamente nos custos de conformidade tributária, e demanda, portanto, a adoção de instrumentos de análise e controle da produção normativa da RFB.

Palavras-chave
Pesquisa empírica; Receita Federal do Brasil; produção normativa; regulação tributária; custos de conformidade.

Abstract
The present study consists in an empirical quantitative analysis of the Brazilian Federal Revenue Office's (RFB) rulemaking activities between 1988 and 2020. Using data collected in the electronic portal of the RFB for 13,273 normative acts and employing programming techniques and natural language processing tools, the article seeks to answer the following research question: how has the rulemaking activities of the RFB evolved over the period in question, both in terms of the quantity of rules created and in terms of the size of the acts that were approved and the complexity of the resulting system? The data shows not only a significant increase in the number of normative acts published each year, but also an increase in the average length of these acts, suggesting a process of densification of the network of rules that affect the federal tax system. The results also suggest that the normative production of the RFB is becoming increasingly complex, which could imply a significant increase of the regulatory role of the RFB. Concomitantly, this expansion of federal tax regulations directly affects the costs of tax compliance, thus requiring the adoption of instruments of analysis and control of the production of norms by the RFB.

Keywords
Empirical research; Brazilian Federal Revenue Office's; normative production; tax regulation; compliance costs.

Resumen
El presente estudio consiste en una investigación empírica de carácter cuantitativo sobre la producción normativa de la Receita Federal de Brasil (RFB) entre los años 1988 y 2020. A partir de datos recopilados del portal electrónico de la RFB, que incluyen 13.273 actos normativos, y utilizando técnicas de programación y procesamiento del lenguaje natural, el artículo busca responder a la siguiente cuestión: ¿Cuál es la magnitud de la evolución de la producción normativa de la RFB durante el período indicado, tanto en términos de cantidad de normas producidas como en lo que respecta a la extensión de los actos infralegales editados y la complejidad generada para el sistema vigente? Los datos indican no solo un aumento significativo en el número de actos normativos publicados cada año, sino también un incremento en la extensión promedio de estos actos, lo que sugiere un proceso de densificación de la red de regulaciones que afectan al sistema tributario a nivel federal. Los resultados también sugieren que la producción normativa de la RFB se está volviendo cada vez más compleja, lo que implica un aumento significativo del papel regulatorio del organismo. Al mismo tiempo, esta expansión de la regulación tributaria federal interfiere directamente en los costos de cumplimiento tributario, por lo que se requiere la adopción de instrumentos de análisis y control de la producción normativa de la RFB.

Palabras clave
Investigación empírica; Receita Federal de Brasil; producción normativa; regulación tributaria; costos de cumplimiento.

Contribuição de autoria

Lucas Thevenard Gomes
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; resources; software; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Luiz Felipe Monteiro Seixas
Investigation; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
GOMES, Lucas Thevenard; SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. A evolução da produção normativa da Receita Federal do Brasil (1988-2020): análise empírica e implicações regulatórias. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2414, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202414

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.S9BTQS.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução

Os atos regulamentares editados pela Receita Federal do Brasil (RFB) vêm adquirindo crescente relevância para a administração tributária em nível federal.[1] O fenômeno acompanha um processo mais amplo de complexificação das funções administrativo-regulatórias do Estado e consequente alargamento do papel exercido por normas regulamentares (ou secundárias) diante das normas legislativas primárias (Enterría, 1998, p. 220-221; Moreira Neto, 2003, p. 127-128). A literatura tributária clássica, contudo, entende que os contornos da legalidade tributária devem ser definidos em termos restritos e que o estabelecimento de tributos deveria atender a critérios formais de tipicidade fechada (Oliveira, 1999, p. 219; Xavier, 1978, p. 59).

Tradicionalmente, a normatização do direito tributário pauta-se por critérios rígidos de controle pela lei em sentido estrito. A ideia de que tributos devem estar atrelados às escolhas políticas de órgãos representativos exerceu um papel histórico fundacional para o direito tributário, consolidando-se pela máxima segundo a qual nenhum tributo deve ser criado sem estar respaldado pela representatividade democrática (traduzida na célebre frase cunhada na época da Revolução Americana "no taxation without representation"). No Direito brasileiro, o art. 150, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)[2] e o art. 97 do Código Tributário Nacional (CTN) (Brasil, 1966)[3] amparam essa posição ao vedarem conjuntamente o estabelecimento, a majoração ou a redução de tributos sem o intermédio da lei. Assim, ainda que a deslegalização tributária já tenha sido admitida pela jurisprudência em alguns casos,[4] o tema suscita polêmica no campo acadêmico (Jatahy, 2003, p. 42-43).

No entanto, o direito administrativo contemporâneo – em especial, o campo do direito regulatório – atravessa há alguns anos um movimento particular no que diz respeito à tênue

• • •

1 Neste artigo, adotaremos indistintamente expressões como "atos regulamentares", "atos normativos", "normas regulatórias", "regulação tributária" para nos referirmos à produção normativa da RFB de caráter infralegal, decorrente do poder regulamentar.

2 "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]" (Brasil, 1988).

3 "Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos, ou a sua extinção; II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V – a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades" (Brasil, 1966).

4 Cf., por exemplo, Recurso Extraordinário n. 140.669-1 (Brasil, 1998).

linha que separa o princípio da legalidade do exercício do poder regulamentar por parte da administração pública, sobretudo no âmbito das agências reguladoras (Medeiros; Nelson, 2016, p. 131-135). Esse cenário ganha relevância diante da relação de vinculação existente entre o direito tributário e o direito administrativo/regulatório, visto que ambas as áreas se preocupam com a ação e a organização de órgãos e agentes públicos – no caso do primeiro, por meio da denominada "administração tributária". Isso também se reflete na produção normativa em matéria tributária, que demanda uma série de atos de natureza infralegal para o adequado cumprimento da atividade arrecadatória e fiscalizadora. Inclusive, o exercício do poder regulamentar no campo tributário possui expressa previsão no próprio CTN, em seu art. 100, I.[5] Nesse sentido, a competência normativa/regulatória da RFB é prevista em seu regimento interno, o qual determina, entre as finalidades do órgão da administração tributária, a edição de atos normativos, incluindo atos que estabelecem obrigações tributárias acessórias.[6] Não se discute aqui o papel que o referido órgão exerce no que tange à complementação da legislação tributária federal, mas sim na medida em que tal competência é exercida ou, em outros termos, qual o real tamanho (e potencial impacto) da produção normativa da RFB.

Sob tal perspectiva, este artigo propõe-se a responder ao seguinte problema de pesquisa: qual a dimensão da evolução da produção normativa da RFB ao longo do período de 1988 a 2020, seja em quantidade de normas produzidas, seja no que tange à extensão dos atos infralegais editados e à complexidade gerada para o sistema vigente? A partir desse problema derivam-se diretamente outras questões, como: A RFB desempenha (e/ou deveria desempenhar) atividades normativas semelhantes às de um órgão regulador? Do ponto de vista teórico, quais os possíveis impactos econômicos decorrentes da atividade regulamentar exercida pela RFB? Há (e, se sim, quais seriam) critérios de controle e avaliação das normas de caráter infralegal produzidas pela RFB? Tais perguntas tornam-se significativas a partir do momento em que se identifica ampla atuação normativa por parte da RFB, até então nunca mapeada do ponto de vista quantitativo, produção essa que não só possui relação direta com a atividade regulatória, mas também traz impactos imediatos sobre diferentes agentes econômicos, em particular, os contribuintes e os responsáveis tributários.

5 "Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; [...]" (Brasil, 1966).

6 Anexo I do Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil:
"Art. 1º A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), órgão específico singular, diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Economia, tem por finalidade: [...].
III – interpretar e aplicar a legislação tributária, aduaneira, de custeio previdenciário e correlata, e editar os atos normativos e as instruções necessárias à sua execução;
V – estabelecer obrigações tributárias acessórias e disciplinar a entrega de declarações; [...]" (Brasil, 2020a).

Assim, o presente artigo pretende contribuir com o debate em torno dessas questões por meio da análise empírica das normas publicadas pela RFB em seu portal eletrônico. Para tanto, foram levantados metadados e o texto integral de 13.273 atos normativos editados pelo órgão desde a promulgação da CF/88 até o ano de 2020. Com esses dados, busca-se apresentar um panorama da produção normativa desse órgão e evidenciar a evolução do papel das normas regulamentares no âmbito da administração tributária federal ao longo do tempo. A análise empírica empreendida pretende, por um lado, demonstrar o crescimento da produção normativa da RFB e, por outro lado, lastrear uma discussão mais ampla acerca dos potenciais impactos desse conjunto de normas, em especial para os sujeitos diretamente afetados.

Para tanto, o artigo subdivide-se em três seções, além desta introdução e das conclusões. Na primeira seção, são descritos a metodologia, os procedimentos de coleta e o tratamento dos dados, assim como o recorte analítico utilizado para selecionar os tipos de atos que formam o objeto deste estudo. Os dados para este artigo foram obtidos mediante o emprego de técnicas de ciência de dados e do uso de ferramentas de programação. Tais métodos são apresentados e são oferecidas referências para o acesso direto às ferramentas e bases de dados criadas.

Na segunda seção, revelam-se os principais resultados da pesquisa. Os dados indicam não apenas um aumento expressivo do número de atos normativos publicados a cada ano, mas também um incremento da extensão média desses atos, o que sugere um processo de adensamento da rede de regulamentos que afetam o sistema tributário em nível federal. Utilizando técnicas de processamento de linguagem natural, este artigo também buscou analisar o conteúdo textual dos atos normativos, identificando quais tributos são mais frequentemente mencionados pelas normas da RFB. Por meio de *proxies* textuais adotados para identificar a regulamentação de obrigações acessórias, de multas e penalidades ou de prazos legais, o estudo procurou ainda estimar a incidência de normas de conteúdo regulatório aptas a gerar efeitos econômicos, assim como verificar a complexidade do sistema vigente por meio das relações (de alteração ou revogação) estabelecidas pelos atos editados ao longo do tempo.

Por fim, na terceira seção, discutem-se, brevemente, as possíveis implicações dos resultados obtidos, sobretudo no que diz respeito aos custos de conformidade da tributação no Brasil e nas tendências da regulação tributária. Com base na literatura especializada, apresenta-se o atual cenário brasileiro dos custos derivados do cumprimento de obrigações tributárias instrumentais e como a produção normativa da RFB influencia diretamente esses custos, bem como se (e como) é possível realizar algum tipo de controle e de avaliação dessa mesma produção normativa a partir de critérios técnicos, de racionalidade e de eficiência.

1. Metodologia, coleta e tratamento dos dados

Este artigo adota como metodologia a pesquisa empírica, de caráter quantitativo, e utiliza, como mencionado anteriormente, técnicas de programação e processamento de linguagem natural. Para o estudo da evolução da produção normativa da RFB, foi realizado um levantamento de informações publicadas na seção de "Normas" do portal eletrônico do órgão,[7] utilizando uma ferramenta de coleta automatizada de dados (*webscrapping*) desenvolvida em linguagem R para essa finalidade.[8] Os dados obtidos a partir dessa fonte incluem informações sobre: o tipo de ato (portaria, resolução, instrução normativa, etc.), o número do ato, o órgão ou a unidade interna da RFB responsável pela edição do ato, a data de publicação do ato e a ementa do ato. A coleta desses metadados e dos *links* para a página que contém o texto integral de cada ato foi realizada entre os dias 27/11/2021 e 28/11/2021. O processo de coleta foi operacionalizado por meio de buscas automatizadas pelo "ano do ato", utilizando-se valores entre 1988 e 2020. Em seguida, foram excluídos os atos editados antes da promulgação da CF/88, mantendo-se, portanto, apenas os atos publicados a partir de 05/10/1988. Dessa forma, o recorte temporal adotado procurou preservar os dados disponíveis e oferecer um amplo panorama da produção normativa da RFB no período pós-CF/88. Essa busca resultou na consolidação de uma base de dados que contém informações acerca de 78.966 atos administrativos publicados pela RFB no período de análise.[9]

Nesse universo total de atos publicados pela RFB no período estudado, constatou-se a presença de grande volume de atos que não possuíam caráter normativo e geral. Atos administrativos concretos, destinados à aplicação de sanções, à concessão de habilitações, a emissões e declarações, entre outros, produzem efeitos apenas para os destinatários

• • •

7 Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action. Acesso em: 25 mar. 2022.

8 Esta pesquisa vincula-se ao movimento da pesquisa reproduzível em estatística (Stodden, 2014). Desse modo, todos os códigos desenvolvidos para coletar os dados, processá-los e produzir as visualizações e os resumos estatísticos utilizados neste artigo, assim como as bases de dados utilizadas, podem ser livremente acessados por meio do repositório: https://github.com/lthevenard/receita. A base de dados pode ser também acessada por meio da página da revista no sistema ScieloData, pelo *link*: https://doi.org/10.48331/scielodata.S9BTQS.

9 Apesar de o ano de 2021 não ter sido incluído entre os valores utilizados na busca por ano do ato, os resultados obtidos pela ferramenta de extração de dados incluíram 188 atos publicados em 2021. Isso ocorreu porque a RFB mantém duas datas em seu sistema interno para cada ato: a data do ato (data em que o ato é editado internamente) e a data de publicação (data em que o ato é publicado no *Diário Oficial da União*). O sistema da RFB permite a realização de buscas utilizando a data do ato, mas não inclui essa variável nos resultados da pesquisa. Por essa razão, optamos por utilizar a data da publicação nas análises que se seguem.

especificados no próprio texto do ato. De modo análogo, há atos que, pela sua própria natureza, não possuem conteúdo vinculante, como consultas públicas e editais. As publicações inseridas nessas duas categorias não constituem propriamente atos normativos, na medida em que não geram efeitos jurídicos gerais e, portanto, não são pertinentes ao objeto do presente artigo.

Logo, para evitar que tais atos introduzissem distorções nos resultados da pesquisa, foram excluídos da base os tipos mais suscetíveis a incluir atos sem caráter normativo e geral, tais como despachos, convênios, termos, notas, entre outros.[10] Com esse recorte, foi identificado um total de 13.273 atos normativos que formaram a base de dados deste artigo. Foram mantidos na base os seguintes tipos de ato: portarias (8.347 atos), instruções normativas (3.731 atos), atos declaratórios normativos (353 atos), resoluções (345 atos), portarias conjuntas (307 atos), pareceres normativos (88 atos), instruções normativas conjuntas (39 atos), normas de execução (30 atos), portarias interministeriais (19 atos), normas de execução conjunta (13 atos) e orientações normativas (1 ato). Vale destacar que o recorte de tipos utilizado não elimina completamente a presença de atos não normativos no universo de documentos estudados. Com efeito, a classificação tipológica utilizada pela RFB, assim como as tipologias utilizadas por outros órgãos da Administração Pública brasileira, não diferencia perfeitamente atos regulamentares com conteúdo normativo de outros atos administrativos concretos.[11] No entanto, a seleção adotada aproxima-se do universo de atos normativos produzidos pela RFB ao longo do período estudado, servindo adequadamente ao propósito do presente artigo.[12]

• • •

10 Foram excluídos os seguintes tipos: ato declaratório executivo (51.625 atos), solução de consulta (10.308 atos), ato declaratório (2.621 atos), solução de divergência (318 atos), ato declaratório interpretativo (279 atos), solução de consulta interna (197 atos), decisão (69 atos), despacho (68 atos), parecer (51 atos), ato declaratório executivo conjunto (42 atos), ordem de serviço (41 atos), nota (32 atos), nota técnica (10 atos), recomendação (8 atos), despacho decisório (7 atos), termo de exclusão do Simples Nacional (6 atos), consulta pública (3 atos), edital (2 atos), edital de intimação (2 atos), ordem de serviço conjunta (2 atos), convênio (1 ato), edital de transação por adesão (1 ato).

11 Além disso, há ainda o fato de que certos atos normativos editados pela RFB não impactam a tributação em si, destinando-se prioritariamente a disciplinar aspectos internos do órgão. Essa é uma característica particularmente comum com as portarias, em quantidade considerável na base. Esse fator qualitativo, entretanto, será relevante para as análises de conteúdo deste artigo, sendo endereçado na seção 2.3, adiante.

12 Vale destacar que um eventual erro de seleção nesse caso tende a estar uniformemente distribuído ao longo do tempo. Não há bons motivos para se supor que a RFB tenha modificado sensivelmente a forma como classifica seus atos administrativos no período analisado e, portanto, não há indícios de mudanças suficientemente marcantes nos critérios de recorte dos dados para levar a uma distorção dos resultados encontrados na pesquisa.

Para esse conjunto de 13.273 atos normativos foram obtidos (nas páginas do portal da RFB de cada ato): o texto integral do ato, o *status* do ato (quanto à sua vigência no momento da consulta) e as informações sobre os atos que o alteraram ou foram por ele alterados (dados relacionais). O acesso às páginas dos atos para a coleta do texto e dos dados relacionais foi realizado entre os dias 29/11/2021 e 03/12/2021. Não foi possível acessar a página do ato para baixar o seu texto apenas em três casos.[13] Para os demais casos, foi possível acessar a página do ato e obter o seu texto; no entanto, dados relacionais sobre o *status* de vigência e as interações com outros atos normativos não estavam disponíveis em todos os casos, sobretudo nos primeiros anos do período analisado. Assim, foi possível coletar dados relacionais para um conjunto de 12.551 atos, que compreendem a maior parte dos atos editados a partir de 1994.[14]

A partir de dados textuais e relacionais foi possível produzir novas variáveis de análise, como um indicador da extensão textual dos atos normativos (cômputo do número de palavras do ato), indicadores de interações normativas do ato (a partir das contagens de publicações que alteraram ou foram alteradas pelo ato normativo em questão), além da busca textual para identificar menções a tributos federais e a termos de interesse específico. Tais análises textuais serão apresentadas em mais detalhes na seção a seguir.

2. Resultados da pesquisa e análise dos dados coletados

Nesta seção, apresentamos os principais resultados obtidos pela análise dos dados descritos na seção anterior. Tais resultados indicam que a produção de normas regulatórias pela RFB tem se expandido significativamente nos últimos anos, o que sugere um aumento da atividade regulatória praticada pelo órgão. Para a apresentação de um quadro descritivo geral acerca da produção normativa da RFB, foram examinadas diferentes dimensões dessa produção, incluindo não apenas a quantidade das normas produzidas, mas também a extensão dessas normas (tamanho do *corpus* textual); a presença de referências a tributos federais nesse *corpus*; a recorrência de menções a obrigações acessórias, multas e prazos, bem como as interações normativas entre diferentes atos e os respectivos dados relacionais.

2.1. Quantidade e extensão dos atos normativos

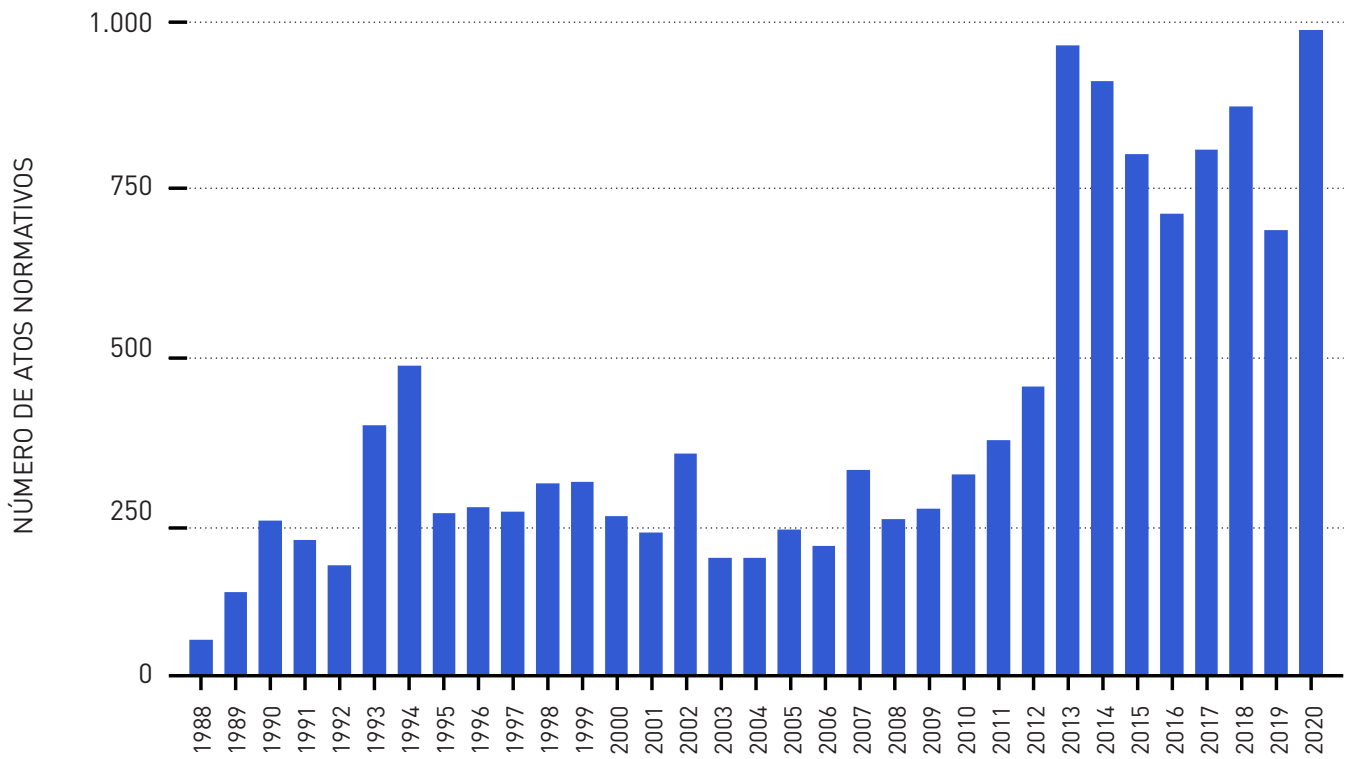
Os dados levantados apontam evidente aumento do volume da produção normativa da RFB ao longo do tempo. A série histórica apresenta um salto quantitativo, facilmente observável,

13 São eles: o Ato Declaratório Normativo n. 5, publicado em 23/03/1999, a Portaria n. 29, publicada em 07/10/2003, e a Resolução n. 23, publicada em 27/10/2010.

14 Entre os anos de 1988 e 1993 a disponibilidade de dados relacionais foi baixa, quando comparada aos anos subsequentes.

a partir da década de 2010. O Gráfico 1 mostra a evolução da quantidade total anual de normas produzidas pelo órgão no período analisado e evidencia um aumento substancial na última década do período.[15]

GRÁFICO 1 – **EVOLUÇÃO DA PRODUÇÃO NORMATIVA DA RECEITA FEDERAL**



Fonte: Elaboração própria.

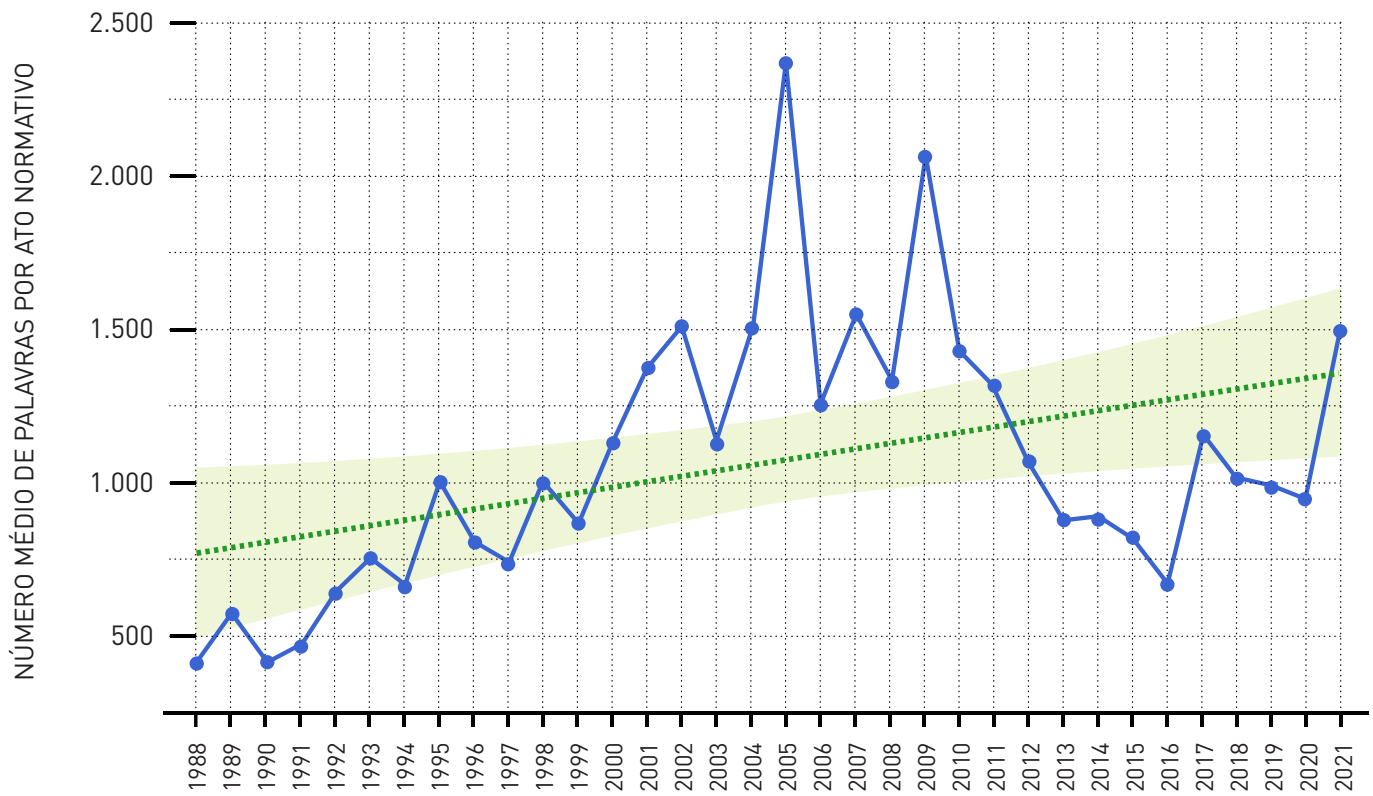
Além de um volume maior de atos produzidos, a análise do *corpus* textual levantado também permite identificar um incremento da extensão média dos atos normativos publicados pela RFB ao longo do período analisado.[16] O Gráfico 2 sinaliza a evolução do número médio

15 Como observado anteriormente (cf. nota de rodapé de número 9), o conjunto de dados possui normas publicadas em 2021. Nas análises temporais que se seguem, os dados de 2021 foram removidos dos gráficos que indicam quantidades absolutas e mantidos nos gráficos que apresentam variações percentuais ou médias anuais.

16 Este artigo é acompanhado de um apêndice estatístico, disponível no *link*: https://docs.google.com/document/d/1MSiQyOfcWDDnKiCdles7D21-L-UAe3yD/edit?usp=sharing&ouid=112851104996751355911&rtpof=true&sd=true. A Tabela 1 do Apêndice Estatístico deste artigo apresenta um quadro mais completo acerca da quantidade e da extensão de atos publicados pela RFB, incluindo a quantidade

de palavras por ato normativo ao longo dos anos. Os dados revelam um aumento substancial na extensão dos atos publicados pela RFB nos anos 2000. No início da década seguinte, essa variável apresenta tendência de queda, mas volta a subir no final da série histórica. O gráfico mostra ainda a correlação linear positiva entre a passagem dos anos e a média do número de palavras por ano, e indica a tendência de crescimento da extensão dos atos normativos ao longo do período analisado.[17]

GRÁFICO 2 – **EXTENSÃO MÉDIA DOS ATOS NORMATIVOS DA RECEITA FEDERAL AO LONGO DO TEMPO**



Fonte: Elaboração própria.

total de palavras publicadas por ano e a mediana e desvio-padrão do número de palavras por ato, para cada ano da série histórica.

17 No período examinado, constatou-se uma correlação de Pearson de 0,405136 entre a variável "ano" e a variável "número médio de palavras por ato normativo, por ano". O índice de Pearson é o método usual para medir correlações lineares entre duas variáveis. Valores do índice de Pearson próximos de 1 indicam forte correlação positiva entre as variáveis (quando uma cresce, a outra também cresce, em proporção linear); valores próximos de -1 indicam forte correlação negativa entre as variáveis (quando uma cresce, a outra decresce, em proporção linear); e valores próximos de 0 indicam a ausência de correlação entre as variáveis. Um índice de aproximadamente 0,4, neste caso, indica a presença de uma correlação linear moderada entre o decurso dos anos e o aumento do número de atos normativos produzidos pela RFB.

2.2. Menções aos tributos federais

Por meio do processamento do conteúdo textual das normas levantadas, também foi possível verificar a existência de menções aos seguintes tributos federais: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), Imposto de Importação (II), Imposto sobre Operações de Crédito (IOF), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF), Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Programa de Integração Social (PIS), Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), assim como as contribuições previdenciárias ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Para identificar as menções, foram realizadas buscas textuais utilizando expressões regulares, uma linguagem de identificação de padrões comumente utilizada para esse tipo de tarefa (Friedl, 2006, p. 4-23). Para tanto, os textos dos atos normativos foram normalizados em caixa-baixa (letras minúsculas) para a aplicação das buscas. As expressões regulares utilizadas foram construídas de forma padronizada, buscando identificar variações de termos-chave que compõem o nome dos tributos, assim como as respectivas siglas.[18,19] As variações de termos identificadas por esse método foram avaliadas ao final da busca, e foi possível constatar que as expressões regulares utilizadas apresentaram um resultado suficientemente robusto. Não foram identificados casos de evidente identificação incorreta dos respectivos

18 No caso do Imposto de Importação, a sigla convencional (II) pode ser confundida com o número 2 em algarismos romanos. Não havendo um método simples para evitar que esse problema gere distorções significativas na análise, não foi possível incluir a sigla na expressão regular utilizada para identificar menções a esse imposto. Cabe destacar que isso pode implicar uma sub-representação do Imposto de Importação na análise realizada. Acreditamos que esse não seja um viés significativo, tendo em vista a baixa probabilidade de que um ato normativo que trate do Imposto de Importação não faça menção, em nenhum trecho, à forma extensiva do nome desse tributo.

19 Foram utilizadas as seguintes expressões regulares: <impostos?(\s+\S+){0,3}\s+importa[cç]([aã]o|[õo]es)> (Imposto de Importação); <impostos?(\s+\S+){0,3}\s+renda(\s+\S+){0,3}\s+pessoas?\s+f[íi]sicas?|\birpf\b> (IRPF); <impostos?(\s+\S+){0,3}\s+renda(\s+\S+){0,3}\s+pessoas?\s+jur[íi]dicas?|\birpj\b> (IRPJ); <impostos?(\s+\S+){0,3}\s+opera[cç]([aã]o|[õo]es)(\s+\S+){0,3}\s+cr[ée]dito|\biof\b> (IOF); <impostos?(\s+\S+){0,3}\s+produtos?(\s+\S+){0,3}\s+industrializados?|\bipi\b> (IPI); <contribui[çc]([ãa]o|[õo]es)(\s+\S+){0,3}\s+socia(l|is)(\s+\S+){0,3}\s+financiamentos?(\s+\S+){0,3}\s+seguridades?(\s+\S+){0,3}\s+socia(l|is)|\bcofins\b> (COFINS); <programas?(\s+\S+){0,3}\s+integra[çc]([ãa]o|[õo]es)(\s+\S+){0,3}\s+socia(l|is)|\bpis\b> (PIS); <programas?(\s+\S+){0,3}\s+forma[çc]([ãa]o|[õo]es)(\s+\S+){0,3}\s+patrim[ôo]nios?(\s+\S+){0,3}\s+servidor(es)?(\s+\S+){0,3}\s+p[úu]blicos?|\bpasep\b> (PASEP); <contribui[çc]([ãa]o|[õo]es)(\s+\S+){0,3}\s+socia(l|is)(\s+\S+){0,3}\s+lucros?(\s+\S+){0,3}\s+l[íi]quidos?|\bcsll\b> (CSLL); <contribui[çc]([ãa]o|[õo]es)(\s+\S+){0,3}(?<!excetuadas\sas)\s+previd[êe]nci[áa]rias?|\binss\b> (INSS).

tributos e o método utilizado permitiu a checagem de múltiplas variações textuais do nome dos tributos, capturando corretamente as menções mesmo quando havia erros de ortografia comuns no texto dos atos normativos.[20]

Com isso foi possível identificar quais tributos foram mencionados no *corpus* normativo da RFB. Essa análise permite constatar que o IPI foi o imposto mencionado pelo maior número de atos normativos da base estudada, seguido pelo Imposto de Importação.[21] O IOF, por sua vez, foi o tributo mencionado pelo menor número de atos normativos da RFB no período estudado.[22] A Tabela 1 apresenta essas relações.

TABELA 1 – **ATOS NORMATIVOS QUE MENCIONAM TRIBUTOS FEDERAIS**

TRIBUTO	ATOS QUE MENCIONAM (INCIDÊNCIA)	PERCENTUAL DOS CASOS DE INCIDÊNCIA	PERCENTUAL DE TODOS OS ATOS
II	672	13,91%	5,07%
IRPF	602	12,46%	4,54%
IRPJ	431	8,92%	3,25%
IOF	268	5,55%	2,02%
IPI	860	17,81%	6,48%
COFINS	528	10,93%	3,98%
PIS/PASEP	588	12,17%	4,43%
CSLL	362	7,49%	2,73%
INSS	519	10,75%	3,91%

Fonte: Elaboração própria.

20 A Tabela 2 do Apêndice Estatístico (cf. nota de rodapé n. 16) apresenta a lista completa de termos e expressões identificados pelo método empregado, com a indicação do número total de casos em que cada termo foi encontrado em todos os atos normativos da base.

21 Uma possível inferência para uma maior quantidade de atos normativos ao IPI e ao Imposto de Importação deriva do seu caráter extrafiscal/regulatório, o qual confere maior liberdade para o ente competente – a União Federal – alterar as alíquotas dos referidos impostos por meio de atos infralegais, em uma exceção ao princípio da legalidade tributária, conforme previsto no art. 153, § 1º, da CF/88 (Brasil, 1988).

22 Alguns esclarecimentos a respeito dessa medida são necessários. A unidade de análise da medida é o ato normativo, e não a menção individual ao tributo. Evidentemente, um mesmo ato normativo pode mencionar

2.3. Obrigações acessórias, multas e prazos

A partir do texto dos atos normativos, foram criados *proxies* textuais cujo objetivo é identificar, por meio da análise de citações, temas sensíveis capazes de gerar impactos regulatórios para os agentes econômicos e para a coletividade como um todo. A análise foi dividida em três áreas distintas, de forma a permitir resultados mais específicos, que de fato indiquem que a produção normativa da RFB está produzindo consequências jurídicas e econômicas cada vez mais significativas para o sistema tributário nacional. Essas áreas foram: (i) normas referentes à criação de obrigações acessórias; (ii) normas relacionadas à administração de multas e penalidades; e (iii) normas relativas a prazos legais. Essas três dimensões foram escolhidas por estarem associadas a campos semânticos bem determinados e por serem suficientemente comuns na prática da regulação tributária para permitir a construção de um volume adequado de dados a partir do *corpus* analisado.

Novamente, a implementação da análise foi feita por meio de buscas textuais, utilizando-se expressões regulares para identificar termos que frequentemente se associam ao tipo de norma que se quer examinar.[23] Para a análise de normas referentes às obrigações acessórias, foram utilizadas variações dos termos: "dever", "obrigação", "responsabilidade", "arcar" e "ônus". Para a análise de normas relacionadas a multas e penalidades, foram usadas variações dos termos "multa", "pena", "sanção", "infração" e "autuação". Por fim, para a análise de normas relativas a prazo legais, foram utilizadas variações dos termos: "prazo", "dias (úteis/corridos)", "prorrogação" e "de/da ciência". Todas as expressões regulares criadas a partir desses termos incluíram a captura de até seis termos adjacentes, de forma a impedir problemas de múltipla contagem.

Aplicando essa busca, foi identificado um total de 51.019 trechos associados ao estabelecimento de obrigações acessórias, 27.739 trechos associados a prazos legais e 11.122 trechos associados a multas e penalidades. Partindo desses resultados, foi realizada uma seleção

• • •

determinado tributo mais de uma vez e, nesse caso, a medida adotada desconsidera variações no número de menções que são internas a determinado ato normativo. Entretanto, se um mesmo ato normativo menciona mais de um tributo, a medida contabiliza a menção para ambos os tributos. A justificativa para esse critério de contagem é a própria pergunta de pesquisa que se quer analisar: o interesse aqui está na identificação de quantos atos normativos regulamentam cada tributo, ainda que a densidade da regulamentação possa variar de ato para ato. A quantidade de vezes em que o nome do tributo aparece em cada ato, por sua vez, pode flutuar consideravelmente por motivos de técnica legislativa que não são relevantes para a pergunta de pesquisa que guiou a análise.

23 As expressões regulares utilizadas nesse caso foram: <(\S+\s+){0,6}(\bdeve|\bobriga|\brespons|arcar|[ôo]nus)\S*(\s+\S+){0,6}> (deveres / obrigações); <(\S+\s+){0,6}(\bpena|\bmulta|\bsanç|\binfraç|\bautua[çd])\S*(\s+\S+){0,6}> (multas / penalidades); e <(\S+\s+){0,6}(\bprazo|\bdia(..)?\s*([úu]teis|[úu]til|corridos?)?|\bprorroga|d[ea]\s+ci[êe]ncia)\S*(\s+\S+){0,6}> (prazos legais).

aleatória de 50 trechos para cada área analisada, os quais foram verificados para garantir que os resultados se aproximavam dos interesses da pesquisa.[24]

Vale ressaltar que a análise de citações e a construção de *proxies* textuais nunca apresentam resultados perfeitos. O objetivo não é medir determinado aspecto da realidade de forma quantitativamente precisa, mas sim produzir aproximação capaz de identificar corretamente tendências de variação de fenômenos de difícil mensuração, utilizando uma metodologia transparente e o mais rigorosa possível (Ellickson, 2000, p. 518-521), dadas as limitações práticas de cada contexto de pesquisa.[25] Diante desses objetivos, após a análise dos trechos selecionados aleatoriamente, as variáveis criadas foram consideradas *proxies* adequados para a análise que se pretendia realizar.

Em seguida, os resultados das buscas foram utilizados para gerar índices anuais de incidência total (número total de trechos identificados no ano) e de incidência média (número médio de trechos por ato normativo publicado no ano) para as três áreas analisadas. Os Gráficos 3, 4 e 5 mostram os resultados para cada área, evidenciando a tendência de aumento em todos os casos.[26] O Gráfico 6 apresenta os dados de incidência total das três áreas, mantendo fixa a escala do Eixo Y, de forma a permitir a comparação direta entre essas áreas. É possível notar que a tendência de aumento foi particularmente relevante no caso dos termos relacionados a deveres e obrigações. Todos os indicadores, tanto de incidência total quanto de incidência média, apresentam tendência de aumento ao longo do período analisado.[27]

• • •

24 As Tabelas 3 a 5 do Apêndice Estatístico (cf. nota de rodapé n. 16) apresentam as seleções aleatórias de trechos das três áreas analisadas.

25 No caso da produção normativa da RFB, fugiria ao escopo do presente artigo analisar qualitativamente um volume suficiente de atos normativos para afirmar com alguma margem de segurança que o impacto regulatório da produção normativa da RFB está aumentando ou diminuindo.

26 Foi possível identificar fortes correlações positivas entre o ano da publicação e o escore de incidência total para todas as três áreas estudadas. Tais índices de correlação, calculados pelo método de Pearson, foram: Obrigações Acessórias – 0,7506091; Multas e Penalidades – 0,7388637; Prazos Legais – 0,6956455.

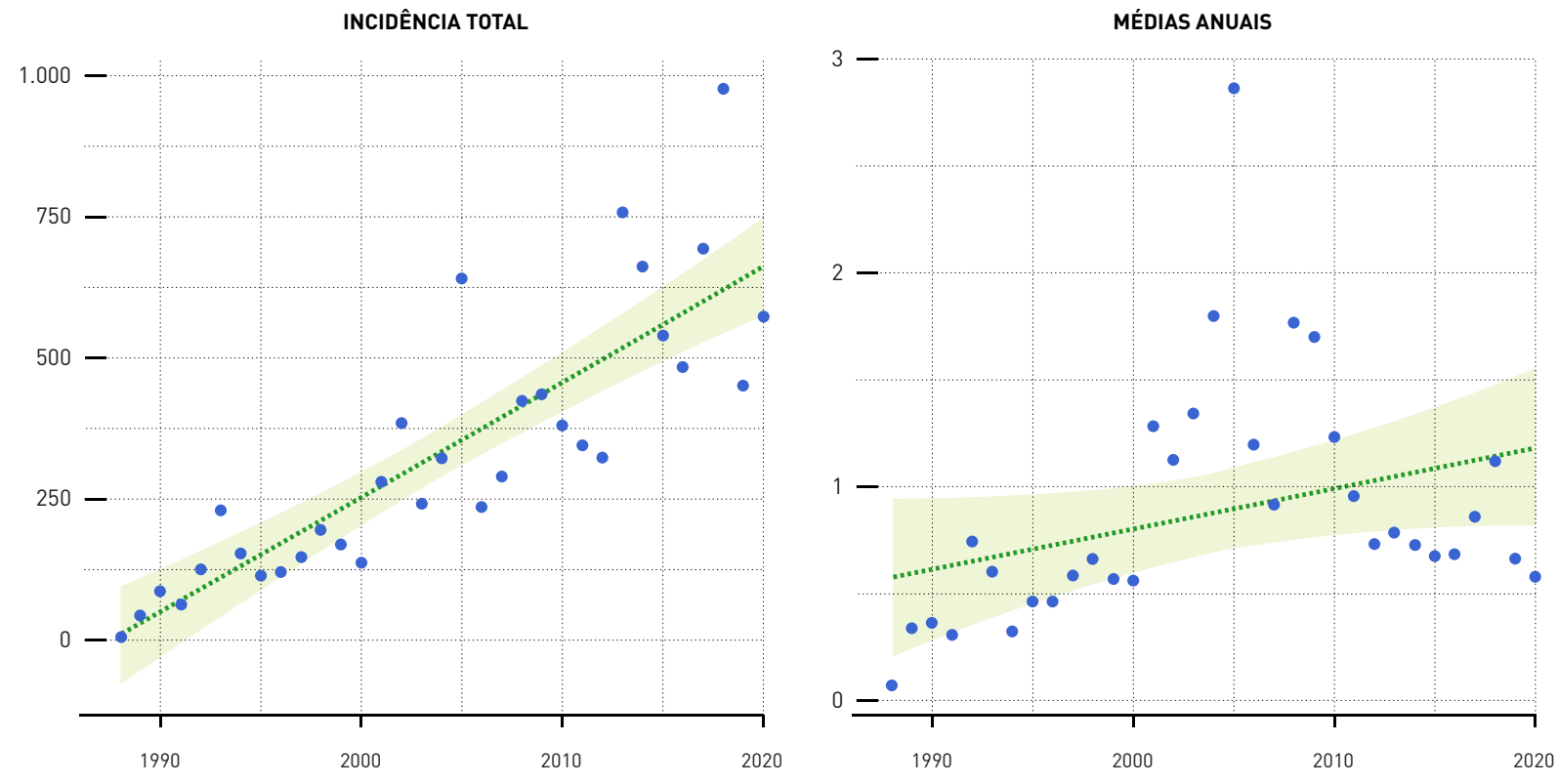
27 A Tabela 6 do Apêndice Estatístico (cf. nota de rodapé n. 16) apresenta resumos estatísticos a respeito da incidência dos termos selecionados pelas três áreas de estudo deste artigo.

GRÁFICO 3 – **INCIDÊNCIA DE TERMOS QUE INDICAM O ESTABELECIMENTO DE DEVERES/OBRIGAÇÕES**



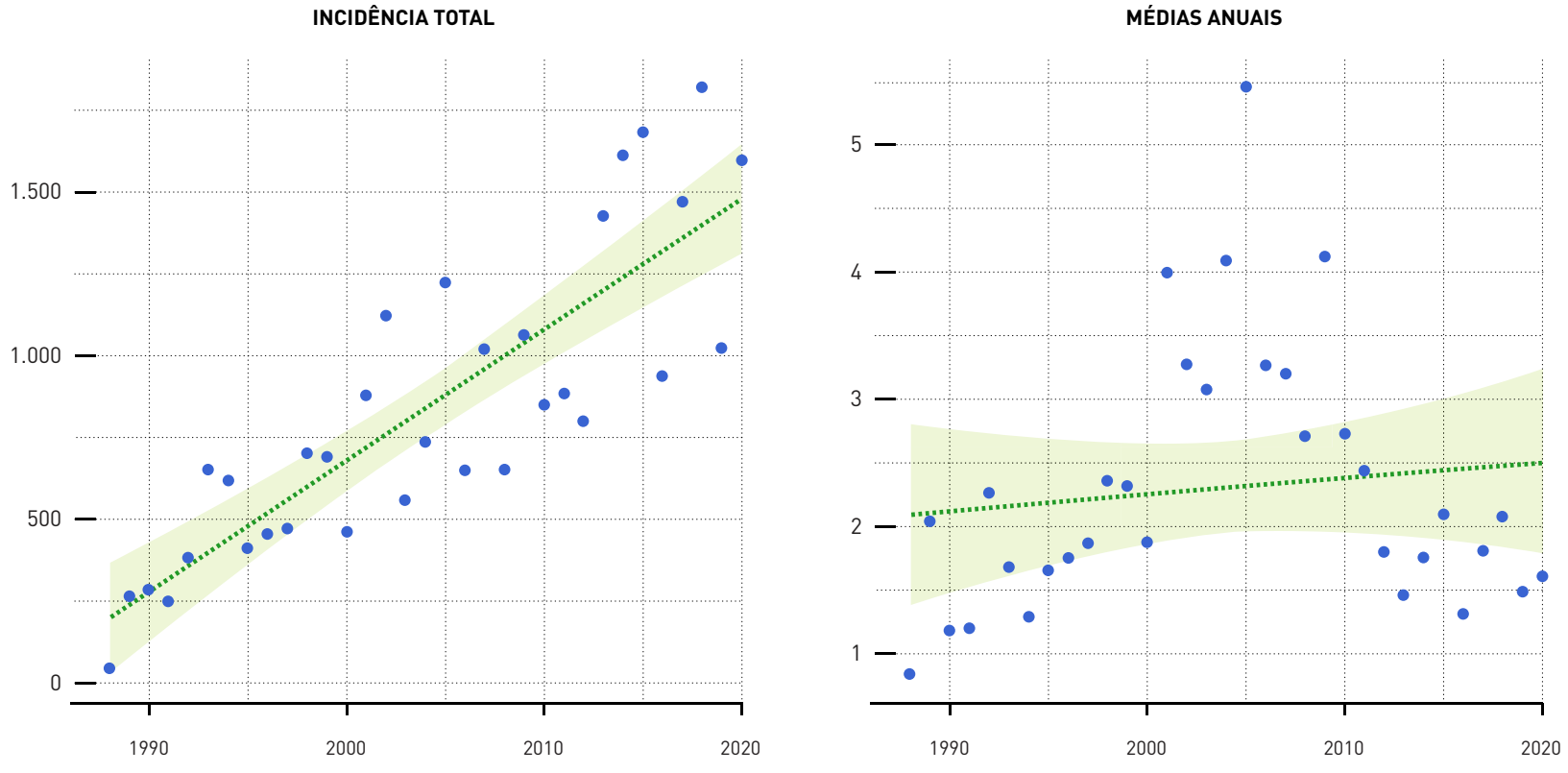
Fonte: Elaboração própria.

GRÁFICO 4 – **INCIDÊNCIA DE TERMOS QUE INDICAM A IMPOSIÇÃO DE MULTAS E PENALIDADES**



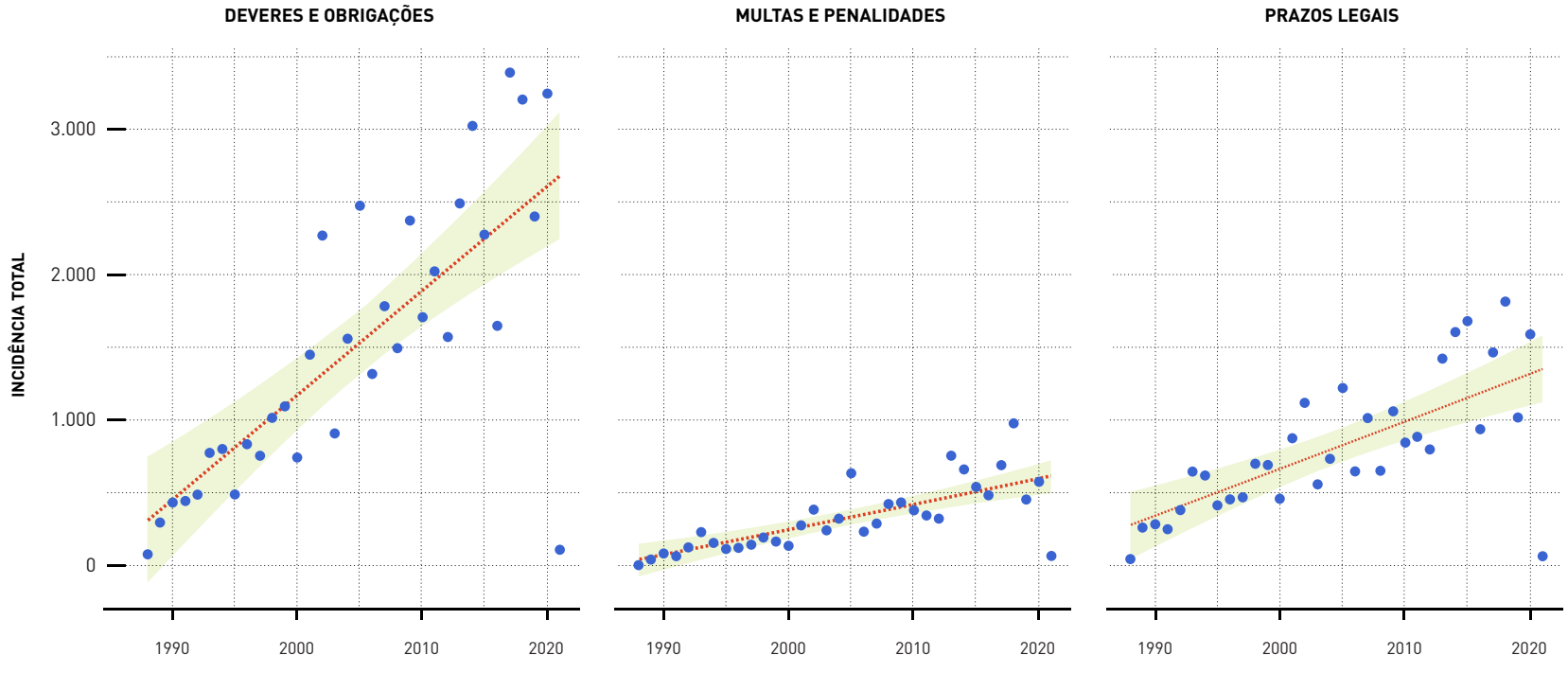
Fonte: Elaboração própria.

GRÁFICO 5 – **INCIDÊNCIA DE TERMOS QUE INDICAM O ESTABELECIMENTO OU A ALTERAÇÃO DE PRAZOS**



Fonte: Elaboração própria.

GRÁFICO 6 – **INCIDÊNCIA DE TERMOS QUE INDICAM O ESTABELECIMENTO DE OBRIGAÇÕES E PENALIDADES OU AS ALTERAÇÃO DE PRAZOS**



Fonte: Elaboração própria.

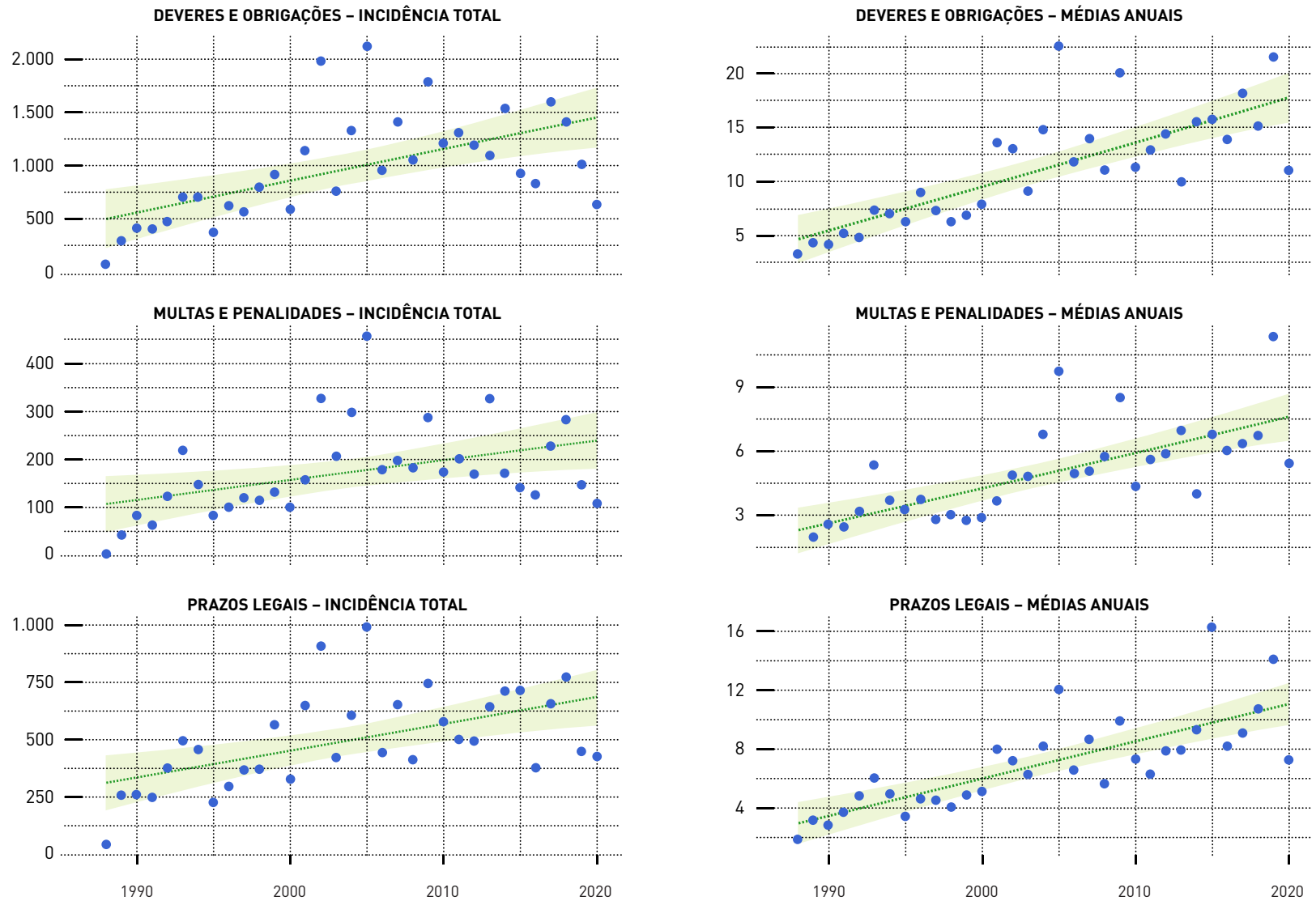
Como se pode observar, os dados indicam um crescimento substancial de normas que estabelecem deveres e obrigações, impõem multas e penalidades ou alteram prazos legais. A relevância dessa análise reside no fato de que se pode verificar que a expansão da produção normativa da RFB também traz implicações para os contribuintes, podendo gerar aumento dos custos de conformidade por eles incorridos. Essa conclusão, contudo, é mitigada por também existirem na base, ainda que em quantidade mais reduzida, normas que se reservam unicamente a produzir efeitos para a própria RFB, mas que não trazem quaisquer implicações tributárias nem fazem recair sobre os contribuintes as obrigações criadas.

Atos destinados a produzir efeitos internos ao órgão são tipicamente editados pela RFB como portarias. Esse tipo de ato está presente em quantidade considerável em nossa base. Sendo assim, para garantir que essas hipóteses não estejam gerando um efeito distorcivo sobre o indicador que se pretendeu construir, faz-se necessário verificar se as tendências constatadas anteriormente se mantêm quando as portarias não são incluídas na análise. O Gráfico 7 mostra, para as três categorias analisadas anteriormente, os resultados obtidos quando as portarias não são consideradas.[28] Como se pode notar, a mesma tendência de crescimento anteriormente identificada se confirma.

• • •

28 Para tanto, foram excluídos da análise três tipos de atos normativos: (i) portaria, (ii) portaria interministerial e (iii) portaria conjunta. Em razão dessa exclusão, a análise empreendida baseou-se em uma seleção composta de 4.600 atos normativos no total.

GRÁFICO 7 – **INCIDÊNCIA DE TERMOS QUE INDICAM O ESTABELECIMENTO DE OBRIGAÇÕES E PENALIDADES OU AS ALTERAÇÃO DE PRAZOS, SEM CONSIDERAR AS PORTARIAS**



Fonte: Elaboração própria.

2.4. INTERAÇÕES NORMATIVAS E DADOS RELACIONAIS

Por fim, os dados disponibilizados pelo portal eletrônico da RFB permitiram a análise do nível de interação entre os atos normativos que compõem a base, ao longo do tempo. Como mencionado na seção 1 deste artigo, a RFB disponibilizou em seu portal dados relacionais a respeito de 12.551 dos 13.273 atos que compõem a base. Os casos de indisponibilidade de dados relacionais estão concentrados nos anos de 1988 a 1994, de forma que, na análise das interações normativas, optou-se por utilizar dados apenas de 1995 em diante.

Os dados disponíveis indicam, para cada ato na base, quais outros atos alteraram aquele ato, ou foram alterados por ele, de forma a mostrar um quadro geral das interações entre os atos normativos. Essa informação pode ser relevante para a avaliação do nível de complexidade regulatória produzida pelas normas da RFB: um maior nível de interações normativas tende a implicar maior complexidade do sistema normativo vigente, sobretudo se determinado ato não se limita a derrogar ou revogar um único ato, mas antes estabelece relações

com múltiplos atos, alterando e sofrendo alterações simultaneamente. Para expressar de forma simplificada essas relações, foram construídos três índices: um escore de modificações passivas (quantas vezes as normas publicadas em determinado ano sofreram alterações de outros atos); um escore de modificações ativas (quantas normas foram alteradas pelas normas publicadas em determinado ano); e um escore de interações (resultante da composição dos dois escores anteriores).

Para reduzir as oscilações e permitir melhor visualização das tendências da série histórica, os índices foram criados a partir da aplicação de uma escala logarítmica (log de base 10) aos somatórios de casos de interação analisados. Assim, sendo o número de atos normativos publicados em determinado ano, o número de modificações passivas sofridas pelo ato daquele ano, o número de modificações ativas sofridas pelo ato daquele ano, o escore de modificações passivas, o escore de modificações ativas e o escore de interações totais, o cálculo dos escores de interação deu-se pelas fórmulas:

Escore de modificações passivas:

$$S_P = \log_{10}\left[\sum_{i=1}^{N} P_i\right]$$

Escore de modificações ativas:

$$S_A = \log_{10}\left[\sum_{i=1}^{N} A_i\right]$$

Escore de interações:

$$S_I = \log_{10}\left[\sum_{i=1}^{N} P_i + A_i\right]$$

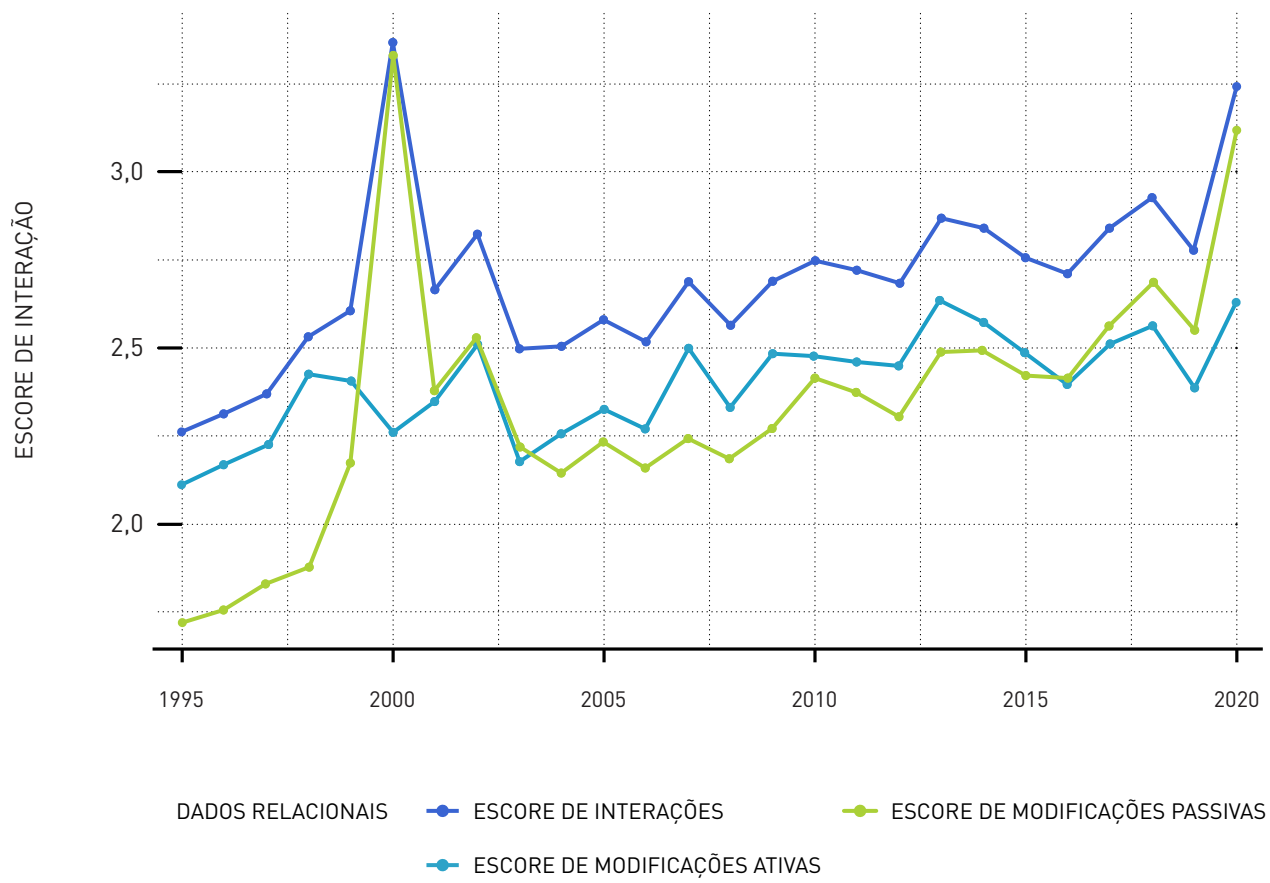
Por se tratar de uma transformação monotônica, a aplicação da função logarítmica não altera as tendências de crescimento ou a queda presente nos dados. No entanto, além de reduzir as variações anuais,[29] a opção pela aplicação da função log após a soma dos escores

29 Como é possível conferir a seguir, os atos publicados em 2000 apresentaram um volume extremamente alto de interações normativas, sendo um claro *outlier* no período. Como a maior parte dessas interações foi passiva, verifica-se que as normas publicadas no ano de 2000 foram frequentemente objeto de modificações

de modificação cumpre o papel estratégico de aproximar o resultado do escore total da medida de modificação mais relevante em cada ano. Assim, podemos visualizar claramente em que anos o escore é determinado pelas modificações passivas ou ativas.

O Gráfico 8 apresenta a evolução anual desses índices, novamente indicando clara tendência de aumento ao longo do período analisado. Verifica-se, desse modo, que não apenas a rede de atos normativos se torna mais volumosa, mas também o número de interações produzidas pelos atos normativos aumenta a cada ano, elevando o nível de complexidade do sistema normativo mantido pela RFB. A tendência de aumento, ao longo de todo o período, das modificações ativas apresenta um quadro de normas que produzem cada vez mais efeitos sobre outros atos normativos. A elevação das modificações passivas, por sua vez, é ainda mais surpreendente tendo em vista que as normas mais antigas já tiveram mais tempo para serem modificadas (pois os dados estão sendo agrupados pela data de publicação de cada ato normativo). Assim, o resultado indica redução substancial no tempo necessário para que novas normas introduzidas no sistema sofram alterações por outros atos normativos.

GRÁFICO 8 – **EVOLUÇÃO DAS INTERAÇÕES ENTRE AS NORMAS DA RECEITA FEDERAL**



Fonte: Elaboração própria.

posteriores, no mesmo ano ou em anos subsequentes. Não há, contudo, dados suficientes no presente artigo para que possamos determinar com segurança qual foi a causa desse fenômeno. Seria necessário empreender uma análise qualitativa para tanto.

3. Discussões e apontamentos preliminares: custos de conformidade da tributação e tendências da regulação tributária

A principal contribuição deste artigo para o debate em torno da política tributária brasileira consiste em identificar elementos materiais que permitam verificar empiricamente o crescimento da produção normativa da RFB e descrever a sua evolução ao longo do tempo. A partir da análise dos dados coletados e apresentados anteriormente, pode-se comprovar evidente expansão das normas regulamentares publicadas durante o recorte temporal realizado. Sob tal perspectiva, algumas discussões de caráter teórico e consequencial podem ser apontadas, sobretudo no que diz respeito aos custos de conformidade da tributação brasileira e ao necessário controle e avaliação das normas regulatórias em matéria tributária.

A literatura tributária e contábil tem investigado, desde 1980, os custos de conformidade da tributação (no original, "compliance costs of taxation"), com referência aos trabalhos seminais de Sandford, Godwin e Hardwick (1989), os quais representam, em essência, os custos derivados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias (Bertolucci; Nascimento, 2002, p. 58), a exemplo das diferentes normas regulatórias elaboradas pela RFB. Sob tal perspectiva, em matéria tributária é possível identificar duas categorias de custos que incidem sobre os contribuintes, quais sejam: (i) o custo dos tributos em si, representado pela carga tributária, um custo direto e facilmente identificável em razão da dinâmica da tributação, que adota parâmetros quantitativos para o cálculo do valor dos tributos (alíquotas, bases de cálculo, etc.); e (ii) os custos de conformidade ou operacionais, custos indiretos, nem sempre explícitos ou de fácil identificação, que decorrem das diferentes exigências obrigacionais por parte do Fisco, a exemplo do preenchimento de declarações, do envio de informações, da elaboração de formulários, do atendimento de fiscalizações, da conservação de documentos, da contratação de profissionais da área tributária/contábil, do investimento em tecnologia, etc.

Sob outra perspectiva, é possível inferir que a carga tributária não deriva somente da relação entre o valor total da arrecadação (federal, estadual e municipal) e o Produto Interno Bruto (PIB), mas também é influenciada pelos custos operacionais da arrecadação, o que incluiria os custos administrativos de arrecadar (custos da administração tributária) e aqueles derivados do cumprimento das obrigações tributárias acessórias por parte dos contribuintes (Plutarco; Gico Jr.; Valadão, 2012, p. 341). Nesse aspecto, os custos operacionais da arrecadação estão diretamente relacionados à quantidade de normas regulatórias que instituem obrigações acessórias, a exemplo das normas editadas pela RFB. Em termos de competitividade e atração de investimentos (Porto; Garoupa, 2022, p. 20-24), uma elevada carga tributária (como é o caso da brasileira, que nos últimos anos têm girado em torno de 32% do PIB [Brasil, 2021a, p. 6]) associada a altos custos de conformidade da tributação representa um péssimo indicador do ponto de vista econômico. O recente estudo *Subnational Doing Business in Brazil 2021*, organizado pelo Banco Mundial, constatou que o Brasil possui um dos sistemas tributários mais complexos e onerosos do mundo, com uma alta carga

tributária e longos processos pós-declaração (*postfiling*) (Banco Mundial, 2021, p. 102). Além disso, em todas as 27 localidades brasileiras examinadas pelo Banco Mundial, foi verificado que as empresas despendem entre 1.483 e 1.501 horas por ano para preparar, declarar e pagar tributos, mais do que em qualquer outro país avaliado. Apenas em matéria de IRPJ e CSLL, dois dos principais tributos federais, a média é de 361 horas por ano (Banco Mundial, 2021, p. 104).

O complexo sistema normativo infralegal estabelecido pelas normas regulatórias levantadas por este estudo é um dos fatores mais relevantes para compreender os custos de conformidade da tributação no Brasil. Naturalmente, a pesquisa aqui empreendida, em razão das bases de dados disponíveis (e das não disponíveis), adotou como recorte metodológico as normas produzidas pela RFB. Nesse sentido, cabe salientar que outros entes subnacionais (estados, Distrito Federal e municípios), devido às regras de competência tributária, também produzem normas regulamentares, as quais influenciam os custos de conformidade (o destaque aqui vai para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços [ICMS], de competência estadual e um dos tributos mais complexos do sistema tributário nacional, que demanda das empresas entre 867 e 885 horas por ano [Banco Mundial, 2021, p. 103]).

No entanto, os dados coletados no âmbito da RFB demonstraram que a regulação tributária federal: (i) está em constante expansão; (ii) recebe modificações e alterações regularmente, isto é, não é estável; (iii) demanda contínuo acompanhamento por parte dos contribuintes e responsáveis tributários, aumenta o custo e o tempo gasto para o pagamento dos tributos, assim como permite que eventuais irregularidades – ainda que não intencionais – surjam em razão do descumprimento das referidas normas, resultando em novos custos decorrentes do acionamento do contencioso tributário, seja ele administrativo, seja judicial.

Sob outra abordagem, de viés econômico, é importante mencionar que os custos de conformidade da tributação (assim como a carga tributária) também repercutem em termos de ganhos ou perdas de eficiência. A ciência econômica (em particular, a economia do setor público) já aponta de longa data que a atividade arrecadatória deve possuir baixos custos administrativos, seja para o Fisco, seja para os contribuintes (Stiglitz, 2000, p. 464). Custos de conformidade elevados resultam em perdas de eficiência econômica e de bem-estar, visto que, em vez de os contribuintes alocarem seus recursos em atividades produtivas, aplicam parte desses mesmos recursos no cumprimento de obrigações acessórias as quais, ainda que necessárias, podem ser dispendiosas em razão da maciça quantidade de normas a serem cumpridas, da complexidade dessas mesmas normas e do consequente incremento dos níveis de burocracia tributária.

Um aspecto relevante a ser destacado sobre esse problema diz respeito à importância da estabilidade do sistema fiscal ao longo do tempo (Mirrlees, 2011, p. 44). A falta de estabilidade tributária não apenas gera ineficiências por reduzir a capacidade de os agentes econômicos realizarem planejamentos de longo prazo, mas também produz efeitos adversos sobre

a dinâmica dos custos de conformidade. Isso ocorre porque a recorrente criação e/ou alteração das obrigações tributárias acessórias impõe a necessidade de que os contribuintes adequem seu comportamento para atender às novas regulações. Via de regra, essa adaptação implica um processo de interpretação e aprendizagem, principalmente no âmbito da atividade empresarial, em que o desempenho dessas tarefas se dá no interior de uma estrutura de gestão. Por essa razão, os custos de conformidade tendem a ser mais altos em um primeiro momento e, ao longo do tempo, tendem a cair, à medida que as empresas adaptam e otimizam suas rotinas internas para melhor atender às suas obrigações tributárias (Suécia, 2006, p. 43). No entanto, se o sistema tributário muda a todo momento, o dispêndio com custos de conformidade mantém-se elevado, gerando perdas líquidas de bem-estar para a sociedade. Na margem, altos custos de conformidade podem repercutir diretamente no comportamento dos contribuintes, que optam por regimes tributários menos complexos (o que, por vezes, resulta em perdas de arrecadação para o Fisco)[30] ou simplesmente não cumprem espontaneamente com determinada obrigação (Seixas, 2016, p. 180).

Contudo, a discussão recebe novos contornos a partir do contexto da regulação em matéria tributária e da "função regulatória" exercida pela RFB. Embora no Brasil a temática da regulação ainda seja frequentemente associada às agências reguladoras independentes, ela não deve ser encarada apenas a partir desse conjunto restrito de órgãos, considerando que a definição de regulação (Koop; Lodge, 2017, p. 95-97; Orbach, 2012, p. 2-7; Black, 2001, p. 105--112) excede o escopo das agências reguladoras, não podendo ser examinada a partir de uma perspectiva estrita ou legalista do que se entende por "agência" (Vermeule, 2009, p. 1107--1112). Essa constatação é relevante porque, se identificamos que a RFB exerce funções regulatórias, passamos a entender que a atividade do referido órgão deve ser objeto dos mesmos instrumentos de controle e avaliação (Black, 2005, p. 113-124) que vêm sendo associados à atividade regulatória nos últimos anos.

Esse segundo ponto – o controle, o acompanhamento e a avaliação da atividade regulatória estatal – ganhou uma nova dimensão a partir de 2019, em razão da edição da Lei n. 13.874/2019 (Brasil, 2019), também conhecida como Lei de Liberdade Econômica, a qual passou a exigir expressamente a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) para qualquer proposta de edição/alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos, cuja

30 Um recorrente exemplo dessa afirmação é representado nas empresas optantes de algum regime jurídico do Simples Nacional (enquadrando-se como microempresa ou empresa de pequeno porte) e que, em determinados casos, preferem ou optam por "não crescer" em termos de majoração do seu faturamento para não perderem os benefícios decorrentes do regime de tributação simplificado, quando comparado a outros regimes mais complexos em termos de conformidade tributária, a exemplo do lucro presumido ou do lucro real.

edição seja realizada por órgão da administração pública federal,[31] o que inclui a RFB. A AIR constitui, em essência, um procedimento ou método voltado para avaliar, previamente à edição de determinada norma regulatória, seus potenciais efeitos (desejáveis e indesejáveis), sua real necessidade de criação, se possui o condão de resolver o problema para o qual foi criada (ou se criará novos problemas), auxiliando o processo de tomada de decisão do regulador (Brasil, 2018, p. 23).[32]

Posteriormente, com a edição do Decreto n. 10.411/2020, que regulamentou a AIR em nível federal, ficou estabelecido que a realização do procedimento por parte do Ministério da Economia (e, por conseguinte, da RFB) foi tornada obrigatória a partir de 15 de abril de 2021 (art. 24, I, "a", do Decreto n. 10.411/2020 [Brasil, 2020b]). Mais importante do que isso é a expressa previsão de que, "no âmbito da administração tributária e aduaneira da União, o disposto neste Decreto aplica-se somente aos atos normativos que instituam ou modifiquem obrigação acessória" (art. 3º, § 1º, do Decreto n. 10.411/2020 [Brasil, 2020b]). Em outros termos: atualmente, qualquer norma de caráter regulamentar expedida pela RFB que implique criação ou alteração de obrigações acessórias (a exemplo de diversas normas coletadas neste artigo) demanda, previamente à sua edição, a realização de AIR por parte do órgão. O propósito, conforme já discutido, é conferir ao processo regulatório maior grau de racionalidade, tecnicidade e eficácia/eficiência, especialmente no que diz respeito à real necessidade ou não da criação da norma, bem como à sua capacidade de alcançar os objetivos pretendidos ou à possibilidade de resultar em novos e diferentes problemas para os contribuintes e responsáveis tributários afetados.[33]

• • •

31 "Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.
Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o *caput* deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada" (Brasil, 2019).

32 Também merece destaque a Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), procedimento voltado para examinar, posteriormente à edição de determinada norma, os efeitos dela decorrentes, considerados o alcance (ou não) das finalidades originalmente pretendidas e os demais resultados e impactos observados sobre o sistema socioeconômico. Diferentemente da AIR, a realização da ARR ainda não é obrigatória no âmbito da administração pública federal, não obstante haver uma tendência de sua institucionalização em termos de boas práticas regulatórias. Sobre o tema, cf. o recente *Guia Orientativo para Elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório – ARR* (Brasil, 2022).

33 A RFB, em recente portaria (Portaria RFB n. 20, de 5 de abril de 2021), procurou disciplinar a realização da AIR em seu entorno, basicamente reiterando o conteúdo de alguns dos dispositivos do Decreto n. 10.411/2020.

Até o momento, não foi possível identificar experiências de realização de AIR por parte da RFB, algo que, diante do elevado índice de normas regulamentares criadas e/ou alteradas pelo órgão e seus efeitos em termos de custos de conformidade tributária, demanda um acompanhamento constante. A AIR e os demais instrumentos relacionados às boas práticas regulatórias, como a consulta pública, a elaboração de uma agenda regulatória por parte do órgão, o dimensionamento do estoque regulatório, entre outros, podem servir como instrumentos extremamente úteis para conferir maior grau de racionalidade à regulação tributária, permitindo uma otimização da produção normativa, simplificação, redução da complexidade e, consequentemente, diminuição dos custos de conformidade da tributação.

Conclusão

É (ou deveria ser) um pressuposto básico das discussões em torno do campo tributário que a atividade arrecadatória não pode ser encarada como um fim em si mesma, mas um meio (no caso brasileiro, o principal meio) de financiamento do Estado e de suas políticas públicas. Disso derivam duas consequências que merecem referência.

A primeira delas é que o direito tributário, consubstanciado em diferentes normas jurídicas de caráter constitucional, legal e infralegal, define a moldura na qual o Estado exerce o seu poder de tributar. Sob esse aspecto, o desenho institucional do sistema tributário deve tanto atender aos interesses arrecadatórios do Fisco (dentro dos limites do poder de tributar) quanto garantir os direitos básicos dos contribuintes e ainda permitir que estes, de fato, consigam cumprir as diferentes obrigações tributárias (incluindo as instrumentais) que lhes são exigidas. Do contrário, ou os contribuintes buscarão formas (lícitas ou ilícitas) de evitar o cumprimento dessas normas, ou, então, os custos decorrentes da conformidade tributária impactarão adversamente a produtividade, a competitividade e o sistema econômico como um todo.

A segunda consequência decorre da própria essencialidade do Fisco, que precisa ser contemporizada, visto que suas atribuições, para além da arrecadação tributária, da produção normativa e da fiscalização, devem estar em consonância com direitos e garantias dos principais afetados, contribuintes e responsáveis tributários. Ainda que essa relação seja verticalizada, em decorrência do interesse público inerente à tributação, o Fisco, em suas diferentes representações (RFB, secretarias estaduais e municipais de tributação, etc.), deve obedecer aos limites e parâmetros de controle objetivo no exercício de suas funções, o que inclui a função regulatória. Ao exorbitar (ou exacerbar) a sua produção normativa em tais níveis que tornam sua compreensão, seu acompanhamento e cumprimento de difícil realização e demasiadamente custosos, criam-se problemas, entraves e consequências adversas para o sistema socioeconômico – inclusive repercutindo nos próprios níveis de arrecadação.

Sob esse aspecto, os resultados obtidos apresentam um panorama da produção normativa da RFB marcado por um papel cada vez mais importante desse tipo de norma no sistema

tributário nacional. O conjunto de tendências aqui apresentadas converge para tornar as normas da RFB um fator cada vez mais presente na administração tributária e na vida dos contribuintes. As normas regulatórias produzidas pelo órgão vêm se tornando mais frequentes, mais extensas, ocasionando diferentes efeitos econômicos e tornando o sistema cada vez mais complexo e denso.

Nesse sentido, este artigo representa um ensaio ainda exploratório a respeito de uma temática de extrema importância nos dias atuais no que tange à regulação tributária. Mais estudos qualitativos e quantitativos precisam ser feitos para que a produção normativa da RFB seja efetivamente compreendida e dimensionada, sobretudo no que diz respeito às suas consequências. A análise de dados qualitativos, coletados a partir de amostras aleatórias representativas, é, sem dúvida, um componente essencial para estudos futuros, para que se produzam análises mais detalhadas de dimensões de conteúdo relevantes para a compreensão do sistema. Além disso, análises quantitativas mais avançadas, que utilizam métodos de processamento de linguagem natural auxiliados por aprendizagem de máquina ou análise de redes para entender mais profundamente as interações entre os atos normativos, também contribuiriam para oferecer um quadro mais preciso da produção normativa da RFB. Tendo em vista a inexistência de trabalhos semelhantes no Brasil, sugere-se também a necessidade de estabelecimento de novas frentes de pesquisa que permitam avaliar o papel normativo da RFB de forma sistemática e assim identificar as consequências regulatórias dessa atividade para a economia e para o sistema tributário nacional.

REFERÊNCIAS

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*: Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2012.

BANCO MUNDIAL. *Subnational Doing Business in Brazil 2021*: Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 27 Brazilian Locations with 190 Others Economies. Washington, DC: World Bank Group, 2021. Disponível em: https://www.doingbusiness.org/en/reports/subnational-reports/brazil. Acesso em: 15 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). *In*: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 165-188.

BERTOLUCCI, Aldo V.; NASCIMENTO, Diogo Toledo do. Quanto custa pagar tributos? *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, v. 13, n. 29, p. 55-67, ago. 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S1519-70772002000200004. Acesso em: 15 mar. 2022.

BLACK, Julia. Proceduralisation and Polycentric Regulation. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 5, Especial 1, p. 99-130, 2005. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35248/34046. Acesso em: 15 mar. 2022.

BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World. *Current Legal Problems*, [*s.l.*], v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001.

BRASIL. Ministério da Economia. *Guia Orientativo para Elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório – ARR*. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr/guia arrverso5.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Federal*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:38233. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Portaria RFB n. 20, de 5 de abril de 2021*. Dispõe sobre atos administrativos no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Brasília: Receita Federal do Brasil, 2021b. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=116700&visao=original. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. *Portaria ME n. 284, de 27 de julho de 2020*. Aprova o Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a.

BRASIL. *Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020*. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b.

BRASIL. *Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais *et al*. *Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília, DF: Presidência da República,

2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 140.669-1*. Tributário. IPI. Art. 66 da Lei n. 7.450/85, que autorizou o Ministro da Fazenda a fixar prazo de recolhimento do IPI, e Portaria n. 266/88/MF [...]. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2 de dezembro de 1998. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208415. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 mar. 2024.

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, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 6 maio 2024.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Normas da Receita Federal*, [*s.d.*]. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action. Acesso em: 15 mar. 2022.

EFRON, Bradley. Bootstrap Methods: Another Look at the Jackknife. *The Annals of Statistics*, [*s.l.*], v. 7, n. 1, p. 1-26, jan. 1979. Disponível em: https://projecteuclid.org/journals/annals-of-statistics/volume-7/issue-1/Bootstrap-Methods-Another-Look-at-the-Jackknife/10.1214/aos/1176344552.full. Acesso em: 15 mar. 2022.

ELLICKSON, Robert C. Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 29, n. 1, p. 517-543, 2000. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/405. Acesso em: 15 mar. 2022.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madri: Civitas, 1998.

FRANKENREITER, Jens; LIVERMORE, Michael A. Computational Methods in Legal Analysis. *Annual Review of Law and Social Science*, Palo Alto, v. 16, p. 39-57, 2020. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3711291. Acesso em: 15 mar. 2022.

FRIEDL, Jeffrey E. F. *Mastering Regular Expressions*. 3. ed. Sebastapol: O'Reilly Media, 2006.

JATAHY, Aline Reis de Souza. A norma regulatória e a legalidade tributária: uma convivência possível? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 57, p. 42-63, 2003. Disponível em: https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3Ng%2C%2C. Acesso em: 15 mar. 2022.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is Regulation? An Interdisciplinary Concept Analysis. *Regulation & Governance,* [*s.l.*], v. 11, n. 1, p. 95-108, 2017.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras na ótica do redimensionamento do princípio da legalidade. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 109-141, jan./abr. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v271.2016.60763. Acesso em: 15 mar. 2022.

MIRRLEES, James A. The Economic Approach to Tax Design. *In*: INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES. *Tax by Design*: The Mirrlees Review. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: https://ifs.org.uk/books/tax-design. Acesso em: 15 mar. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente*: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ORBACH, Barak. What Is Regulation? *Yale Journal on Regulation* [*on-line*], [*s.l.*], v. 30, n. 1, p. 1-10, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2143385. Acesso em: 15 mar. 2022.

PLUTARCO, Hugo Mendes; GICO JR., Ivo Teixeira; VALADÃO, Marco Aurélio Pereira. The Social Cost of Accessory Tax Obligations. *Economic Analysis of Law Review* [*on-line*], Brasília, v. 3, n. 2, p. 338-353, jul./dez. 2012. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%20338. Acesso em: 15 mar. 2022.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2022.

SANDFORD, Cedric; GODWIN, Michael; HARDWICK, Peter. *Administrative and Compliance Costs of Taxation*. Bath: Fiscal Publications, 1989.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, finanças públicas e política fiscal*: uma análise sob a óptica do Direito e Economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SHAW, Jonathan; SLEMROD, Joel; WHITING, John. Administration and Compliance. *In*: INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES. *Dimensions of Tax Design*: The Mirrlees Review. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1100-1162. Disponível em: https://ifs.org.uk/sites/default/files/output_url_files/mirrlees_dimensions.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of Public Sector*. 3. ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2000.

STODDEN, Victoria. The Reproducible Research Movement in Statistics. *Statistical Journal of the IAOS*, [*s.l.*], v. 30, p. 91-93, 2014. Disponível em: https://www.stodden.net/papers/IAOS-STODDEN2014.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

SUÉCIA. *Compliance Costs of Value-Added Tax in Sweden*: Report 2006-3B. [*S.l.*]: Skatteverket, 2006.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 122, n. 4, p. 1095-1149, 2009.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Lucas Thevenard Gomes

Doutorando e mestre em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO). Professor e pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV DIREITO RIO. MBA em Relações Internacionais pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da FGV.

lucas.gomes@fgv.br

Luiz Felipe Monteiro Seixas

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor Adjunto da UFPE.

luiz.seixas@ufpe.br

V. 20
2024

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 17.11.2022
Aprovado: 11.12.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202415

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, Programa de Pós-Graduação em Ciências Militares, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-9330-6399

O sigilo nas Forças Armadas brasileiras: normas e procedimentos para classificar informações com base na segurança do Estado e da sociedade

SECRECY IN THE BRAZILIAN ARMED FORCES: RULES AND PROCEDURES FOR CLASSIFYING INFORMATION BASED ON THE SECURITY OF THE STATE AND SOCIETY

CONFIDENCIALIDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS BRASILEÑAS: NORMAS Y PROCEDIMIENTOS PARA CLASIFICAR INFORMACIÓN BASADA EN LA SEGURIDAD DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD

Karina Furtado Rodrigues[1]

Resumo
Por meio da análise da normativa vigente, de entrevistas e pedidos de informação via Lei n. 12.527/2011, este artigo propõe-se a compreender, dentro das Forças Armadas (FA) brasileiras, a regulação e a gestão da classificação em relação ao sigilo de informações com base na segurança do Estado e da sociedade. Para isso, analisam-se a habilitação das instituições classificadoras; a atribuição, manutenção, reavaliação e desclassificação do sigilo; as formas de controle externo; e as possibilidades de eliminação desses documentos quando desclassificados. Conclui-se que a complexidade do processo de classificação quanto ao sigilo nas FA impõe desafios à sua avaliação e governança, permanecendo duas questões em aberto: a ampla discricionariedade no momento de interpretar e atribuir os graus de sigilo; e o limbo regulatório quanto à publicização desses documentos após desclassificados, visto que as restrições supracitadas somam-se a outras hipóteses de salvaguarda. Logo, o sistema de classificação de informações em graus de sigilo brasileiro serve ao propósito de restringir a informação à necessidade de conhecer de agentes públicos, mas não é ferramenta suficiente, se utilizada isoladamente, para prover transparência pública.

Palavras-chave
Informações sigilosas; acesso à informação; transparência pública; classificação de documentos; Forças Armadas.

Abstract
Through the analysis of legal and infra-legal norms, interviews, and requests for information via Law n. 12,527 (2011), this article proposes to understand, within the Brazilian Armed Forces, the regulation and management of the classification regarding the secrecy of information based on the security of the state and society. For this, it analyzes the qualification of the classification institutions; the attribution, maintenance, reassessment, and declassification of secrecy; forms of external control; and the possibilities of eliminating such documents when already disqualified. It is concluded that the complexity of the classification process regarding confidentiality in the armed forces poses challenges to its evaluation and governance, with two questions remaining open: one is the broad discretion when interpreting and assigning degrees of secrecy; another is the regulatory limbo regarding the publication of these documents after being declassified since other hypotheses for safeguarding information coexist. Therefore, the Brazilian information classification system serves the purpose of restricting information to public agents' need to know, but it is not in itself a public transparency tool.

Como citar este artigo
RODRIGUES, Karina Furtado. O sigilo nas Forças Armadas Brasileiras: normas e procedimentos para classificar informações com base na segurança do Estado e da sociedade. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2415, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202415

Keywords
Confidential information; access to information; public transparency; classification of documents; armed forces.

Resumen
A través del análisis de normas legales e infralegales, entrevistas y solicitudes de información según la Ley 12,527 (2011), este artículo propone comprender, dentro de las Fuerzas Armadas Brasileñas, la regulación y gestión de la clasificación en relación con el secreto de la información basado en la seguridad del Estado y la sociedad. Para ello, se analiza la calificación de las instituciones de clasificación, la atribución, el mantenimiento, la reevaluación y la desclasificación del secreto; formas de control externo; y las posibilidades de eliminar tales documentos una vez descalificados. Se concluye que la complejidad del proceso de clasificación en relación con la confidencialidad en las fuerzas armadas plantea desafíos para su evaluación y gobernanza, dejando dos cuestiones abiertas: la amplia discreción al interpretar y asignar grados de secreto; y el limbo regulatorio con respecto a la publicación de estos documentos después de ser desclasificados, ya que coexisten otras hipótesis para salvaguardar información. Por lo tanto, el sistema de clasificación de información brasileño sirve al propósito de restringir la información a la necesidad de conocer de los agentes públicos, pero no es herramienta suficiente para proveer transparencia pública.

Palabras clave
Información confidencial; acceso a la información; transparencia pública; clasificación de documentos; fuerzas armadas.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

O art. 23 da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação [LAI]) estipula a possibilidade de classificação quanto ao sigilo de informações "imprescindíveis à segurança do Estado e da sociedade" (Brasil, 2011a). Ainda, estabelece diferentes graus de restrição para documentos, a depender de sua sensibilidade: a classificação ultrassecreta (25 anos), a secreta (15 anos) e a reservada (5 anos). Entre as motivações para a atribuição de sigilo previstas na legislação estão: aquelas em que sua divulgação pode pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; colocar em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas (FA); comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas à prevenção ou à repressão de infrações, entre outras.

As perguntas a que este artigo pretende responder são: como esse tipo de classificação é regulado e gerido nas FA brasileiras? Como isso ocorre tendo em vista a integralidade do processo, desde a habilitação das instituições classificadoras, passando pela atribuição, manutenção, reavaliação e desclassificação do sigilo, pelas formas de controle externo, até as possibilidades de eliminação de documentos já desclassificados?

Devido à sua missão precípua de defesa da pátria, instituições militares precisam gerar e gerir sigilos, dado que a doutrina militar envolve mobilização e emprego de tropas, estratégias para dissuasão, bem como exercícios na carta e de terreno para treinamento de pessoal via ações simuladas de combate; ou seja, geram informações sensíveis que não podem ser automaticamente tornadas públicas. Classificar uma informação como sigilosa é resguardar informações que, se expostas, prejudicariam a condução da política pública em questão e, no limite, comprometeriam a segurança daqueles que se pretende proteger (Colaresi, 2014; Rodrigues, 2020a).

Depreende-se disso que a classificação quanto ao sigilo realizada pelas FA, além de exceção ao princípio da transparência pública, é também um serviço prestado pelo Estado à sociedade.

1 Esta pesquisa é uma extensão da tese de doutorado da autora, a qual teve financiamento do programa Pró-Estratégia da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). É também fruto de dados coletados pela autora para a consultoria realizada em 2015 para a organização National Security Archive/Open Society Justice Initiative sobre o acesso civil a documentos militares no Brasil. Contou também com financiamento da bolsa Jovem Cientista do Nosso Estado 2021, da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj). A autora agradece aos pareceristas pelos comentários e aos entrevistados pela contribuição. Agradecimentos especiais também àqueles que revisaram as diversas versões deste artigo, a saber: Temístocles Murilo de Oliveira Jr. (Programa de Pós-graduação em Ciências Militares/Escola de Comando e Estado-Maior do Exército [PPGCM/ECEME]), Mariana Montez Carpes (Programa de Pós-Graduação em Ciências Militares/Escola de Comando e Estado-Maior do Exército [PPGCM/ECEME]) e Felipe Azedo Soares.

Como tal, deveria buscar efetividade e eficiência, evitando tanto a "sobreclassificação", que pode esconder ilegalidades, más decisões, bem como aumentar o ônus burocrático de se gerir tais informações, quanto a "subclassificação", que pode expor indevidamente tais informações sensíveis.

Boa parte do debate sobre as informações sigilosas na literatura brasileira teve como foco o acesso à informação como meio para um fim específico, relacionado ao direito à verdade e a uma possível revisão da Lei da Anistia (De Angelo, 2012; Fico, 2012; Lopes; Konrad, 2013; Cunha Filho, 2015; Souza, 2017). O tópico ganhou novo fôlego a partir do governo Bolsonaro, à medida que, ao designar militares da ativa e da reserva a postos-chave do Executivo federal, colocou as FA sob holofotes. Com isso, para além dos trabalhos de Hott (2005), Del Negri (2016), Rodrigues (2017a) e Cruz (2018), recentemente a área também tem debatido o tema sob uma perspectiva distinta, a da transparência da gestão do sigilo na atualidade, com vistas ao aumento de participação e à maior efetividade e controle da ação pública por parte dos cidadãos (Antunes, 2021; Cunha Filho, 2019; Cunha Filho; Antunes, 2021; Rodrigues, 2020a).

Observa-se que as instituições militares resistiram à aprovação da LAI em 2011, que regula o sigilo. A principal resistência girava em torno da continuidade da renovação ilimitada de classificações de sigilo, em especial no nível ultrassecreto; a qual foi vencida com um *lobby* forte da própria presidência, de organizações civis e de veículos jornalísticos (Rodrigues, 2020b). Sabe-se também que a classificação quanto ao sigilo é apenas uma das modalidades de um "regime de exceções de acesso" contido nas LAIs de diversos países (Article 19, 2016; OSJI, 2013; OEA, 2008). Há as exceções relativas a informações pessoais, informações de inteligência, informações sobre projetos de desenvolvimento tecnológico, sigilo judicial, entre outras, que em muitos casos se sobrepõem, nem sempre de forma clara.

Fato é que tais instituições fazem uso intenso do sigilo: de acordo com apuração feita em 2019, "entre junho de 2017 e maio de 2018, 73.281 documentos foram classificados" (Fiquem Sabendo, 2019a). Entre os 12 órgãos federais que mais classificam documentos como sigilosos estão o Comando da Marinha, em primeiro lugar, com mais de 77 mil documentos, e o Comando da Aeronáutica, em segundo lugar, com mais de 14 mil classificações (Cunha Filho; Antunes, 2021).

Para compreender a regulação e a gestão desse tipo de sigilo nas FA, o artigo utiliza análise documental da norma vigente, pedidos de informação por meio da LAI e análise de entrevistas. Dialoga com a regulamentação do sigilo em nível federal (leis, decretos, disposições do Gabinete de Segurança Institucional e do Ministério da Defesa [MD] que tenham incidência sobre as instituições militares) e com os documentos e processos dentro das instituições militares.

O artigo organiza-se da seguinte forma: para além desta introdução, a próxima seção apresenta um breve debate teórico sobre informações sigilosas no contexto das democracias; a segunda delineia os procedimentos metodológicos e de coleta de dados; a terceira traz o

contexto de emergência da legislação vigente; a quarta destrincha a legislação e o processo de gestão das informações sigilosas; e, por último, são apresentadas as conclusões.

1. Democracia, informações sigilosas e classificação de documentos

Em um contexto democrático em que a transparência é regra e o sigilo é exceção (Mendel, 2003), instituições que geram muitos segredos tendem a ser cada vez mais questionadas: "When transparency is prevalent, acts of secrecy are themselves suspicious" (Lord, 2006, p. 9). Como lidar com a necessidade de sigilo de forma consonante com a democracia, em especial, em um subsistema de política pública que a tem como componente estratégico, que é a Defesa Nacional?

Um mecanismo de controle dos segredos de Estado é a classificação de documentos em graus de sigilo. Sua lógica: o valor de uma informação pode ser perdido se esta tornar-se pública em momento inadequado. Contudo, o dano causado pela divulgação da informação tende a decrescer com o tempo, o que permite atribuir níveis de classificação de sigilo, com tempos distintos de restrição. Pressupõe-se que, após esse período, a informação pode se tornar pública sem prejuízos (Thompson, 1999; Rodrigues, 2017b). Diretrizes e *rankings* internacionais sugerem que nenhuma informação seria sensível o suficiente para ser eternamente sigilosa. O *Right to Information Rating,* por exemplo, sugere uma restrição máxima de 20 anos como parâmetro (Rti Rating, [*s.d.*]; OSJI, 2013).

Há, ainda, pesquisadores que argumentam que os segredos de Estado contêm, necessariamente, um potencial antidemocrático e antirrepublicano, já que essas informações "são não apenas desconhecidas, mas também desconhecíveis, ou seja, as pessoas nem ao menos sabem da existência de informações que desconhecem" (Cunha Filho; Antunes, 2020, p. 139), o que se denomina segredo profundo. Isso possibilitaria que, a despeito de uma regulação do sigilo, informações importantes continuassem a ser inacessíveis, sem que fosse possível verificar sua legitimidade democrática.

Essa constatação leva Sagar (2013) a afirmar que talvez o único mecanismo efetivo de controle de segredos de Estado seria o fortalecimento da legislação de proteção a denunciantes em caso de vazamento de dados. Apesar dessa visão, é comum a responsabilização de indivíduos pelos prejuízos causados por vazamentos. Nos Estados Unidos, por exemplo, já houve condenação de alguns jornalistas por isso (Schoenfeld, 2010). Em contraposição aos segredos profundos figurariam os segredos rasos, dos quais se sabe ao menos da existência (Cunha Filho, 2019).

Com isso, a próxima seção delineia os procedimentos metodológicos utilizados para compreender como a normativa brasileira desenha a gestão da classificação de informações sigilosas no Brasil e nas FA.

2. Procedimentos metodológicos

O presente artigo vale-se de análise documental da norma vigente, bem como da análise de cinco pedidos de informação e sete entrevistas. Na coleta de dados, buscou-se a identificação da normativa pertinente; a compreensão da própria normativa; e a percepção dos entrevistados em relação à letra e à prática da normativa. O Quadro 1 mostra a lista de entrevistados.

QUADRO 1 – **Lista de entrevistados**

IDENTIFICADOR	ANO	INSTITUIÇÃO	NOME/CARGO
ENTREVISTA 1	2015	ARQUIVO HISTÓRICO DO EXÉRCITO (AHEX)	MAJ. F. J. DA DIVISÃO DE HISTÓRIA E ACESSO À INFORMAÇÃO (DHAI)
ENTREVISTA 2	2015	DIRETORIA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E DOCUMENTAÇÃO DA MARINHA (DPHDM)	TENENTE V. ENTÃO ARQUIVISTA RESPONSÁVEL PELO SETOR DE CONSULTAS
ENTREVISTA 3	2015	COMISSÃO MISTA DAS ATIVIDADES DE INTELIGÊNCIA (CCAI)	M. M. ENTÃO SECRETÁRIO DA CCAI
ENTREVISTA 4	2015	CENTRO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO EXÉRCITO (CCOMSEX) – SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO (SIC)	CORONEL R1 A. ENTÃO CHEFE DO SERVIÇO DE ACESSO À INFORMAÇÃO (SIC-EB)
ENTREVISTA 5	2015	MINISTÉRIO DA DEFESA (MD) – SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO (SIC)	M. A. ENTÃO SECRETÁRIA DO COORDENADOR DO SIC
ENTREVISTA 6	2015	ARQUIVO NACIONAL – SEDE NO RIO DE JANEIRO	VITOR FONSECA, ESPECIALISTA EM GERENCIAMENTO DOS ARQUIVOS MILITARES ALOCADOS AO ARQUIVO NACIONAL; SILVIA ESTEVÃO, ARQUIVISTA, RESPONSÁVEL PELO SIC
ENTREVISTA 7	2022	MARINHA BRASILEIRA	OFICIAL SUPERIOR DA MARINHA BRASILEIRA QUE OPTOU POR NÃO SER IDENTIFICADO

Fonte: Elaboração própria.

Os entrevistados foram burocratas implicados no processo de classificação de informações sensíveis e imprescindíveis para a segurança do Estado e da sociedade, dentro das FA e

em instituições que estivessem implicadas na implementação e na formulação da legislação analisada. O Quadro 2 apresenta a relação de pedidos de informação via LAI realizados.

QUADRO 2 – **PEDIDOS DE INFORMAÇÃO REALIZADOS**

IDENTIFICADOR	ANO	CÓDIGO DO PEDIDO	INSTITUIÇÃO	RESUMO DO PEDIDO
PEDIDO 1	2015	08850.000271/ 2015-51	ARQUIVO NACIONAL	PERGUNTOU-SE SE O ARQUIVO NACIONAL TEM COMPETÊNCIA PARA INSPECIONAR ARQUIVOS MILITARES, AVALIAR A DESTRUIÇÃO DE DOCUMENTOS E DEMANDAR A TRANSFERÊNCIA DE ARQUIVOS MILITARES PARA O ARQUIVO NACIONAL.
PEDIDO 2	2015	00077.000098/ 2015-04	GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL	PERGUNTOU-SE SE O GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL POSSUI ALGUMA INGERÊNCIA SOBRE A CLASSIFICAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS NAS FORÇAS ARMADAS.
PEDIDO 3	2015	00077.000099/ 2015-41	GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL	PERGUNTOU-SE SOBRE AS ATIVIDADES DO NÚCLEO DE SEGURANÇA E CREDENCIAMENTO A RESPEITO DAS FORÇAS ARMADAS.
PEDIDO 4	2020	00137.015948/ 2020-76	GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL	SOLICITOU-SE A LISTA DE ÓRGÃOS PÚBLICOS QUE POSSUEM ACREDITAÇÃO PARA CLASSIFICAR DOCUMENTOS NOS NÍVEIS 1 E 2.
PEDIDO 5	2020	60141.000661/ 2021-95	COMANDO DA AERONÁUTICA	SOLICITOU-SE A ÚLTIMA VERSÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA RELATIVA À SALVAGUARDA DE DOCUMENTOS SIGILOSOS.

Fonte: Elaboração própria.

Parte das entrevistas e dos pedidos de informação foi realizada em 2015, para pesquisa de consultoria não publicada, a qual foi atualizada por meio de análise adicional. Buscou-se realizar entrevistas adicionais, no ano de 2022, o que foi feito com a Marinha. Não se encontrou militares do Exército ou da Aeronáutica dispostos a conceder entrevistas.

3. Antecedentes da atual legislação sobre informações sigilosas no Brasil

O caso brasileiro ilustra a tensão entre instituições militares e leis de transparência. Tanto Rodrigues (2020b) quanto Cunha Filho (2019) identificam o envolvimento de instituições ligadas à Defesa Nacional na resistência ao projeto de lei que se tornou, posteriormente, a LAI. O debate sobre a regulação de informações sigilosas tornou-se vórtice de atenções de ambos os lados a partir de 2002, quando o então presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) assinou um decreto que autorizava a reclassificação de documentos por um número indefinido de vezes (Hott, 2005; Rodrigues, 2020b). Antes desse decreto, conhecido como "decreto do sigilo eterno", vigorava o chamado "decreto de acesso" (Decreto n. 2.134/1997 [Brasil, 1997]), cujo conteúdo inaugurou alguns (mas ainda insuficientes) procedimentos de acesso a informações produzidas pelo Estado.

No governo de Luís Inácio Lula da Silva (2003-2011), diante de reações da base governista, o presidente outorgou medida provisória que se tornaria a Lei n. 11.111/2005 (Brasil, 2005), que persistia na renovação ilimitada de classificações de sigilo. Somente em 2009 Lula apresentou à Câmara dos Deputados uma proposta de lei mais progressista; tal proposta deu origem à Lei n. 12.527/2011 (Brasil, 2011a), chamada de LAI, aprovada no governo de Dilma Rousseff (2011-2016) (Angélico, 2012; Rodrigues, 2020b).

A partir da LAI lançaram-se os Decretos n. 7.724/2012 (Brasil, 2012a) e n. 7.845/2012 (Brasil, 2012b). O primeiro traz a regulamentação direta da LAI, cuja última atualização realizou-se em 2023; o segundo versa especificamente sobre o credenciamento e a gestão de documentos classificados como sigilosos ou de acesso restrito. Com base nessa regulamentação, as FA puderam gerar ou atualizar suas portarias internas com determinações sobre o tema, como as instruções gerais da Marinha ((EMA-414/2013 [Brasil, 2013a]), do Exército (IGSAS/2014 [Brasil, 2014a]) e da Aeronáutica (ICA 205-47/2015 [Brasil, 2015a]). O Quadro 3 traz a legislação considerada neste artigo.

QUADRO 3 – **Legislação vigente em 2023 sobre a classificação de documentos na esfera federal e nas FA brasileiras**

NORMATIVA E DATA	NOME OU DESCRIÇÃO	ABRANGÊNCIA
LEI N. 12.527 (2011)	LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LAI)	OS TRÊS PODERES, ESFERAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL
DECRETO N. 7.724 (2012), ATUALIZADO EM 2023	DECRETO REGULAMENTADOR DA LAI	PODER EXECUTIVO FEDERAL

(continua)

NORMATIVA E DATA	NOME OU DESCRIÇÃO	ABRANGÊNCIA
DECRETO N. 7.845 (2012)	REGULAMENTA PROCEDIMENTOS PARA CREDENCIAMENTO DE SEGURANÇA E TRATAMENTO DE INFORMAÇÃO CLASSIFICADA EM QUALQUER GRAU DE SIGILO, E DISPÕE SOBRE O NÚCLEO DE SEGURANÇA E CREDENCIAMENTO	PODER EXECUTIVO FEDERAL
LEI N. 8.159 (1991)	LEI DE ARQUIVOS PÚBLICOS E PRIVADOS	OS TRÊS PODERES, ESFERAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL
RESOLUÇÃO N. 40 (2014)	DISPÕE SOBRE OS PROCEDIMENTOS PARA A ELIMINAÇÃO DE DOCUMENTOS NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS E DAS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA NACIONAL DE ARQUIVOS (SINAR)	OS TRÊS PODERES, ESFERAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL
PORTARIA N. 154 DO MINISTÉRIO DA DEFESA (2013)	CÓDIGO DE CLASSIFICAÇÃO E TABELA DE TEMPORALIDADE E DESTINAÇÃO DE DOCUMENTOS DE ARQUIVOS RELATIVOS ÀS ATIVIDADES-FIM DO MINISTÉRIO DA DEFESA	MINISTÉRIO DA DEFESA, COMANDO DO EXÉRCITO, COMANDO DA AERONÁUTICA, COMANDO DA MARINHA
PORTARIA DO COMANDANTE DO EXÉRCITO N. 1.067 (2014)	INSTRUÇÃO GERAL PARA SALVAGUARDA DE ASSUNTOS SIGILOSOS (IGSAS) (EB10-IG-01.012)	COMANDO DO EXÉRCITO
PORTARIA DO COMANDO DO EXÉRCITO N. 1.702 (2019)	INSTRUÇÕES GERAIS PARA AVALIAÇÃO DE DOCUMENTOS DO EXÉRCITO (EB10-IG-01.012), 3ª EDIÇÃO	COMANDO DO EXÉRCITO
PORTARIA DO COMANDO DO EXÉRCITO N. 012 (2015)	INSTRUÇÕES GERAIS PARA AVALIAÇÃO E CONTROLE DE DOCUMENTOS CLASSIFICADOS (IGACDC) (EB10-IG-01.015)	COMANDO DO EXÉRCITO
SEM INDICAÇÃO DE PORTARIA. PUBLICADO EM 2013	EMA-414 – NORMAS PARA A SALVAGUARDA DE MATERIAIS CONTROLADOS, INFORMAÇÕES, DOCUMENTOS E MATERIAIS SIGILOSOS NA MARINHA (1ª REVISÃO)	COMANDO DA MARINHA
SEM INDICAÇÃO DE PORTARIA. PUBLICADO EM 2018	NORMAS SOBRE DOCUMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA E ARQUIVAMENTO NA MARINHA (NODAM) (SGM-105/2018) (5ª REVISÃO)	COMANDO DA MARINHA
PORTARIA DO COMANDANTE DA AERONÁUTICA N. 1869/GC3 (2015)	INSTRUÇÃO PARA SALVAGUARDA DE ASSUNTOS SIGILOSOS (ISAS)	COMANDO DA AERONÁUTICA
PORTARIA DO COMANDANTE DA AERONÁUTICA N. 1.180/GC3 (2013)	ICA 200-12 – AVALIAÇÃO DE DOCUMENTOS CLASSIFICADOS NO COMANDO DA AERONÁUTICA	COMANDO DA AERONÁUTICA
PORTARIA COMGEP N. 188/ALE (2021)	NSCA 214-1/2021 – GESTÃO DE DOCUMENTOS DE ARQUIVO NO ÂMBITO DO COMAER	COMANDO DA AERONÁUTICA
PORTARIA COMGEP N. 1.024/ CPADAER (2011)	ICA 214-3 – AVALIAÇÃO DE DOCUMENTOS DE ARQUIVO	COMANDO DA AERONÁUTICA

Fonte: Elaboração própria.

A LAI não tem precedência sobre outras legislações que regulam sigilo. De acordo com o Entrevistado 5 do MD, em 2015, a LAI está "ao lado" de outras legislações, não necessariamente em consonância com todos os aspectos. De fato, o art. 22 da LAI (Brasil, 2011) estipula que a lei não regula restrições como as de confidencialidade fiscal, segredo industrial, entre outras. Alguns tipos particulares de restrição também têm sido o foco de diversos questionamentos por parte da mídia e de organizações da sociedade civil, uma vez que não são claramente regulados, como é o caso das informações pessoais e das informações de inteligência. As informações sigilosas, por sua vez, têm como legislação principal a LAI e os decretos de 2012, que estipulam tempos-limite de retenção de documentos e os procedimentos para contestação e revisão de classificação – mesmo mantendo diversas ambiguidades. A próxima seção traz um retrato esmiuçado desse processo.

4. Regulamentação e gestão de informações classificadas como sigilosas no Brasil

Esta seção tem como objetivo analisar a legislação vigente que permeia a classificação de documentos como sigilosos pelo Estado, sob a justificativa de serem imprescindíveis para a segurança do Estado e da sociedade, no âmbito das instituições militares do país. A análise dialoga com a regulamentação dos segredos de Estado em nível federal (leis, decretos, disposições do Gabinete de Segurança Institucional [GSI] e do MD, desde que tenham incidência sobre as instituições militares) e com a regulamentação específica das FA.

Analisa-se todo o ciclo de classificação quanto ao sigilo: (1) habilitação de instituições; (2) regras básicas: níveis, autoridades e motivos; (3) processo de classificação e gestão interna; (4) transparência e controle de documentos classificados; (5) reavaliação, reclassificação e desclassificação de documentos; e (6) eliminação, arquivamento e publicização de documentos desclassificados.

4.1. Habilitação de instituições

A LAI e o Decreto n. 7.845/2012 (Brasil, 2012b) estabelecem a criação de um Núcleo de Segurança e Credenciamento (NSC) dentro do GSI, responsável por acreditar instituições com necessidade de lidar com documentos restritos. Para que um servidor ou cidadão em exercício de cargo público possa atribuir grau de sigilo a uma instituição, esta deve ser habilitada pelo NSC. Há dois níveis de acreditação de instituições, o nível um e o nível dois. São seis os órgãos do governo federal habilitados no nível um: GSI; MD; Ministério das Relações Exteriores (MRE); Casa Civil da Presidência da República (CC-PR); Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP); e Controladoria-Geral da União (CGU) (pedidos de informação 3 e 5). De acordo com o Decreto n. 7.845/2012, art. 3º, V e VI (Brasil, 2012b), o NSC tem poder de monitorar e inspecionar quaisquer atividades das instituições acreditadas – dispositivo que não é, de fato, utilizado, de acordo com os Entrevistados 1 e 2.

A habilitação de nível dois é concedida pelo órgão habilitado no nível um, não tendo o GSI controle sobre a subsequente concessão dessas habilitações. Cada Força obtém habilitação para classificar por meio da habilitação do MD e, em cada uma delas, há normas específicas para regular o processo de classificação. O documento que as estabelece no Exército é a Instrução Geral para Salvaguarda de Assuntos Sigilosos (IGSAS), aprovada pela Portaria do Comandante do Exército n. 1.067, de 2014 (Brasil, 2014a) (Entrevista 4); na Marinha, é o EMA-414 – publicado em 2005 e revisto em 2013 (Brasil, 2013); e na Força Aérea é a Instrução para a Salvaguarda de Assuntos Sigilosos da Aeronáutica (ISAS), aprovada pela Portaria n. 1869/GC3, de 2015 (Brasil, 2015a). Quem tem o poder de atualizar portarias e instruções normativas relacionadas à classificação e desclassificação de documentos é apenas o comandante de cada uma das Forças.

4.2. Regras básicas: níveis, autoridades e motivos

A principal legislação que determina regras para a classificação de documentos quanto ao nível de sigilo no Brasil é a LAI. Antes dela, o Brasil contava com quatro níveis distintos: restrito (5 anos), confidencial (10 anos), secreto (15 anos) e ultrassecreto (25 anos) (Lei n. 11.111/2005 [Brasil, 2005]). A decisão pela extinção do nível confidencial teve o intuito de reduzir o número de documentos classificados, obrigando as burocracias a "reclassificarem para baixo" (Entrevistado 1), ou seja, de 10 para 5 anos.

O art. 23 da LAI delineia as motivações pelas quais se pode classificar documentos. Os tópicos são:

> Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:
> **I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional**;
> II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, **ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais**;
> III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
> IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
> **V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas**;
> **VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional**;
> VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
> **VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação**

> **ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações** (Brasil, 2011, grifo nosso).

Nos documentos analisados não há tipos de informação que devam ser classificados *a priori* – o que é um ponto positivo em comparação a leis que classificam automaticamente determinados tipos de documentos ou informações (Mendel, 2008).

De acordo com os Entrevistados 1, 2 e 7, a classificação depende em muito da discricionariedade da autoridade classificadora. O Entrevistado 7 afirma que a decisão é discricionária porque não só critérios técnicos são levados em consideração, mas também os políticos: há o cuidado de não disponibilizar informações que possam "macular a imagem" da instituição ou da Defesa Nacional. O Entrevistado 1 afirmou que antes da LAI era mais fácil classificar documentos, visto que as regras para se conceder credenciais de classificação eram mais flexíveis. A LAI criou novos processos burocráticos, gerando acúmulo de trabalho para os chefes de Organizações Militares (OMs). Como resultado, há mais documentos classificados no nível mais baixo de sigilo (nível reservado).

As instruções normativas das FA são mais específicas em relação à LAI quanto aos tipos de informação a serem classificados em cada um dos níveis de sigilo. A redação da IGSAS/2014 (Exército), EMA-414/2013 (Marinha) e ICA 205-47/2015 (Aeronáutica) é similar. De acordo com esses documentos, os *tipos de informação* que devem ser classificados como *ultrassecretos* são: informações que possam pôr em risco a soberania e a integridade territorial nacionais; os planos e as operações militares; as relações do país com outros países; os projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico de interesse da defesa nacional; e os programas e os planos econômicos.

No nível *secreto* de classificação, entram os seguintes tópicos: sistemas, instalações, programas, projetos, planos ou operações de interesse da Defesa Nacional; questões relacionadas à diplomacia e à inteligência, planos e seus detalhes, bem como programas e instalações estratégicas. Já no nível *reservado*, figuram: objetivos de interesse do Poder Executivo, objetivos e atividades da Força ou do comandante da Força, que possam comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização de infrações, bem como informações que possam colocar em risco a segurança do presidente, vice-presidente e respectivos filhos e cônjuges.

Há informações que não são passíveis de classificação, mas podem ter seu acesso restrito de outras maneiras (art. 22 da LAI [Brasil, 2011]). A LAI também estipula que quaisquer documentos que comprovem violação de direitos humanos não podem ser mantidos sob sigilo em hipótese alguma (art. 21, parágrafo único [Brasil, 2011]) – apesar de não estabelecer mecanismos claros de averiguação.

A classificação geralmente é feita na ocasião da criação do documento. Contudo, e conforme os resultados de pesquisa de Cunha Filho e Antunes (2020), há casos de recursos de pedidos de informação que, ao chegarem à CGU, tiveram os documentos em questão classificados

tardiamente, visto que somente por meio da provocação é que a entidade classificadora percebeu o documento como sensível. Isso é evidência de uma subclassificação de documentos.

Ao atribuir o grau de sigilo, gera-se um Termo de Classificação de Informação (TCI), documento que explica o motivo da classificação. Antes, o TCI ganhava o mesmo nível de sigilo da informação classificada, impossibilitando conhecer a motivação da classificação durante sua vigência. Contudo, o Decreto n. 11.527/2023 (Brasil, 2023b) inovou ao estipular mudanças na redação do Decreto n. 7.724/2012, adicionando a necessidade de se registrar no TCI "a descrição de elementos mínimos que permitam a identificação do tema de que se trata a classificação" (Brasil, 2012a), restringindo os chamados "segredos profundos".

A classificação *ultrassecreta* pode ser atribuída pelo presidente, pelo vice-presidente, pelos ministros de Estado e pelas autoridades com as mesmas prerrogativas, por comandantes da Marinha, da Aeronáutica e do Exército, e por diretores de missões diplomáticas no exterior. Essas classificações devem ser informadas dentro de 30 dias ao MD, à Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI) e à CGU.

A classificação *secreta* pode ser concedida a documentos pelas autoridades mencionadas para a classificação ultrassecreta e por diretores de autarquias do Estado, fundações, empresas públicas e corporações semipúblicas, conforme estipulado pela própria LAI.

Já a classificação de nível *reservado* pode ser determinada pelas autoridades mencionadas nos níveis ultrassecreto e secreto e por servidores que exercem atividades de direção, comando de chefias ou hierarquia equivalente. É obrigatório que o classificador dê ciência da classificação ao comandante da Força em um prazo de 90 dias e é vedada a subdelegação da capacidade de classificar na Marinha e na Aeronáutica.

Quanto à delegação da autoridade para classificar, isso é possível na LAI para os níveis ultrassecreto e secreto, que "poderá ser delegada pela autoridade responsável a agente público, inclusive em missão no exterior" (art. 27, § 1º [Brasil, 2011]). Entretanto, o Decreto n. 7.724/2012 é categórico na vedação dessa delegação em seu art. 30, § 1º, para os graus de sigilo ultrassecreto e secreto. A interpretação das instruções normativas das FA seguiu o estipulado pelo decreto, sem menção à disposição do art. 27 da LAI (Brasil, 2011). As classificações ultrassecretas e secretas são competência de um número reduzido de oficiais (Entrevistado 7), o que gera morosidade no processo devido a um acúmulo de funções nesses postos.

A LAI é silente sobre a delegação de autoridade de classificação no nível reservado, mas o Decreto n. 7.724/2012 autoriza a delegação (art. 30, § 2º [Brasil, 2012a]), fazendo-a possível ao dirigente máximo da instituição a "agente público que exerça função de direção, comando ou chefia". Exército e Aeronáutica, apesar do estipulado no decreto regulamentador da LAI, vedam a delegação nesse nível. Na Marinha, é facultada àqueles com credenciais para classificar no nível reservado a delegação para ocupantes de cargos de assessoramento superior e assistência imediata ao comandante da Marinha, bem como oficiais e servidores civis em função de chefia, comando ou direção. Em todos os casos é vedada a subdelegação.

4.3. Gestão interna do documento classificado com grau de sigilo

Como mencionado anteriormente, no ato da classificação é gerado o TCI, que contém as seguintes informações (art. 31 do Decreto n. 7.724/2012 [Brasil, 2012a], atualizado em 2023): código de indexação de documento; grau de sigilo; categoria na qual se enquadra a informação; tipo de documento; data da produção do documento; indicação de dispositivo legal que fundamenta a classificação; razões da classificação; assunto a que se refere a classificação (escrito de forma a ser publicizado), indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final; data da classificação; e identificação da autoridade que classificou a informação. O autor da classificação pode ser rastreado via TCI.

Quando um documento é classificado como sigiloso, gera-se uma lista de pessoas e instituições com *necessidade de conhecer* o documento, o que é feito por meio do sistema interno de gestão de documentos de cada uma das Forças (Entrevistado 7; ENAP, 2018). Nas instruções normativas das FA, a necessidade de conhecer é definida como "condição pessoal, inerente ao efetivo exercício de cargo, da função, do emprego ou da atividade, indispensável para que uma pessoa tenha acesso à informação classificada ou sob restrição de acesso" (Brasil, 2014a, art. 2º, XI).

A necessidade de conhecer é critério fundamental para se ter acesso a um documento classificado, ou seja, um oficial pode ter credenciais de segurança que o habilitam a ter acesso a documentos classificados como secretos e ultrassecretos, mas tal habilitação não dá acesso automático a todos os documentos classificados nesses níveis – ambas as condições devem ser preenchidas. No caso de necessidade de acesso a documentos classificados por parte de órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas da União (TCU), registram-se os nomes dos auditores que terão acesso aos documentos, para controle e possível responsabilização por uso indevido das informações (Entrevistado 7).

Para o compartilhamento de dados sigilosos, a rede utilizada é a Rede Mercúrio – a mesma para as três Forças. Para os demais documentos, cada uma das FA tem seu próprio sistema: o da Marinha é o Sistema de Gerência de Documentos Eletrônicos da Marinha (SiGDEM); o do Exército é o Sistema de Protocolo Eletrônico de Documentos (SPED); e o da Aeronáutica é o Sistema Informatizado de Gestão Arquivística de Documentos da Aeronáutica (SIGADAER) (Martins, 2020). As FA não usam o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do governo federal (Entrevistado 7), visando à segurança informacional nos casos de potencial subclassificação de documentos.

A cada órgão ou entidade é facultada a criação de uma Comissão Permanente de Avaliação de Documentos Sigilosos (CPADS) (art. 34 do Decreto n. 7.724/2012 [Brasil, 2012a]). É permitido que essas comissões criem subcomissões e para a sua formação deverá haver designação formal do presidente da comissão, de membros e suplentes, estipulando responsabilidades, atuação e periodicidade de reuniões. As CPADSs não classificam informações, mas assessoram as autoridades classificadoras quanto à desclassificação, reclassificação ou classificação de documentos em todos os graus de sigilo. Ainda, preocupam-se com o resguardo

arquivístico dos documentos, que devem seguir a Tabela de Temporalidade do MD. As CPADSs devem atuar em consonância com a comissão responsável pelos arquivos, a chamada Comissão Permanente de Avaliação de Documentos (CPAD), instituída pelo Decreto n. 4.073/2002 (Brasil, 2002) (ENAP, 2018).

A Aeronáutica possui documento que detalha as atividades das CPADSs – a ICA 200-12/2013 (Brasil 2013b) –, que determina os chefes de quais OMs poderão constituir as comissões. Estipula-se uma estrutura mínima para elas, com um oficial superior com posto de coronel para a presidir, dois oficiais superiores como membros e dois graduados para atuar como auxiliares, dando-se preferência na composição para o chefe do arquivo geral e o chefe do setor de inteligência da OM na qual a comissão será criada.

O documento estabelece ainda as principais competências das CPADSs, nas quais se incluem avaliações periódicas semestrais dos documentos, sempre nos meses de abril e outubro, para aqueles documentos cuja classificação se encontra próxima da expiração. A partir dessa avaliação, a comissão sugere a renovação de classificação, reclassificação ou desclassificação; supervisiona as subcomissões de organizações militares subordinadas; e elabora a lista de documentos classificados e desclassificados que comporá a transparência ativa da seção da LAI no *site* da Força Aérea. As *subcomissões* devem ser compostas também de uma estrutura mínima, que conte com um oficial superior como presidente e, quando possível, dois oficiais intermediários como membros e um graduado como auxiliar (ICA).

As CPADSs da Aeronáutica enviam seus relatórios de avaliação de documentos sigilosos para os comandantes, chefes, secretários ou diretores das organizações militares, os quais devem ser homologados por tais autoridades. Quando desclassificados, os documentos são enviados às Subcomissões Permanentes de Avaliação de Documentos da Aeronáutica (SPADAERs), que aplicam a Tabela de Temporalidade arquivística. No caso de documentos com informações pessoais, apesar da desclassificação, a instrução prevê o prosseguimento da restrição de acesso "por até 100 anos".

No Exército, as competências das CPADSs são as mesmas, mas há diferenças nos requisitos de sua composição, de acordo com as Instruções Gerais para Avaliação e Controle de Documentos Classificados (IGACDC) (EB10-IG-01.015). No documento, determina-se a localização da CPADS dentro do Centro de Inteligência do Exército (CIE), estipulando-se que essas comissões devem contar com um coronel do CIE na presidência; um coronel ou tenente-coronel do mesmo centro como primeiro membro; e um coronel ou tenente-coronel do Estado-Maior do Exército como segundo membro (art. 6º da Instrução Normativa [Brasil, 2015b]).

Diferentemente da Força Aérea, o Exército estabelece diferentes níveis hierárquicos para suas subcomissões de avaliação e controle de documentos classificados (art. 8º [Brasil, 2015b]). No nível "A", figuram as subcomissões das seguintes organizações: Estado-Maior do Exército, órgãos de assistência direta e imediata ao comandante do Exército, órgãos de direção setorial e comandos militares de área. No nível "B", figuram as divisões de Exército, regiões militares, grupamentos de engenharia e grupamentos logísticos, diretorias, centros,

estabelecimentos de ensino e institutos diretamente subordinados aos órgãos de direção setorial. Já no nível "C", incluem-se brigadas, artilharias divisionárias, comando de aviação do Exército, comando de operações especiais, comando de artilharia do Exército, base de apoio logístico do Exército, estabelecimentos de ensino não diretamente subordinados aos órgãos setoriais de direção, unidades e subunidades independentes. De acordo com o nível da subcomissão, diferentes critérios de composição são estabelecidos (art. 9º [Brasil, 2015b]), sendo vedada a participação de oficiais ou sargentos temporários.

Há, ainda, um calendário de atividades que inclui a listagem de documentos classificados nos três níveis até dia 1º de abril de cada ano; a reavaliação e a desclassificação de documentos até 1º de maio pelas subcomissões; o envio do rol de documentos reavaliados e desclassificados para o Estado-Maior do Exército até dia 15 de maio pela comissão (Anexo F do IGACDC).

Na Marinha, o detalhamento sobre a atuação das CPADSs encontra-se na EMA-414 e, tangencialmente, nas Normas sobre Documentação Administrativa e Arquivamento na Marinha (NODAM) (SGM-105/2018). O primeiro documento estipula (cap. 5) que a CPADSM deverá ser constituída por um oficial-general na presidência e por dois membros que sejam oficiais superiores do Estado-Maior. A CPADSM é responsável por responder a recursos de 1ª instância relativos a informações sigilosas. De acordo com o Entrevistado 7, a atuação das CPADSMs foi facilitada pela informatização da gestão de documentos.

As subcomissões, por sua vez, podem ser criadas

> a) pelos titulares dos Órgãos de Direção Setorial, nas suas áreas de atuação; b) pelo Vice-Chefe do Estado-Maior da Armada, no âmbito do Órgão de Direção Geral e OM subordinadas; e c) pelo Chefe de Gabinete do Comandante da Marinha, no âmbito dos órgãos de assessoramento e vinculados, dos Conselhos e Comissões do Comandante da Marinha e do Almirantado (Brasil, 2013a).

Quando uma OM possui documentos classificados como sigilosos, surge a necessidade de se criar ambientes de acesso restrito que resguardem o conteúdo dos documentos. Para sua guarda em meio eletrônico, é obrigatório o uso de recursos criptográficos e, no caso de documentos não eletrônicos, meios e equipamentos que promovam sua segurança, com pequenas variações de procedimento de acordo com o nível de classificação.

4.4. Transparência vertical e controle externo

Nesta seção cabe destacar dois aspectos importantes dos sistemas de classificação de documentos em ambientes democráticos: a transparência vertical, voltada para a sociedade como um todo; e o controle externo, que tem como pilares a transparência e a *accountability* horizontais (Hood; Heald, 2006). Quanto menor for a possibilidade de transparência vertical, maior é a necessidade de transparência horizontal para que um sistema de classificação de documentos ganhe legitimidade democrática (Rodrigues, 2020a).

No sentido da transparência vertical, art. 30, I, da LAI (Brasil, 2011) determina a publicação anual de uma lista com todos os documentos classificados e desclassificados em cada um dos órgãos federais. Essa publicização restringe-se a algumas poucas informações constantes no Código de Indexação de Documento que contém Informação Classificada (CIDIC) (arts. 50 a 52 do Decreto n. 7.845/2012 [Brasil, 2012b]).

As informações contidas no CIDIC são as seguintes: Número Único de Protocolo (NUP), que é o que resta do CIDIC quando o documento é desclassificado; indicação de grau de sigilo, sendo "U" para ultrassecreto, "S" para secreto e "R" para reservado, em vermelho; código com a categoria relativa que, para a Defesa Nacional, é a categoria 5; data da produção da informação classificada; data de desclassificação da informação; indicação de reclassificação do documento, assinalada com um "S" para positivo e "N" para negativo; e, no caso de renovação da classificação, data prevista de desclassificação.

Quanto à transparência e à *accountability* horizontais, dois atores se destacam: a CGU e a CMRI. O questionamento de classificação de documentos pela via judicial não é prática comum no Brasil, apesar de o ser nos Estados Unidos – país este em que é recorrente a decisão favorável ao sigilo pelo Judiciário (Cunha Filho; Antunes, 2020; Sagar, 2013). Ademais, mesmo sendo o GSI o responsável por fornecer credenciais de classificação a outros órgãos (conforme seção 4.1), ele não controla a classificação de documentos em cada uma das forças ou dentro do MD (pedido de informação 2).

A CMRI é criada no art. 35, § 1º, da LAI (Brasil, 2011), como órgão colegiado interministerial, com o poder de estabelecer orientações legais, criando jurisprudência para futuras decisões da comissão. Essa comissão é a última instância de recursos diante de negativas de acesso a pedidos feitos via LAI; é responsável por decidir sobre a desclassificação de sigilo de documentos; e revisa a classificação do sigilo ultrassecreto, independentemente do autor da classificação (A última palavra [...], 2020).

O art. 46 do Decreto n. 7.724/2012 (Brasil, 2012a), com alterações advindas do Decreto n. 11.489/2023 (Brasil, 2023a), determina como composição da comissão um representante de cada uma das seguintes instituições: Casa Civil (que preside a comissão), Advocacia-Geral da União, CGU, GSI, MD, Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, Ministério da Fazenda, Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, MJSP e MRE.

A CMRI tem sido requisitada no provimento de decisões sobre a classificação de documentos e pode obter acesso integral aos documentos quando o TCI não provê informações suficientes para embasar a decisão. Contudo, para além de instância recursal, a CMRI possui prerrogativa exclusiva na determinação da renovação de um documento ultrassecreto (ENAP, 2018).

4.5. Reavaliação, reclassificação e desclassificação de sigilo

Quando se reavalia a classificação de sigilo de um documento, pode-se: (1) reclassificar o documento no mesmo nível de sigilo; (2) reclassificar o documento em um nível inferior (nunca superior) de sigilo; ou (3) desclassificar o documento.

Somente informações classificadas primariamente como ultrassecretas podem ser reclassificadas no mesmo nível de sigilo (art. 35, § 2º, da LAI [Brasil, 2011] e art. 47 do Decreto n. 7.724/2012 [Brasil, 2012a]). A CMRI possui prerrogativa exclusiva na determinação da renovação de classificação de documentos ultrassecretos. Já na reclassificação de documento em nível de sigilo inferior (Decreto n. 7.724/2012, art. 35 [Brasil, 2012a]), as classificações nos níveis secreto e reservado não podem ser renovadas no mesmo nível de sigilo, tendo a reavaliação o objetivo de diminuir o grau de sigilo ou desclassificar o documento.

A periodicidade da análise de documentos sigilosos nos níveis ultrassecreto e secreto é definida no art. 35 da LAI (§ 3º): "A revisão de ofício [...] deverá ocorrer, no máximo, a cada 4 (quatro) anos, após a reavaliação prevista no art. 39 [...]" (Brasil, 2011).

A partir dessas regras, o tempo máximo de classificação permitido pela legislação brasileira é de 50 anos para informações classificadas como ultrassecretas, e renovadas no mesmo nível de classificação. Para documentos originalmente classificados como secretos, o tempo máximo é de uma renovação para o nível reservado, ou seja, 20 anos (15 anos como secreto e mais 5 anos como reservado). O Quadro 4 traz projeções de desclassificação para documentos sigilosos a partir de 1975.

QUADRO 4 – **PROJEÇÕES DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA DOCUMENTOS CLASSIFICADOS A PARTIR DE 1975**

CLASSIFICADO INICIALMENTE COMO	ANO DE CLASSIFICAÇÃO	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010	2015	2020
ULTRASSECRETOS	*SEM RENOV.*	2000	2005	2010	2015	2020	2025	2030	2035	2040	2045
	RECLASS. R	2005	2010	2015	2020	2025	2030	2035	2040	2045	2050
	RECLASS. S	2015	2020	2025	2030	2035	2040	2045	2050	2055	2060
	RENOV. U	2025	2030	2035	2040	2045	2050	2055	2060	2065	2070
SECRETOS	*SEM RENOV.*	1990	1995	2000	2005	2010	2015	2020	2025	2030	2035
	RECLASS. R	1995	2000	2005	2010	2015	2020	2025	2030	2035	2040
RESERVADOS	*SEM RECLASS.*	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010	2015	2020	2025

LEGENDA: U = ULTRASSECRETO; S = SECRETO; R = RESERVADO; RENOV. = RENOVAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO; EM CINZA = INFORMAÇÕES DE ACESSO AINDA RESTRITO AO PÚBLICO NOS ANOS DE CLASSIFICAÇÃO INDICADOS, CONSIDERADO O ANO DE PUBLICAÇÃO DO PRESENTE ARTIGO.

Fonte: Elaboração própria.

Há em cada uma das FA orientações adicionais acerca da desclassificação quanto ao sigilo, nos já mencionados documentos: IGSAS (Exército), EMA-414 (Marinha) e ISAS (Força Aérea). Nesses documentos, estipula-se que os originais classificados nos graus de sigilo secreto e ultrassecreto são de guarda permanente, não podendo ser eliminados; diferentemente dos documentos classificados como reservados, que podem ser eliminados caso não possuam valor para consulta posterior. O parágrafo único do art. 47 do Decreto n. 7.724/2012 (Brasil, 2012a) também determina uma desclassificação automática de documentos caso essa revisão não ocorra.

Qualquer cidadão, via provocação, e a própria CMRI, via ofício, podem pedir a revisão da classificação quanto ao sigilo de um documento (art. 29 da Lei n. 12.527/2011 e art. 36 do Decreto n. 7.724/2012). O art. 19, II, do Decreto n. 7.724 estipula que os "órgãos e entidades disponibilizarão formulário padrão para apresentação de recurso e de pedido de desclassificação" (Brasil, 2012a). O art. 17 da Lei n. 12.527/2011 (Brasil, 2011) e o art. 37 do Decreto n. 7.724/2012 (Brasil, 2012a) trazem especificidades no que tange a esse processo nas instituições militares.

No caso das FA, envia-se pedido de reavaliação de classificação primeiro à autoridade classificadora, que tem um prazo de 30 dias para responder (ICA 205-47/2015). Negado o acesso, o requerente pode encaminhar recurso, no prazo de 10 dias a contar da resposta, para o comandante da Força; persistindo a negativa, pode-se encaminhar recurso ao MD, que possui mais 30 dias para responder. Diante de outra negativa, resta apresentar recurso à CMRI em até 10 dias a partir da decisão do MD.

Esse processo não se confunde com os pedidos de informação nas plataformas da LAI. Quando um cidadão requer informações via LAI e considera a resposta insuficiente, há três instâncias recursais disponíveis: a autoridade superior do órgão, a CGU e a CMRI. Quando do prosseguimento do recurso pelo cidadão até a CGU, o órgão só dá prosseguimento à petição se "a decisão de negativa de acesso à informação total ou parcialmente classificada como sigilosa não indicar a autoridade classificadora ou a hierarquicamente superior a quem possa ser dirigido pedido de acesso ou desclassificação" (art. 16, parágrafo II da LAI [Brasil, 2011]) e quando "os procedimentos de classificação de informação sigilosa estabelecidos nesta Lei não tiverem sido observados" (art. 16, III, da LAI [Brasil, 2011]).

Se os procedimentos de classificação estiverem corretos, a CGU encerra, sem análise de mérito, o processo dentro do canal de comunicação na plataforma Fala.Br, já que o órgão não tem competência para reavaliar documentos classificados como sigilosos (art. 52 da Lei n. 9.784/1999 [Brasil, 1999],[2] subsidiariamente aplicado diante do art. 75 do Decreto n. 7.724/2012 [Brasil, 2012a]). Nesses casos, deverá ser indicado o envio dos formulários de pedido de desclassificação no processo descrito anteriormente (ENAP, 2018).

2 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

No entanto, Cunha Filho e Antunes (2020) mostram que na tramitação regular de pedidos de informação via LAI há casos em que a CGU decide pela disponibilização de informações sigilosas. "Os dados permitem afirmar que a CGU emite decisão ordenando a divulgação de informações em aproximadamente um quarto das ocasiões em que se depara com o tema da classificação de informações" (Cunha Filho; Antunes, 2020, p. 143). A CGU age somente em casos de erros crassos, como ausência de competência para classificar ou embasamento insuficiente.

Sobre a atuação da CMRI na revisão de pedidos de revisão de classificação de sigilo, Cunha Filho e Antunes (2020, p. 142) apontam que, "das 3.416 decisões tomadas pela CMRI desde a sua instauração, em 2012, até o final do período de coleta de dados, em maio de 2020, apenas em 84 ocasiões (ou seja, em 2,5% das ocasiões) a comissão reverteu, parcial ou totalmente, decisões de órgãos do Executivo", evidência de um alinhamento com as classificações primárias dos órgãos.

Ademais, quaisquer modificações na classificação devem ser registradas no TCI (art. 31 do Decreto n. 7.724/2012 [Brasil, 2012a]) provisão também presente nas normativas das FA.

4.6. Eliminação, arquivamento e publicização de documentos desclassificados

O art. 40 do Decreto n. 7.724/2012 (Brasil, 2012a) assegura que quando um documento é desclassificado e, em adição, há a expectativa de que seja um documento permanente na Tabela de Temporalidade arquivística do órgão, esse documento deve ser enviado ao Arquivo Nacional ou a outro arquivo registrado no Sistema Nacional de Arquivos (SINAR) (pedido 1). As instruções normativas militares preveem, quando da desclassificação de um documento, um rol de regras para destruição das cópias desses documentos, com preservação apenas dos originais.

A EB10-IG-01.012 (Instruções Gerais para Avaliação de Documentos do Exército) conecta as práticas do Exército com as normativas do Conselho Nacional de Arquivos (Conarq) para documentos não classificados – o que inclui os documentos desclassificados, que passam à custódia das Comissões ou Subcomissões Permanentes de Documentos do Exército (CPADEx/SPAD) da OM quando desclassificados e incluídos na relação de documentos desclassificados da Força.

A EB10-IG-01.012 também estipula, consonante com a legislação federal, que documentos uma vez classificados como secretos e ultrassecretos, quando desclassificados, não são passíveis de eliminação. No caso de documentos anteriormente classificados como reservados, deverão ser analisados pela comissão ou subcomissão de avaliação de documentos de acordo com a Tabela de Temporalidade.

Quando da determinação pela eliminação de documentos, o órgão responsável pela criação da informação elabora uma lista de tais documentos, que deve ser submetida, anualmente, ao Conarq (Resolução n. 40/2014 do Conarq [Brasil, 2014b]). Após a elaboração da lista, ela é publicada na página do Conarq, que fica aberta a contestações durante 45 dias.

No Exército, o Arquivo Histórico do Exército (AHEx) é o órgão responsável pela elaboração de tal listagem (art. 45 do EB10-IG-01.012 [Brasil, 2019]). O art. 46 da norma explica o processo de eliminação de documentos, as fases e as interações com o Arquivo Nacional e com o TCU, no caso de documentos relativos à prestação de contas.

Quando a eliminação dos documentos é aprovada, as SPADs elaboram um Termo de Eliminação de Documento, para publicação em boletim interno da OM. O processo recursal relativo às listas de eliminação de documentos não é tão bem delineado quanto os processos recursais da LAI, por exemplo. No Exército, é o presidente da Subcomissão Permanente de Avaliação de Documentos (SCPAD) que deve avaliar a pertinência do desentranhamento.

Se, e enquanto, a destruição do documento for contestada, tal documento é retirado da listagem de eliminação. De acordo com as entrevistas 1 e 2, entre 2006 e 2015 não houve quaisquer eliminações de documentos nas FA – isso porque a Tabela de Temporalidade do MD ficou pronta somente em 2013, após aproximadamente uma década do início de elaboração. A partir de 2015, o AHEx registrou eliminações até 2019 (AHEx, 2022).

Na Aeronáutica, a ICA 214-3/2011 (Brasil, 2011b) regulamenta a eliminação de documentos de forma similar à do Exército. Na Marinha, a EMA-414 (Brasil, 2013a, p. 28) determina que "documentos ou materiais sigilosos de guarda permanente que forem objeto de desclassificação serão encaminhados à Diretoria do Patrimônio Histórico e Documentação da Marinha (DPHDM), para fins de organização, preservação e acesso".

Quanto ao processo de tornar públicos documentos desclassificados, há evidências de que ele acontece com falhas. A organização não governamental (ONG) Fiquem Sabendo, por exemplo, ao fazer à Marinha uma série de pedidos de acesso a documentos desclassificados quanto ao sigilo, deparou-se com uma lenta capacidade de publicização – 15 documentos por mês, ou seja, uma demora de 93 anos para a disponibilização de todos os documentos requeridos (Fiquem Sabendo, 2019b). Sobre esse dado, o Entrevistado 7 afirma que, se os documentos desclassificados forem documentos históricos, haveria ainda o processo de transferência de tutela dos documentos das OMs para o departamento arquivístico da Marinha, o que poderia ser uma das razões da morosidade.

Cunha Filho e Antunes (2020) também relatam órgãos públicos alegando que a classificação de sigilo inicial dada a determinados documentos foi incorreta, mais curta do que a necessária; ou afirmando que os motivos de classificação se mantiveram a despeito do fim do período de sigilo. O posicionamento da CGU é o de que as próprias organizações geradoras do sigilo precisam reavaliar informações que não foram devidamente classificadas.

A CGU estaria, portanto, abrindo a possibilidade, não prevista pela LAI, de reclassificação em grau de sigilo maior (Cunha Filho; Antunes, 2020), como a modificação da classificação reservada para a secreta. A leitura dos autores é de que a CGU atua no sentido de restringir o segredo, mas não de maneira satisfatória, prevalecendo a discricionariedade dos órgãos classificadores.

A expiração da classificação não é lida – e de fato não o é, quando analisada em conjunto com outras hipóteses de salvaguarda de informações – como condição suficiente para a

divulgação. É apenas uma das hipóteses que, apesar da extensa legislação, mostra indícios de subclassificação, sendo uma potencial fonte de fragilização da segurança do Estado.

Conclusão

A classificação quanto ao sigilo de informações é uma atividade importante para os Estados e para as instituições militares: no jogo de dissuasão que a Defesa Nacional requer, manter segredos é fundamental. Contudo, no âmbito democrático, prevalece o imperativo da transparência, o que deixa às instituições de Defesa o ônus da prova na justificativa do porquê de não tornar pública a informação. Para que esse processo tenha legitimidade democrática, desenham-se mecanismos de restrição de acesso, como o sistema de graus de sigilo, que garantiriam o que Hood e Heald (2006) chamam de "transparência em retrospecto". Mantém-se o sigilo enquanto o risco de exposição é grande, tornando pública a informação quando o tempo diminui esse risco.

Este artigo visou compreender como a legislação brasileira, junto com as normas infralegais das FA, estabelecem o processo de gestão de informações com grau de sigilo, com vistas a servir como base para estudos futuros que investiguem minuciosamente a prática de cada uma das partes desse longo e importante processo.

Conclui-se que o processo de classificação e gestão das informações sigilosas é bastante complexo. Existem claros motivos gerais pelos quais classificar (apesar da considerável elasticidade na interpretação das motivações), e há evidente disposição sobre quem pode classificar, sobre a função e a composição das comissões e subcomissões internas que lidam com informações sigilosas, bem como sobre a conexão com a legislação de acesso à informação e à legislação arquivística.

Há controle externo por meio da CMRI e da CGU, que possuem papel importante, mesmo que limitado, no controle da classificação de documentos: a CMRI serve de última instância recursal para pedidos de informação e pedidos de desclassificação de sigilo de documentos, e é responsável pela reclassificação de documentos ultrassecretos; a CGU serve como terceira instância recursal da LAI e, mesmo não podendo modificar uma classificação via de regra, pode publicizar informações incorretamente classificadas.

Apesar de uma abundância normativa, ainda paira a dúvida sobre a eficiência e o correto funcionamento de todos esses processos, que carecem de avaliações. Há evidências, por exemplo, de ineficiência por subclassificação de documentos, ou seja, documentos que só foram classificados diante da provocação de cidadãos que pediram tais informações. Ou seja, antes da provocação, tais informações eram suscetíveis a tornarem-se públicas indevidamente (Cunha Filho; Antunes, 2020).

Outra dúvida paira sobre a função da desclassificação de documentos, que não se traduz automaticamente em divulgação. Na prática, há uma miríade de outros tipos de salvaguarda, quase nada (ou absolutamente nada) debatidos pela sociedade, cuja regulação foi feita

pelas próprias burocracias que os utilizam. Questiona-se a capacidade da burocracia em dar celeridade a esse processo de averiguar, para documentos desclassificados, a incidência de outras hipóteses de salvaguarda de informações, para que se tornem públicos o quanto antes. Há também as incertezas acerca da restrição de acesso a informações pessoais, já que, decorrido o tempo de classificação de sigilo, ainda pode restringir o acesso à informação por até 100 anos. Apesar das alterações realizadas em 2023 ao Decreto n. 7.724/2012 (Brasil, 2012a), segue desconhecido o processo de avaliação sobre quanto tempo uma informação pessoal deve permanecer oculta.

Dessa forma, o sistema brasileiro de classificação em graus de sigilo serve ao propósito de restringir o acesso à *necessidade de conhecer* (Rodrigues, 2020a), não sendo suficiente, isoladamente, para prover transparência pública.

REFERÊNCIAS

ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos à accountability democrática no Brasil*. 2012. 133 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2012.

ANTUNES, Luiz Fernando Toledo. *Desclassificação tarjada*: o sigilo de documentos das Forças Armadas Brasileiras no contexto da Lei de Acesso à Informação. 2021. 103 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2021.

ARQUIVO HISTÓRICO DO EXÉRCITO BRASILEIRO (AHEx). Divisão de Gestão Documental. *Arquivo Histórico do Exército*, 2022. Disponível em: http://www.ahex.eb.mil.br/index.php/divisao-de-gestao-e-avaliacao-de-documentos. Acesso em: 21 fev. 2022.

ARTICLE 19. *The Public's Right to Know*: Principles on Right to Information Legislation. Article 19: Londres, 2016. Disponível em: https://www.article19.org/data/files/RTI_Principles_Updated_EN.pdf. Acesso em: 16 maio 2024.

A última palavra: conheça os membros da CMRI. *Fiquem Sabendo*, São Paulo, 3 abr. 2020. Disponível em: https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/membros-cmri. Acesso em: 14 maio 2024.

BEACH, Derek; PEDERSEN, Rasmus Brun. *Process-Tracing Methods*: Foundations and Guidelines. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2013.

BRASIL. *Decreto n. 11.489, de 12 de abril de 2023*. Altera o Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012, para dispor sobre a composição da Comissão Mista de Reavaliação de Informações. Brasília: Presidência da República, 2023a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11489.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2011.489%2C%20DE%2012,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *Decreto n. 11.527, de 16 de maio de 2023*. Altera o Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília: Presidência da República, 2023b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11527.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *Instruções Gerais para Avaliação de Documentos do Exército (EB10-IG-01.012)*. 3 ed. Brasília, DF: Exército Brasileiro, 2019.

BRASIL. *ICA 205-47*: Instrução para a salvaguarda de assuntos sigilosos da Aeronáutica (ISAS). Brasília, DF: Comando da Aeronáutica, 2015a.

BRASIL. *Instruções Gerais para Avaliação e Controle de Documentos Classificados (EB10-IG01.015)*. 1. ed. Brasília, DF: Exército Brasileiro, 2015b.

BRASIL. *Portaria n. 1.067-Cmt Ex, de 8 de setembro de 2014*. Aprova as Instruções Gerais para a Salvaguarda de Assuntos Sigilosos (EB10-IG-01.011), 1ª Edição, 2014, e dá outras providências. 1. ed. Brasília, DF: Exército Brasileiro, 2014a. Disponível em: http://www.sgex.eb.mil.br/sg8/002_instrucoes_gerais_reguladoras/01_gerais/port_n_1067_cmdo_eb_08set2014.html. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Resolução n. 40, de 9 de dezembro de 2014*. Dispõe sobre os procedimentos para a eliminação de documentos no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Arquivos – SINAR. Brasília: Conselho Nacional de Arquivos, 2014b. Disponível em: https://www.gov.br/conarq/pt-br/legislacao-arquivistica/resolucoes-do-conarq/resolucao-no-40-de-9-de-dezembro-de-2014-alterada#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20procedimentos%20para,Sistema%20Nacional%20de%20Arquivos%20%2D%20SINAR. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *EMA-414*: normas para a salvaguarda de materiais controlados, dados, informações, documentos e materiais sigilosos na Marinha (1ª rev.). Brasília, DF: Marinha do Brasil, 2013a.

BRASIL. *ICA 200-12*: Avaliação de Documentos Classificados no Comando da Aeronáutica. Brasília, DF: Comando da Aeronáutica, 2013b. Disponível em: https://www.sislaer.fab.mil.br/terminalcendoc/acervo/detalhe/3050?guid=1713225600600&returnUrl=%2Fterminalcendoc%2Fresultado%2Flistar%3

Fguid%3D1713225600600%26quantidadePaginas%3D1%26codigoRegistro%3D3050%233050&i=9. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. *Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º , no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília: Presidência da República, 2012a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *Decreto n. 7.845, de 14 de novembro de 2012*. Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento. Brasília: Presidência da República, 2012b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7845.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º , no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *ICA 214-3/2011*: Avaliação de Documentos de Arquivo. Brasília, DF: Comando da Aeronáutica, 2011b. Disponível em: https://www2.fab.mil.br/cendoc/images/doc/arq_pdf/ICA214-3.pdf. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005*. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11111.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *Decreto n. 4.073, de 3 de janeiro de 2002*. Regulamenta a Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4073.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. *Decreto n. 2.134, de 24 de janeiro de 1997*. Regulamenta o art. 23 da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a categoria dos documentos públicos sigilosos e o acesso a eles, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2134.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.134%2C%20DE%2024%20DE%20JANEIRO%20DE%201997.&text=Regulamenta%20o%20art.,eles%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 10 maio 2024.

COLARESI, Michael P. *Democracy Declassified*: The Secrecy Dilemma in National Security. Nova York: Oxford University Press, 2014.

CRUZ, Isabela de Paula. *Contexto, prática e obstáculos do acesso à informação*: insumos para a discussão a partir da experiência com o setor nuclear brasileiro. 2018. 146 f. Dissertação (Mestrado em História, Política e Bens Culturais) – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2018.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo. *A construção da transparência pública no Brasil*: análise da elaboração e implementação da Lei de Acesso à Informação no Executivo Federal (2003-2019). 2019. 239 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo. O desencontro entre direito à informação e direito à verdade: análise das práticas da controladoria-geral da União. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 47, p. 91-107, jul./dez. 2015.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo; ANTUNES, Luiz Fernando Toledo. Regime legal de classificação de informações no Brasil: problemas teóricos, empíricos e (in)compatibilidade com a ordem jurídica democrática. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 138-151, 2021.

DE ANGELO, Vitor Amorim. Quem tem documentos sobre a ditadura? Uma análise da legislação e das iniciativas governamentais. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 11, n. 21, p. 199-234, jul. 2012.

DEL NEGRI, André. *Segredo de Estado no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ENAP). *Módulo 3*: classificação de informações e dados abertos. Brasília: Enap, 2018. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3144/1/M%C3%B3dulo%203%20-%20Classifica%C3%A7%C3%A3o%20de%20Informa%C3%A7%C3%B5es%20e%20Dados%20Abertos%20%281%29.pdf. Acesso em: 26 jan. 2022.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ENAP). *Módulo 2*: negativas de acesso à informação. Brasília: Enap, 2017. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3143/

1/M%C3%B3dulo%202%20-%20Negativas%20de%20acesso%20%C3%A0%20informa%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024.

FICO, Carlos. História do tempo presente, eventos traumáticos e documentos sensíveis: o caso brasileiro. *Varia Historia*, Belo Horizonte, v. 28, n. 47, p. 43-59, jan./jun. 2012.

FIQUEM SABENDO. Marinha é responsável por 96% das informações classificadas como sigilosas. *Fiquem Sabendo*, 25 jan. 2019a. Disponível em: https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/marinha-informacoes-sigilosas/. Acesso em: 22 fev. 2022.

FIQUEM SABENDO. Marinha pede "só" 93 anos para entregar documentos que perderam sigilo – Don't LAI to me. *Fiquem Sabendo*, 31 mar. 2019b. Disponível em: https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/newsletter-edicao-5/. Acesso em: 22 fev. 2022.

HOOD, Christopher; HEALD, David (eds.). *Transparency*: The Key to Better Governance? Oxford: Oxford University Press, 2006.

HOTT, Daniela Francescutti Martins. *O acesso aos documentos sigilosos*: um estudo das comissões permanentes de avaliação e de acesso nos arquivos brasileiros. 2005. 411 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Faculdade de Estudos Sociais Aplicados, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

HOTT, Daniela Francescutti Martins; RODRIGUES, Georgete Medleg. O acesso aos arquivos sigilosos no Brasil: do acesso restrito à instância recursal. *In:* ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 18, 2017, Marília. *Anais* [...]. Marília: Unesp; Ancib, 2017.

LOPES, Janaina Vedoin; KONRAD, Glaucia Vieira Ramos. Arquivos da repressão e leis de acesso à informação: os casos brasileiro e argentino na construção do direito à memória e à verdade. *Revista Aedos*, [*s.l.*], v. 5, n. 13, p. 6-23, ago./dez. 2013.

LORD, Kristin M. *The Perils and Promise of Global Transparency*: Why the Information Revolution May Not Lead to Security, Democracy, or Peace. Nova York: State University of New York Press, 2006.

MARTINS, João Batista. O impacto da informação existente no SIGADAER na gestão do conhecimento. *AtoZ*: Novas Práticas em Informação e Conhecimento, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 57-68, jul./dez. 2020.

MENDEL, Toby. *Freedom of Information*: A Comparative Legal Survey. 2. ed. rev. e atual. Paris: Unesco, 2008.

MENDEL, Toby. Freedom of Information as an Internationally Protected Human Right. *Comparative Media Law Journal*, [*s.l.*], v. 1, n. 1, p. 39-70, 2003.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (OSJI). *Tshwane Principles*: Global Principles on National Security and the Right to Information. Nova York: Open Society Justice Initiative, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Recommendations on Access to Information*. Atlanta: Organização dos Estados Americanos, 2008. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/CP-CAJP_2599-08_eng.pdf. Acesso em: 2 out. 2022.

RODRIGUES, Karina Furtado. Desvelando o conceito de transparência: seus limites, suas variedades e a criação de uma tipologia. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 237-253, 2020a.

RODRIGUES, Karina Furtado. A política nas políticas de acesso à informação brasileiras: trajetória e coalizões. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, p. 142-161, 2020b.

RODRIGUES, Karina Furtado. *Democratic Transparency Pacts on Defense*: Assessing Change in Civilian Access to Military Information in Brazil. 2017. 218 f. Tese (Doutorado em Administração) – Escola Brasileira de Administração Pública de Empresas, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2017a.

RODRIGUES, Karina Furtado. Informações de defesa e segurança nacional: entre a legitimidade do segredo e o direito à informação. *In*: REIA, Jhessica *et al*. (orgs.). *Horizonte presente*: tecnologia e sociedade em debate. Rio de Janeiro: Letramento, 2017b.

RTI RATING. *Global Right to Information Rating – Rating Map*, [*s.d.*]. Disponível em: http://www.rti-rating.org/. Acesso em: 10 mar. 2024.

SAGAR, Rahul. *Secrets and Leaks*: The Dilemma of State Secrecy. Woodstock: Princeton University Press, 2013.

SCHOENFELD, Gabriel. *Necessary Secrets*: National Security, the Media, and the Rule of Law. Nova York: WW Norton & Company, 2010.

SOUZA, Rosale de Mattos. *Produção de sentido em documentos e informações de arquivos sigilosos*: comunidade de informação e contrainformação sob o olhar da Assessoria de Segurança e Informação – ASI UFF de 1971-1982. 2017. 271 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

THOMPSON, Dennis F. Democratic Secrecy. *Political Science Quarterly*, [*s.l.*], v. 114, n. 2, p. 181-193, 1999.

Karina Furtado Rodrigues

Doutora em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (Ebape) da Fundação Getulio Vargas (FGV). Professora no Programa de Pós-Graduação em Ciências Militares (PPGCM), na Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Coordenadora do Laboratório de Governança, Gestão e Políticas Públicas em Defesa Nacional (Lab GGPP Defesa) do PPGCM/ECEME.

karinafrodrigues@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 04.04.2023
Aprovado: 11.12.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202416

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-6270-6047

Uma alíquota uniforme na tributação sobre o consumo beneficia os mais pobres: apresentação e análise do debate internacional

A UNIFORM RATE ON CONSUMPTION TAXATION BENEFITS THE POOREST: PRESENTATION AND ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL DEBATE

UNA TASA UNIFORME EN LA TRIBUTACIÓN AL CONSUMO BENEFICIA A LOS MÁS POBRES: PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DEL DEBATE INTERNACIONAL

Leonel Cesarino Pessôa[1]

Resumo
A proposta de adoção de uma alíquota uniforme para a tributação sobre o consumo tem sido criticada porque, supostamente, alíquotas diferenciadas favoreceriam os mais pobres. A partir da análise da literatura internacional, o artigo conclui de forma contrária: alíquotas diferenciadas não são o melhor meio de se proteger os mais pobres por quatro razões: (i) as alíquotas menores atingem tanto os mais pobres quanto os mais ricos, que normalmente consomem mais que os mais pobres, em termos absolutos, os bens com alíquota reduzida ou isentos; (ii) alíquotas reduzidas geram complexidade, o que cria um contencioso que prejudica o funcionamento do sistema como um todo; (iii) alíquotas menores favorecem a atuação dos grupos de pressão; e (iv) as reduções de alíquota não são em geral ou integralmente repassadas aos preços dos produtos.

Palavras-chave
Tributação sobre o valor agregado; justiça tributária; ICMS; tributação sobre o consumo; progressividade.

Abstract
The proposal to adopt a uniform rate for the taxation on consumption has been criticized because supposedly differentiated rates would favor the poorest. Based on the analysis of the international literature, the article concludes the opposite: differentiated rates are not the best mean of protecting the poorest for four reasons: (i) lower rates affect both the poorest and the richest, who normally consume more than the poorest, in absolute terms, goods with a reduced rate or exempt; (ii) reduced rates foster complexity, creating litigation that impairs the functioning of the system as a whole; (iii) lower rates favor the action of pressure groups; and (iv) rate reductions are not normally or fully passed through to product prices.

Keywords
Value-added tax; tax justice; VAT; consumption taxation; progressivity.

Resumen
La propuesta de adoptar una tasa uniforme para la tributación del consumo ha sido criticada porque supuestamente las tasas diferenciadas favorecerían a los más pobres. Con base en el análisis de la literatura internacional, el artículo concluye en sentido contrario: las tasas diferenciadas no son la mejor forma de proteger a los más pobres por cuatro razones: (i) las tasas más bajas afectan tanto a los

más pobres como a los más ricos, quienes normalmente consumen más que los más pobres, en términos absolutos, los bienes con tasa reducida o exentos; (ii) las tajas reducidas crean complejidad, lo que genera litigios que perjudican el funcionamiento del sistema en su conjunto; (iii) las tasas más bajas favorecen la acción de los grupos de presión; y (iv) las reducciones de tasas no se trasladan normalmente o en su totalidad a los precios de los productos.

Palabras clave
Tributación sobre el valor añadido; justicia fiscal; IVA; tributación al consumo; progresividad.

Como citar este artigo
PESSÔA, Leonel Cesarino. Uma alíquota uniforme na tributação sobre o consumo beneficia os mais pobres: apresentação e análise do debate internacional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2416, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202416

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

O Brasil discute há alguns anos a reforma da sua tributação sobre o consumo. Cinco tributos – das esferas federal, estadual e municipal – serão substituídos, no desenho proposto, por um único tributo sobre o valor agregado (IVA) dual – a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), de competência da União, e o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), de competência compartilhada de estados e municípios –, inspirado nas melhores práticas internacionais.[2] Isso significa que o Imposto sobre Valor Agregado (IVA) a ser criado incidirá sobre uma base ampla, que incluirá todos os bens e serviços e será informado pelo princípio do destino. O desenho inicial da proposta previa também uma alíquota uniforme para todos os bens e serviços.

Essa é a terceira vez, nos últimos anos, em que um projeto de reforma da tributação sobre o consumo é proposto. Tanto no Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) quanto

1 Este artigo resulta do Projeto de Pesquisa Regular n. 2022/02375-0, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). O autor agradece ao professor Isaias Coelho pelos comentários à primeira versão deste texto.

2 Duas Propostas de Emenda à Constituição (PECs), com teor semelhante, iniciaram sua tramitação, uma na Câmara e a outra no Senado. A PEC 45/2019 (Brasil, 2019a), que tramitou na Câmara dos Deputados, propunha a substituição de cinco tributos – Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto Sobre Serviços (ISS) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) – por um tributo único sobre o consumo, o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e um Imposto Seletivo (IS) sobre alguns produtos. A PEC 110/2019 (Brasil, 2019b) iniciou sua tramitação no Senado e propunha a substituição de nove tributos, quais sejam: IPI, Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), PIS, Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), Cofins, Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide-combustíveis), Salário-Educação, ICMS e ISS, também por um IBS e um IS. Em uma tentativa de unificar as duas propostas, foi criada uma comissão mista entre Câmara e Senado, que teve como relator o deputado Aguinaldo Ribeiro e como presidente o senador Roberto Rocha. O relatório do deputado Aguinaldo Ribeiro conciliava as duas PECs em um único texto. Depois da apresentação do relatório, o presidente eleito da Câmara, deputado Arthur Lira, não deu andamento aos trabalhos nessa casa e a comissão foi esvaziada. Os trabalhos seguiram então no Senado, em que a tramitação da PEC 110 foi retomada. No lugar da redação original da PEC, no entanto, o relator, senador Roberto Rocha, teve como base para o seu relatório o texto do deputado Aguinaldo Ribeiro, mas procurou conciliá-lo com o Projeto de Lei n. 3.887/2020 (Brasil, 2020), enviado pelo Governo Federal ao Congresso, e que previa a criação da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS). Nessa nova versão, a PEC 110 passou a prever a extinção do ICMS, ISS, PIS, Cofins e Cofins-Importação e sua substituição por um IVA dual e a substituição do IPI por um IS. Com a eleição de Lula no final de 2022, a reforma tributária recebeu novo impulso. No início de 2023, Fernando Haddad, Ministro da Fazenda, nomeou Bernard Appy – um dos autores do texto no qual foi baseada a PEC 45 – Secretário Extraordinário da Reforma Tributária, e a PEC 45 foi retomada na Câmara. O deputado Aguinaldo Ribeiro foi indicado novamente relator, mas o novo texto apresentado incorporou muitas das alterações promovidas pelo texto do senador Roberto Rocha. O texto foi aprovado nos plenários da Câmara e do Senado e, em 20 de dezembro de 2023, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 132 (Brasil, 2023), resultante da PEC. Para um histórico mais detalhado das propostas de reforma tributária e uma comparação entre elas, ver Orair e Gobetti (2019).

no primeiro Governo Lula a proposta não foi aprovada. A proposta atual também enfrentou muita resistência. Este artigo pretende tratar de um dos pontos dessa resistência.

Como se sabe, o Brasil é um país marcado pela desigualdade. E uma das principais críticas dirigidas contra a proposta de reforma da tributação sobre o consumo é a de que a instituição de uma alíquota uniforme teria caráter regressivo e, supostamente, agravaria nosso problema distributivo.[3]

O debate em torno de uma alíquota uniforme vem acontecendo de forma desorganizada nos meios de comunicação no Brasil, porém ele se desenvolveu de maneira mais estruturada na literatura internacional especializada. Organizado há pelo menos duas décadas, principalmente na Europa, esse debate busca avaliar os resultados do uso de alíquotas diferenciadas e quem delas se beneficia.

O objetivo deste artigo é analisar os pontos centrais desse debate de modo a contribuir para a organização das discussões que estão acontecendo agora e devem se intensificar ainda mais no Brasil. Para que se caminhe na construção de um sistema tributário mais racional e mais justo, é fundamental que a discussão sobre esse tema ocorra de forma mais aprofundada.

O artigo é dividido em quatro partes, além desta introdução. A primeira parte examina as maneiras de se medir os impactos distributivos da tributação sobre o consumo; a segunda discorre sobre as razões de se usar alíquotas diferenciadas e subdivide-se em: eficiência econômica; bens que têm mérito; e razões distributivas. Já a terceira parte analisa os problemas na utilização de alíquotas diferenciadas e subdivide-se em: inclusão dos gastos dos mais ricos; repasse das reduções para os bens e serviços; problemas para o sistema como um todo; e criação de um sistema mais sujeito à intervenção dos *lobbies* e grupos de interesse. A quarta parte, por fim, apresenta as considerações finais.

1. Regressividade da tributação sobre o consumo

Antes mesmo da crítica que se faz à implementação de uma alíquota uniforme, a tributação sobre o consumo, de forma geral, e o IVA, em especial, são criticados. Haveria uma percepção arraigada de que esse imposto enquanto tal e qualquer forma de tributação sobre o consumo teria caráter regressivo. Os estudos internacionais, no entanto, sugerem que essa conclusão não é tão evidente assim, e que as controvérsias em torno desse tema ainda não foram resolvidas de forma definitiva.[4]

3 Esse também é um dos argumentos mais utilizados contra a criação de um VAT nos Estados Unidos (Metcalf, 1994).

4 Essa percepção enraizada também se observa no Canadá, apesar de existirem muito poucos estudos aplicados sobre a incidência dos impostos nesse país. Richard Bird e Michael Smart (2016) escrevem que a presumida regressividade da tributação sobre o consumo deve ser considerada uma questão de fé e não de fato.

Os trabalhos que se debruçaram sobre esse problema partem do consumo dos contribuintes distribuídos por diferentes faixas de renda. Normalmente, a população é dividida em dez faixas e, a partir do consumo de cada uma delas, é calculado o IVA pago pelos contribuintes nos diferentes decis.

Entretanto, para um juízo sobre a progressividade ou regressividade do imposto, não podem ser comparados os números brutos obtidos a partir da despesa com IVA por decil. Como os ricos consomem mais que os pobres, os números brutos sempre indicariam que os mais ricos pagam mais imposto. Para a obtenção de números relativos, a maior dificuldade é que não existe consenso sobre o melhor parâmetro a partir do qual a despesa com o IVA deva ser confrontada. O foco principal da controvérsia é que há dois parâmetros possíveis: a renda ou a própria despesa.[5]

Para explorar a diferença entre essas duas perspectivas metodológicas de calcular os efeitos distributivos da tributação sobre o consumo, parte-se do ponto em que não há controvérsia. Se a renda de determinada sociedade fosse toda consumida, e se houvesse uma alíquota uniforme para todos os bens e serviços, a tributação sobre o consumo seria proporcional.

No entanto, à medida que começa a haver diferenciação, isto é, que não são todos que consomem toda a renda, a situação se altera. Se os mais pobres consumirem toda a renda, enquanto os mais ricos pouparem e consumirem apenas parte da renda, a utilização da renda como critério conduz à conclusão de que a tributação sobre o consumo é regressiva. Isso porque os mais pobres vão pagar imposto sobre toda a renda – pois consumiram tudo –, e os mais ricos vão pagar imposto apenas sobre parte dela, a parte consumida. Os estudos empíricos apontam para essa direção.

Há ampla literatura internacional que se propõe a estudar o problema da progressividade ou regressividade do IVA e que toma a renda como parâmetro. Leahy, Lyons e Tol (2011) apresentam a situação na Irlanda. Eles analisam a distribuição dos pagamentos de IVA nas famílias dos diferentes decis, tendo como referência a renda, e concluem que o imposto é altamente regressivo. A mesma conclusão é alcançada por Ruiz e Trannoy (2008), que estudam os dados da França de 2001, e por Barreix, Bes e Roca (2009), que analisam os dados de diversos países latino-americanos entre 2000 e 2004. Nessa perspectiva de utilizar a renda como parâmetro, o estudo mais abrangente é o de O'Donoghue, Baldini e Mantovani (2004), que pesquisa os efeitos distributivos do IVA, do imposto sobre a renda e das contribuições para a previdência social em 12 países europeus, usando microdados de consumo das famílias de 1990 a 1996. Eles também concluem que o IVA é fortemente regressivo. Essa literatura foi toda revista por Thomas (2020).

A crítica fundamental à abordagem que faz uso da renda como parâmetro é que ela não leva em consideração que a renda poupada seria revertida em consumo no futuro. As pessoas poupam quando a renda é maior que seu consumo, e usam a renda poupada ou fazem empréstimos

5 A diferença entre os dois parâmetros possíveis é apresentada, por exemplo, pela Comissão Europeia (2011, p. 361), Thomas (2020, p. 5), Feria e Walpole (2020, p. 639).

quando ela é menor. De acordo com as críticas, se o objeto da análise fosse a renda adquirida no período de um ciclo de vida inteiro – e não no período curto de um ano –, os dados obtidos não refletiriam essas oscilações temporárias de renda e espelhariam um quadro mais próximo da realidade. Se a análise se limita ao período de um ano, o IVA que seria arrecadado no consumo futuro com a renda poupada não é capturado, e não aparece (Thomas, 2020).

Outra maneira de observar as vantagens da utilização do período de um ciclo de vida inteiro é que, se o período de um ano for tido como base, isso deverá conduzir a uma distorção da distribuição das pessoas nos diferentes decis. Isso porque as pessoas tendem a ter mais renda na meia idade e rendas menores quando são bem jovens e bem mais velhas.

Se utilizada a perspectiva anual, os decis relativos às pessoas mais pobres poderão incluir tanto as pessoas mais jovens quanto as mais velhas, que não seriam consideradas pobres se o parâmetro fosse um ciclo de vida.

Nesse sentido, Caspersen e Metcalf (1994, p. 732) dissertam: "Invocando a hipótese da renda permanente de Friedman (1957), assim como as considerações sobre o ciclo de vida, os economistas reconheceram que a renda anual pode não ser uma medida muito boa do potencial de consumo de um indivíduo".

Contudo, estimar a renda e a despesa de IVA no período de uma vida inteira é uma tarefa muito complexa. E diante da impossibilidade prática de fazer essa estimativa, alguns autores propõem que o próprio consumo, ou seja, as despesas correntes, seja adotado como critério. Isso porque, nas palavras de Thomas (2020, p. 5), "é provável que medir os encargos do IVA em relação às despesas correntes forneça uma estimativa mais significativa do impacto distributivo do IVA ao longo da vida do que medir os encargos do IVA em relação à renda corrente". Além disso, argumenta-se que a renda, como remuneração dos fatores, mede a contribuição do indivíduo para a sociedade, enquanto o consumo mede o quanto ele retirou da sociedade em seu proveito.[6]

Por isso, vários estudos internacionais foram realizados com o objetivo de analisar o impacto distributivo da tributação sobre o consumo utilizando as despesas correntes como parâmetro, e não a renda. Essa ampla literatura, que também foi revista por Thomas (2020), identifica que, quando esse é o parâmetro, o IVA não é regressivo, mas proporcional ou, em alguns casos, levemente progressivo.

Bird e Smart (2016) estudam a experiência do Canadá com base nos dados de gastos das famílias de 2009 e concluem que o IVA é levemente progressivo. Bover *et al*. (2017) analisam a experiência da Espanha com base nos gastos das famílias de 2015 e apresentam os resultados tendo a renda e a própria despesa como parâmetros. Quando utilizada a despesa, eles concluem que o gasto com o IVA é proporcional.

6 De acordo com Due e Friedlaender (1977), essa ideia remonta ao filósofo inglês Thomas Hobbes e foi explorada no trabalho de Irving Fisher.

O estudo abrangente elaborado pelo consórcio liderado pelo *Institute for Fiscal Studies* (IFS) para a Comissão Europeia também analisa dados de 2004 a 2009 de nove países da União Europeia: Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Grécia, Hungria, Itália, Polônia e Reino Unido. Esse estudo argumenta enfaticamente que as despesas são um parâmetro melhor que a renda para a avaliação dos efeitos distributivos dos gastos com o IVA, mas também apresenta resultados para os dois parâmetros: renda e as próprias despesas. Quando o parâmetro são as próprias despesas, o estudo conclui que o IVA aparece como distributivamente neutro em alguns países e levemente progressivo em outros (Comissão Europeia, 2011).

Nesse sentido também é o trabalho de Thomas. Analisando uma amostra de 27 países, ele conclui que o IVA, quando medido a partir da despesa corrente como parâmetro, é proporcional ou levemente progressivo (Thomas, 2020). Contudo, é correta a hipótese de que o consumo expressa melhor que a renda aquele que seria o impacto distributivo da tributação sobre o consumo ao longo de toda uma vida?

Rita de la Feria e Michael Walpole (2020) fazem duas críticas a esse argumento. De acordo com esses autores, ainda que, por um lado, a renda possa ser considerada consumo diferido, por outro lado, enquanto não é consumida, ela continua a gerar frutos de outros tipos e os detentores de renda irão se beneficiar dela de várias maneiras.

Além disso, eles argumentam que, quanto maior for a renda poupada, mais diferido no tempo será o consumo que, no limite, pode ser transferido para as gerações seguintes e para um tempo em que o consumo talvez nem seja mais objeto de tributação. Por isso, eles concluem que seria mais razoável assumir que o IVA é proporcional para os estratos mais baixos de renda e torna-se regressivo à medida que parte da renda é poupada (Feria; Walpole, 2020).

Esse argumento e essa conclusão não parecem corretos. Na verdade, assim como, em tese, pode acontecer de a tributação sobre o consumo, no futuro, ser menor e, no limite, ser extinta, também pode acontecer de ela aumentar e ser, no futuro, maior que a atual. A existência de uma possibilidade, sem que se tenha justificado que os acontecimentos devem efetivamente seguir essa direção (e não a contrária), não basta para fundar o juízo sobre o caráter distributivo da tributação.

Também não aparenta ser correta a conclusão de que há proporcionalidade até certo ponto, e regressividade a partir desse ponto. No entender de Feria e Walpole (2020), o que fundamentaria a mudança na avaliação do caráter distributivo (de proporcional para regressivo) seria que, no ponto de inflexão, passaria a haver poupança. Porém, toda a construção do consumo como critério foi feita justamente para mostrar os limites teóricos em se querer estabelecer relação de causalidade entre a constatação de passar a existir poupança e a regressividade como consequência.

No Brasil, uma série de estudos empíricos também se debruçou sobre esse tema. Os professores da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) Rozane Bezerra de Siqueira e José Ricardo Bezerra Nogueira publicaram alguns artigos (com outros coautores) em que usam como base a despesa, e não a renda, e analisam apenas os tributos indiretos. Esses trabalhos avaliam que a distribuição da carga tributária seria proporcional (Siqueira *et al.*, 2017; Siqueira; Nogueira; Souza, 2000, 2010; Siqueira; Nogueira; Levy, 2003).

Ao lado dos argumentos teóricos já mencionados em favor do uso da despesa como parâmetro para o cálculo dos efeitos distributivos da tributação sobre o consumo, esses professores explicam que há também um argumento de ordem prática. No Brasil, nas pesquisas de orçamento familiar que servem como base para as investigações, as rendas das famílias mais pobres são sub-reportadas.

Se for considerada a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) 2008-2009 (IBGE, 2010), por exemplo, a renda reportada pelas famílias do estrato mais baixo é muito menor que a despesa: "[...] o déficit médio entre a renda total e a despesa total [...] para os 10% mais pobres fica em torno de 52%" (Siqueira *et al.*, 2017, p. 505).

Em 2012, foi publicado um extenso estudo de Fernando Gaiger Silveira com o objetivo de avaliar os efeitos distributivos das políticas previdenciária, de assistência social, tributária e de educação e saúde, com base nas POFs 2002-2003 e 2008-2009 (IBGE, 2003, 2010). Ele analisa tanto a carga direta quanto a indireta. Sua análise também permite que sejam separadas as conclusões para os tributos diretos e indiretos (Silveira, 2012, p. 46).

O estudo de Silveira (2012) argumenta em favor da renda como parâmetro e conclui que, quando utilizado esse critério, a carga tributária sobre o consumo é claramente regressiva. Entretanto, de acordo com o trabalho, mesmo que as despesas sejam tomadas como parâmetro, ainda assim os tributos sobre o consumo são regressivos.

Essas conclusões apontam para um traço bastante próprio do sistema tributário nacional. Nas pesquisas empíricas internacionais, quando utilizada a renda como parâmetro, a tributação sobre o consumo é sempre considerada regressiva. Porém, quando se usam as despesas como critério, a tributação é invariavelmente considerada neutra ou mesmo levemente progressiva.

Se assumirmos as conclusões de Silveira (2012) como corretas, a questão dos efeitos distributivos do desenho atual da tributação sobre o consumo é mais problemática no Brasil. Por aqui, diante do que hoje são os fatos geradores, as alíquotas, as isenções e assim por diante, estabelecidos para a tributação sobre o consumo, mesmo se as despesas forem tomadas como parâmetro, ainda assim ela é regressiva.[7,8]

Por um lado, esse fato aponta para uma situação peculiar e para mudanças que poderiam melhorar o sistema brasileiro; por outro lado, é importante lembrar que a tributação sobre o consumo foi concebida para arrecadar de forma a distorcer, no menor grau possível, as condições de mercado. E que o momento mais adequado para uma avaliação efetiva sobre o alcance dos efeitos distributivos dessa tributação deveria ser o momento posterior ao gasto do montante arrecadado. Ainda que considerada regressiva antes dos gastos, a tributação

7 Como já foram apontadas, as conclusões dos estudos empíricos de Siqueira, Nogueira e Souza (2010) são diferentes das de Silveira (2012).

8 Uma análise detida da seletividade no ICMS e no IPI, apontando as distorções do seu uso atual, é feita por Godoi (2017).

sobre o consumo, combinada com políticas de gasto público bem desenhadas, pode resultar, em algumas situações, em mais distribuição, inclusive mais do que um sistema progressivo de tributação sobre a renda (Bird; Zolt, 2005).[9]

2. Razões para as alíquotas diferenciadas

Sem entrar no mérito de qual é o melhor parâmetro para se avaliar o impacto distributivo da tributação sobre o consumo, trata-se de chamar atenção para o fato de que existe uma literatura internacional e um debate já consolidados, mas que são sistematicamente desconsiderados nas discussões que estão acontecendo no Brasil sobre a reforma dessa tributação.[10,11] Um dos tópicos bastante presentes nessa literatura é o de que o uso de alíquotas diferenciadas não beneficia os mais pobres; esse tópico será desenvolvido adiante. No entanto, não é exclusivamente para proteger os mais pobres que se defende a diferenciação de alíquotas na tributação sobre o consumo, trata-se, em primeiro lugar, de identificar todas as razões que poderiam justificar o uso de alíquotas diferenciadas para depois analisar os problemas na sua adoção.

De acordo com esse amplo conjunto de textos,[12] haveria, *grosso modo*, três razões para legitimar o uso de alíquotas diferenciadas. Ainda que o principal argumento seja o de que elas devem ser utilizadas por razões de equidade, há também um argumento com relação aos bens e serviços que têm mérito (na produção ou no consumo) e um argumento referente à eficiência econômica.

2.1. Eficiência econômica

Com relação a esse último argumento, do ponto de vista teórico, as alíquotas não deveriam, em princípio, ser uniformes. Um sistema tributário é tanto mais eficiente quanto menor for

9 Como escreve Mehrotra (2022, p. 244, tradução livre): "Como demonstram os estudiosos do direito comparado e da economia política, existe um elevado grau de correlação no espaço e no tempo entre impostos nacionais regressivos sobre o consumo, como o IVA, e despesas robustas e progressivas com bem-estar social".

10 Mencionamos aqui os livros e artigos indicados na seção "Referências", ao final deste artigo, mas destacamos, especialmente, o material produzido para a Comissão Europeia, os estudos realizados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI, *International Monetary Fund*, em inglês) e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, *Organisation for Economic Co-Operation and Development*, em inglês). Quanto aos textos produzidos para a Comissão Europeia, referimo-nos, principalmente, aos seguintes: Copenhagen Economics (2007), Comissão Europeia (2011); pelo FMI (Ebrill *et al*., 2001) e com relação aos textos da OCDE, especialmente os estudos de Thomas (2020) e de OCDE e KIPF (2014). Além desses textos, indicamos a ampla e clássica revisão feita para o governo do Reino Unido coordenada por James Mirrlees (Crawford; Keen; Smith, 2010).

11 Uma notável exceção no debate nacional é o artigo de Marciano Seabra de Godoi (2017), que dialoga com um texto da OCDE.

12 Verificar toda a bibliografia indicada na nota 8.

o *deadweight loss*. E isso acontece quando ele for capaz de alterar o menos possível as decisões de consumo das pessoas (Copenhagen Economics, 2007, p. 8).

As alterações potenciais, por sua vez, vão depender das diferentes elasticidades-preço dos produtos: quanto mais elástico for o bem, mais a alteração na alíquota de um imposto (que se reflete no preço) pode afetar o comportamento dos consumidores. Por isso, em tese, "um sistema de IVA eficiente economicamente deve ser necessariamente não uniforme, impondo alíquotas altas nos bens inelásticos e não nos elásticos" (Copenhagen Economics, 2007, p. 9, tradução livre).

No entanto, a imposição de alíquotas diferentes conforme a elasticidade dos bens dependeria de que essas elasticidades e suas variações fossem constantemente medidas, o que é uma tarefa impossível. Assim, ainda que a teoria pudesse apontar para a maior eficiência do uso de alíquotas diferenciadas, de um ponto de vista prático, formou-se um consenso em torno de que o mais adequado seriam as alíquotas uniformes. Nesse sentido, concluiu o estudo de Copenhagen Economics (2007, p. 9, tradução livre) preparado para a Comissão Europeia: "[...] é improvável que diferenciar alíquotas sem conhecimento detalhado das elasticidades-preço possa conduzir a ganhos de eficiência e deve mesmo conduzir a grandes perdas de eficiência na medida em que são os bens e serviços errados que têm as alíquotas reduzidas".[13-15]

13 Seguindo os desenvolvimentos da literatura sobre a teoria da tributação ótima, Ricardo Varsano (2014) argumenta que alíquotas múltiplas alteram os preços relativos e distorcem a decisão de escolha dos consumidores. "Isto, por sua vez, afeta a estrutura da produção e da alocação de recursos reduzindo a eficiência econômica" (Varsano, 2014, p. 24).

14 O professor de Economia da Escola Brasileira de Economia e Finanças (EPGE FGV/RJ), Aloisio Araujo, tem participado do debate sobre a reforma tributária no Brasil. Ele apresentou, recentemente, com coautores, texto em que argumenta que dadas diferentes taxas de evasão, comprovadas para o Brasil, perder-se-ia o maior sustentáculo para uma alíquota única, em termos de eficiência. A experiência do aumento da alíquota da Cofins, em 1999, sem que o PIS tivesse sofrido alteração, permitiu a eles calcular a diferença de elasticidades de *compliance* entre setores, concluindo que ela é muito maior para a construção civil, por exemplo, do que para a área financeira e imobiliária (Albuquerque *et al.*, 2023). Mesmo se aceita a conclusão dos autores a respeito da variação das elasticidades, a parte propositiva do argumento teria de lidar com as dificuldades práticas para estimar a variação das elasticidades-preço e das elasticidades de *compliance*. E com o fato de que não é apenas por razões de eficiência que se defende a alíquota uniforme. Como será observado ao longo deste artigo, para sustentar a adoção de uma alíquota uniforme, além de razões de eficiência, há razões de equidade e benefícios para o sistema como um todo.

15 Bruno Delalibera *et al.* (2023) publicaram um texto usando um modelo de equilíbrio geral que inclui múltiplos setores com poder de mercado. Eles avaliaram os efeitos de uma reforma tributária que eliminasse a heterogeneidade de alíquotas e a cumulatividade. Segundo os autores, uma "reforma tributária neutra gera ganhos de 7,8% do PIB e 1,9% em bem-estar. A simples eliminação da dispersão de alíquotas

Se, em termos mais gerais, aparecem dificuldades para a sustentação do argumento, há, além disso, algumas situações específicas nas quais se pretende justificar a diferenciação de alíquotas também por razões de eficiência.[16] Nesse caso, a argumentação para justificar as alíquotas diferenciadas parte da constatação de que há atividades que não são tributadas por definição. Isso acontece com o que se convencionou chamar de trabalho "*Do It Yourself*" (DIY): a preparação de comida em casa, os pequenos reparos, cuidar das crianças pequenas, o serviço de limpeza nas casas e mesmo muito do que é feito em salões de beleza. Todas essas são atividades para as quais as pessoas podem contratar prestadores de serviço, ou podem fazer, elas mesmas, em casa.

Há, então, uma diferenciação que é causada pela tributação: quando o serviço é tomado de terceiros, sobre ele incide tributo, mas, quando ele é feito em casa, pelo próprio tomador, não incide tributo. Utilizemos o exemplo da comida. Sobre a atividade de preparar comida em casa não incide tributo, enquanto a atividade dos restaurantes, mesmo "por quilo", é tributada.

Essa diferença pode levar as pessoas a optarem por preparar a comida em casa, em vez de ir a restaurantes. Porém, do ponto de vista da eficiência do sistema, essa não é a melhor opção. Isso porque ela introduz "uma distorção que pode levar pessoas altamente produtivas e especializadas a executar 'trabalho DIY', mesmo que elas não sejam boas nisso" (Copenhagen Economics, 2007, p. 22, tradução livre), o que é fonte de ineficiência econômica.

A preparação da comida em casa leva tempo, o que reduz o tempo disponível para o trabalho, enquanto os pratos prontos congelados ou as refeições nos restaurantes economizam tempo. Se pessoas especializadas no trabalho que conduzem são levadas a trocar algumas horas desse trabalho por trabalho do tipo DIY em casa, a economia está funcionando de forma não eficiente. Por isso, o relatório apresentado para a Comissão Europeia (Copenhagen Economics, 2007, p. 21), entre vários outros estudos, conclui que essas são situações nas quais maior eficiência econômica seria alcançada com o uso de alíquotas diferenciadas para esses serviços, de forma a desincentivar o trabalho DIY.

A literatura não nega que pode haver situações em que a diferenciação de alíquotas pode conduzir a um aumento de eficiência econômica, mas aponta, assim como ocorreu com a análise que propõe alíquotas diferentes em função de elasticidades diferentes, para a complexidade da avaliação de tal ganho, e destaca que não é claro que os bens que atualmente

do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) leva a um aumento de 5,6% do PIB" (Delalibera *et al.*, 2023, p. 1).

16 Nos termos do Copenhagen Economics (2007, p. 21, tradução nossa), "[n]ão há dúvida de que reduções cuidadosamente concebidas nas alíquotas de IVA ou esquemas de suporte diretos equivalentes devem, por várias razões, melhorar o bem-estar dos Estados-Membros e da comunidade".

possuem alíquotas reduzidas (impostos que deixam de ser arrecadados) estão gerando esse resultado (Abramovsky; Phillips; Warwick, 2017, p. 15).

2.2. Bens que têm mérito

O segundo argumento para justificar o uso de alíquotas diferenciadas diz respeito ao que se convencionou chamar de "bens que têm mérito". As pessoas fazem suas escolhas e transacionam no mercado de acordo com o que acreditam ser bom para elas. Contudo, considera-se que o consumo (e a produção) de determinados bens pode ser considerado mais benéfico para a sociedade e para as próprias pessoas do que elas próprias conseguem avaliar.

Assim, pode-se dizer que há tanto externalidades quanto internalidades associadas a esses bens. Haveria externalidades positivas, porque o seu consumo geraria mais benefícios para a sociedade como um todo do que o comprador individual é capaz de perceber e levar em consideração na sua decisão de compra.

Haveria também internalidades, pois, por falta de informação, o próprio comprador não se daria conta, de modo satisfatório, dos benefícios que a compra de determinado bem traria para ele próprio.

Em função desses dois fatores, "os consumidores têm uma tendência a comprar menos do que o nível socialmente ótimo de tais bens e serviços" e uma redução do imposto teria como objetivo alterar esse estado de coisas (Comissão Europeia, 2011, p. 551, tradução livre).

Dessa forma, em um número significativo de países, a tributação sobre o consumo de certos bens, como livros, revistas, jornais, atividades culturais e transporte público, é tratada de forma diferenciada (Comissão Europeia, 2011). Também entram nessa categoria os produtos ambientalmente amigáveis, por exemplo, painéis solares ou turbinas de vento, para estimular a geração de energia limpa.

2.3. Razões distributivas

O terceiro argumento normalmente apresentado em favor das alíquotas diferenciadas está relacionado ao desejo de distribuição e igualdade. Como o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, o argumento ganha especial relevância no país. É fundamental que se protejam os mais pobres e que o problema da desigualdade seja equacionado. Assim, no âmbito do IVA, acredita-se que um instrumento para isso poderia ser a redução da alíquota de alguns bens e serviços. Que bens seriam esses?

Há determinados bens sem os quais não é possível viver. A lista desses bens inclui, por exemplo, água, alguns itens básicos de alimentação, gás e alguns medicamentos. No entanto, para que possam ser candidatos a terem alíquotas reduzidas, além de serem essenciais, o consumo desses bens teria de comprometer uma fração maior do orçamento das famílias mais pobres e uma fração menor do orçamento das famílias mais ricas.

Esse era, já em 1998, um dos pontos levantados por Cnossen quando argumentava contra a diferenciação de alíquotas no âmbito da União Europeia. Ele apontava que a experiência dos

países europeus mostrava uma convergência entre os padrões de consumo de pobres e ricos (Cnossen, 1998, p. 409). Desse modo, uma diferenciação não beneficiaria, nem mesmo em termos relativos, os mais pobres.

Ainda assim, o relatório do consórcio liderado pelo IFS para a Comissão Europeia analisou o impacto distributivo das alíquotas diferenciadas em nove países da União Europeia e concluiu que "as alíquotas zero e as alíquotas reduzidas existentes, tomadas em conjunto, reduzem a proporção de gasto com o IVA para as famílias mais pobres mais que para as famílias mais ricas" (Comissão Europeia, 2011, p. 542, tradução livre).

Entretanto, mesmo que esses efeitos possam existir, é preciso analisar se essa justificativa é suficiente para fundamentar a redução de alíquotas e o tratamento diferenciado para os bens escolhidos. Na próxima seção, pretende-se fazer essa análise e examinar, particularmente, os problemas gerados pelas alíquotas diferenciadas.

3. Problemas das alíquotas diferenciadas

Pelo menos quatro problemas são apontados pela literatura internacional para esse uso das alíquotas diferenciadas. Em primeiro lugar, elas não se mostram um meio eficiente para a redução das desigualdades, porque o benefício não é dirigido exclusivamente aos mais pobres, mas a todos, inclusive, os mais ricos acabam aproveitando a redução de preços. Nesse sentido, outros instrumentos de política tributária mais focalizados poderiam ser muito mais eficientes para atingir o objetivo proposto. Além disso, um mecanismo não direcionado pode ter outros efeitos que não estejam em sintonia com a política fiscal do governo como um todo, por exemplo, alíquotas reduzidas para gasolina podem não estar em sintonia com preocupações ambientais.

Em segundo lugar, a opinião pública acredita que a implementação de alíquotas reduzidas significa preço menor, como se houvesse um repasse automático de toda a redução de alíquota para os preços. Porém, esse repasse envolve outros fatores, como a estrutura de mercado e as elasticidades de oferta e demanda do bem. As pesquisas empíricas internacionais indicam que esse não é um tema pacífico.

Em terceiro lugar, alíquotas diferenciadas tornam o sistema muito mais complexo, o que prejudica sua produtividade e afeta sua eficiência. Com isso, contribui para a diminuição do produto interno a ser dividido, inclusive para os mais pobres.

Por último, e esse é um argumento especialmente pertinente para o Brasil, a existência de alíquotas diferenciadas torna o campo dos tributos especialmente sujeito aos *lobbies*. Alguns "setores" contestam que eles vivenciariam situações muito particulares que, supostamente, iriam distingui-los dos outros e fariam com que merecessem tratamento diferenciado. A seguir, será desenvolvido mais detidamente cada um desses argumentos.

3.1. Alíquotas diferenciadas incluem gastos dos mais ricos

Antes de tudo, alíquotas diferenciadas podem, efetivamente, tornar o sistema mais progressivo. Isso, no entanto, não ocorre necessariamente. Para isso, a parte do consumo dos mais pobres dos bens e serviços com alíquotas reduzidas teria de ser proporcionalmente maior que a parte do consumo dos mais ricos desses mesmos bens e serviços.

Apenas nesse caso – em que os mais pobres consomem mais, em termos relativos, dos bens que têm alíquotas diferenciadas em relação aos mais ricos –, as alíquotas reduzidas tornariam o sistema mais progressivo (Ebrill *et al.*, 2001, p. 74). Primeiro, já foi observado que isso nem sempre ocorre, pois, como apontou Cnossen (1998) para a União Europeia, os padrões de consumo podem ser semelhantes.

Entretanto, ainda que isso ocorra e que os padrões de consumo sejam diferentes, as alíquotas reduzidas não se mostram uma boa alternativa. Mesmo que, em termos relativos, as alíquotas diferenciadas conduzam a um maior aumento no poder de compra dos mais pobres que dos mais ricos, os mais ricos são os que mais se beneficiam com a medida em termos financeiros.

Empiricamente, essa foi a conclusão, por exemplo, da análise conduzida nos nove países da União Europeia na pesquisa já referida, entre diversos outros estudos (Comissão Europeia, 2011, p. 543). Em termos absolutos, isto é, se comparado o total de dinheiro gasto com os bens com alíquotas reduzidas pelos mais ricos e pelos mais pobres, o total gasto pelos mais ricos foi maior.

O estudo da OCDE e do KIPF (2014) chegou exatamente à mesma conclusão. Esse estudo analisou os efeitos distributivos da tributação sobre o consumo em 20 países da OCDE. E concluiu que as alíquotas reduzidas apresentaram, na média, um pequeno efeito progressivo em relação ao gasto com o tributo. Contudo, também confirmou que, em função do gasto maior das famílias mais ricas em termos agregados, elas teriam se beneficiado muito mais que as famílias mais pobres com a diferenciação. E concluiu que,

> [a] despeito desse efeito progressivo, essas alíquotas reduzidas de VAT ainda se mostram um instrumento muito ruim para focalizar o apoio nas famílias mais pobres. Na melhor das hipóteses, as famílias mais ricas recebem tanto benefício agregado das alíquotas reduzidas quanto as mais pobres. Na pior das hipóteses, as famílias mais ricas se beneficiam imensamente mais, em termos agregados, que as famílias mais pobres (OCDE; KIPF, 2014, p. 56, tradução livre).

Cnossen (1998) faz referência a uma pesquisa empírica na Irlanda que teria chegado à mesma conclusão: ainda que, em termos relativos, os mais pobres tenham sido mais beneficiados pela redução de alíquota, em termos absolutos, o benefício dos mais ricos teria sido duas vezes maior. E atribui isso ao fato de eles comprarem espécies mais caras dos bens objeto das reduções, comerem mais em restaurantes e jogarem comida fora com mais facilidade.

Ebrill *et al.* (2001) dão outro exemplo. Eles apontam que, em determinado país, o departamento de assuntos fiscais do FMI calculou que "para cada, vamos dizer, $100 de receita renunciada de IVA como resultado da alíquota zero para comida, menos de $15 eram alocados para os 30% mais pobres da população, enquanto $45 beneficiavam os 30% mais ricos" (Ebrill *et al.*, 2001, p. 76, tradução livre).[17]

Posto isso, o alcance da distribuição que se pode conseguir com a diferenciação de alíquotas é bastante limitado, se comparado a outros instrumentos possíveis, o que mostra que esse não é um mecanismo apropriado para esse propósito; muito do dinheiro gasto para subsidiar as alíquotas reduzidas será revertido para os mais ricos (Abramovsky; Phillips; Warwick, 2017, p. 16). A conclusão da literatura examinada é uniforme no sentido de que, na presença de alternativas possíveis para se distribuir a renda, o imposto sobre o consumo é a pior opção.

Assim, um instrumento mais focalizado, como um sistema de transferências diretas – como o programa Bolsa Família, que existe no Brasil –, alcançaria os mesmos resultados com menos recursos.

Ao redor do mundo, o debate sobre uma alíquota uniforme na tributação sobre o consumo é um debate sobre reduções no âmbito do IVA. No Brasil, a situação é um pouco diferente e, por isso, há um argumento adicional em favor das alíquotas uniformes. Enquanto, ao redor do mundo, o IVA abrange mercadorias e serviços, por aqui há um imposto para os serviços (ISS) e outro para as mercadorias e alguns poucos serviços (ICMS). Como o ISS, ainda que cumulativo, possui alíquota muito menor, os serviços acabam sendo menos tributados que as mercadorias.

Isso faz com que a instituição de uma alíquota uniforme – que, no Brasil, viria acompanhada pela equalização da tributação de mercadorias e serviços – tenha um significado diferente e uma abrangência maior. Orair e Gobetti (2019) mostram como essas medidas teriam o efeito de tornar o sistema menos regressivo. Isso se explica tanto porque os mais ricos consomem mais serviços que os mais pobres quanto pelo fato de que há serviços que compõem a cesta dos mais pobres que são muito tributados, como o serviço de telefonia.

Um último argumento sobre essa lógica de a diferenciação não ser o mecanismo mais eficiente para a distribuição diz respeito às versões de alto custo dos bens favorecidos. O relatório da Comissão Europeia, de 2011, desenvolve esse tema. As medidas tributárias que

17 O estudo da OCDE e do KIPF (2014) indica como esse efeito de ter havido, em termos agregados, um benefício maior para os mais ricos se repetiu para todos os produtos: comida, produtos farmacêuticos, roupas e sapatos para crianças, gás natural, eletricidade e fornecimento de água, tendo a diferença sido menor nesses dois últimos produtos. "Em quase todos os países o benefício tributário recebido pelo decil mais rico foi mais que o dobro do recebido pelo decil mais pobre" (OCDE; KIPF, 2014, p. 58, tradução livre). Na Estônia, onde a diferença foi maior, o benefício do decil mais rico foi seis vezes maior do que o do decil mais pobre.

estabelecem o tratamento diferenciado não distinguem as versões de alto e de baixo custo do bem que tem sua alíquota reduzida. Por isso, perante uma política de redução de alíquota, as versões de alto custo do bem são igualmente beneficiadas (Comissão Europeia, 2011, p. 551). No entanto, o benefício social do uso de uma versão de alto custo do bem não é superior (e provavelmente é muito inferior) a uma versão de baixo custo.

Utilizemos o exemplo dos livros. Alguns deles são consumidos fundamentalmente pelos mais ricos. Os livros de arte, por exemplo. Mesmo em relação aos livros convencionais, os editores podem fazer livros mais caros, com capa dura, e todos os livros seriam beneficiados por uma redução de alíquota na proporção do seu preço.

No caso da carne, nos diversos estados brasileiros, as alíquotas reduzidas não são estabelecidas para as carnes populares, mas para todos os tipos de carne, inclusive o filé-mignon. No caso dos peixes, as alíquotas favorecidas alcançam o salmão e os peixes consumidos apenas pelos mais ricos. Para todos os bens, podem ser encontradas versões de alto custo que são, em regra, igualmente beneficiadas pelo tratamento diferenciado. Esse é mais um argumento no sentido de que a redução de alíquotas não é um bom instrumento para a política pública, porque a diferenciação não é focalizada.

Assim, quando se argumenta contra o tratamento diferenciado para os livros, não se está negando nem as externalidades, nem as internalidades descritas anteriormente, na subseção 2.2, quando foram apresentadas as razões para o tratamento diferenciado dos bens que têm mérito. Trata-se apenas de apontar como o argumento de que a redução de alíquota aumenta, em termos gerais, o consumo agregado do bem é insuficiente para justificar a medida.

Messias e Canado (2021, p. 3) estimaram a partir da POF 2017-2018, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a aquisição de livros com recursos próprios pelas famílias, por estrato de renda domiciliar. As famílias foram divididas por elas em sete grupos, de acordo com a renda domiciliar mensal: no primeiro, ficaram as famílias com renda inferior a dois salários mínimos por mês e, no último, famílias com renda superior a 25 salários mínimos mensais. Elas concluíram que famílias do primeiro grupo gastam cerca de R$ 70,00/ano com livros, enquanto as famílias do último grupo gastam cerca de R$ 620,00/ano. E que, portanto, uma redução de alíquotas é uma medida muito pouco eficiente, pois acaba beneficiando muito mais quem precisa menos da política pública.[18]

18 O estudo da OCDE e do KIPF (2014) analisou a distribuição dos benefícios com os chamados bens que têm mérito: livros, jornais, periódicos, cinema, teatro, concertos, museus e zoológicos. No caso desses bens, os resultados agregados mostram um gasto tão maior por parte dos mais ricos que, mesmo em termos proporcionais, eles favorecem os decis mais ricos da população, o que faz com que, em todos os países, as alíquotas sejam regressivas para esses bens (OCDE; KIPF, 2014, p. 63).

Se não for bem direcionada, a política pode não alcançar o objetivo de aumentar o consumo da parcela que não consome, a despeito do aumento do consumo em termos absolutos. Trata-se, assim, de indicar seu custo e de mostrar que é necessário que a política de redução de alíquotas seja confrontada com outras políticas públicas possíveis, tal como uma política de subsídios diretos, para obtenção dos mesmos objetivos. Messias e Canado (2021, p. 3) abordam também como políticas de *tax refund* ou isenção personalizada seriam muito mais apropriadas.[19]

Além de gerar as distorções que serão examinadas posteriormente, em termos de contencioso tributário, uma política de redução de alíquotas necessariamente vai ser menos focada e usar mal uma parte dos recursos, que poderiam ser mais bem alocados se a política se configurasse de outra maneira.

Ainda a respeito da dimensão dos custos de uma tal política, o "*C-efficiency*" é a ferramenta que tem sido usada em diversos trabalhos para se medir a razão entre a atual receita de IVA e o produto do que seria a alíquota padrão com o consumo total. Se for utilizado um *ranking* dos países do mundo com relação a esse quesito, os países europeus – nos quais há muitas alíquotas reduzidas – tendem a se posicionar abaixo da média da OCDE, que é de 52,9, enquanto a Nova Zelândia, por exemplo, que aplica uma alíquota uniforme, apresenta 90 pontos nesse *ranking* (Feria; Walpole, 2020, p. 645).

Nesta subseção foi argumentado que a redução de alíquotas não é um bom instrumento para se distribuir renda, porque os mais ricos se apropriam da maior parte do valor do imposto objeto de renúncia. Porém, mesmo que esse não fosse o caso e os mais pobres se beneficiassem da maior parte, a tese de que uma política de redução de alíquotas poderia ser utilizada como um instrumento adequado para a distribuição da renda está fundada em outro pressuposto que, até este momento, foi assumido como válido, sem ter sido demonstrado: o de que haveria repasse da redução de alíquota para o consumidor final.

3.2. O REPASSE DAS REDUÇÕES PARA O PREÇO DOS BENS E SERVIÇOS

A opinião pública acredita que reduções de alíquotas tornam os preços menores, como se houvesse um repasse automático das reduções de alíquota para os preços. Até mesmo os

19 Godoi (2017, p. 569) escreve não acreditar que os estados brasileiros teriam "condições administrativas de criar e gerir um eficiente mecanismo de operacionalização e controle dos créditos e transferências tal como ocorre no Canadá (*tax refund*)". Ele argumenta que, no Brasil, a administração do sistema depende das informações transmitidas ao Fisco por meio da declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF), mas a população de baixa renda não é contribuinte do IRPF (Godoi, 2017, p. 568). Porém, o programa do governo do estado do Rio Grande do Sul, a experiência com o programa Bolsa Família e a Nota Fiscal de Serviço Eletrônica (NFS-e) mostram como isso não só é possível, mas tem acontecido de forma eficiente.

formuladores de política tributária partem desse pressuposto. Sabe-se que há outros fatores, como as elasticidades de oferta e demanda e as estruturas dos mercados, que interferem na formação dos preços. Entretanto, como o exame dessas circunstâncias tornaria qualquer análise sobre os efeitos precisos de eventual redução muito complexa e difícil, os formuladores de política tributária acabam assumindo o pressuposto.

Nesse sentido, Bird e Gendron (2007, p. 71, tradução livre) escrevem: "[…] a análise convencional da incidência tributária geralmente evita essas complexidades e simplesmente assume que o tributo é totalmente repassado pelo vendedor ao consumidor final". Mesmo a literatura mais sofisticada assume o pressuposto. Como apontam Benzarti *et al*. (2020, p. 4441, tradução livre), "as propostas relativas ao IVA naquela revisão ['Mirrlees Review'] assumem a suposição-chave de que a incidência do IVA recai toda ela sobre os consumidores – uma suposição que é implícita". No entanto, é assim mesmo que as coisas acontecem?

Esse foi um tema que preocupou em especial a União Europeia. Foram três relatórios, em 2003, 2007 e 2011 (os dois últimos já referidos no presente artigo), que analisaram extensamente esse problema. Além deles, vários outros estudos foram publicados tratando do tema. A seguir, pretende-se apresentar esse material.

A preocupação em avaliar empiricamente se reduções de preços foram efetivamente repassadas aos consumidores quando foram implementadas alíquotas diferenciadas remonta pelo menos a 2003, data em que a União Europeia publicou o relatório que avaliou os resultados de um experimento de 1999.

Esse relatório foi contratado para avaliar o experimento da redução de alíquotas para os serviços intensivos em mão de obra e concluiu que, "[q]uando conduzidas pesquisas de preço, os Estados-Membros descobriram que as alíquotas reduzidas de IVA nunca refletiam integralmente preços menores aos consumidores. Parte da redução de IVA foi usada para aumentar as margens dos prestadores de serviço" (Comissão Europeia, 2003, p. 23, tradução livre).

Além dos relatórios preparados para a Comissão Europeia, uma série de estudos foi desenvolvida nos últimos anos com o propósito de identificar o repasse no preço para os consumidores de reduções (e aumentos) de alíquota. Nesse sentido, Carbonnier (2007) analisou dados da França; Kosonen (2015), da Finlândia; Gaarder (2019), da Noruega; Nipers *et al*. (2019), da Letônia; Ván e Oláh (2018), da Hungria; e Politi e Mattos publicaram, em 2011, um estudo que analisou os repasses nas alterações (75% delas reduções) ocorridas entre 1994 e 2008, no Brasil, em dez produtos integrantes da cesta básica.

Politi e Mattos (2011) examinaram os dados de 16 estados brasileiros e buscaram estimar não apenas o repasse, mas também se havia diferença entre o repasse nas situações de aumento e nas de redução de alíquota. Os resultados indicaram, para todos os bens, não ter havido um repasse integral no caso das reduções de alíquota, mas que isso ocorreu em parte das vezes que houve aumento. Os autores concluíram haver assimetria com relação às diferentes direções das mudanças de alíquota.

No mesmo sentido, Pinheiro *et al.* (2023) analisaram dados de quatro estados brasileiros para uma cesta de 79 produtos alimentícios no período 1994-2021 e concluíram que, em média, cada ponto percentual de variação no ICMS gera aproximadamente 0,13 ponto percentual de variação nos preços. Tal repasse estende-se por quatro meses após a alteração na alíquota.

A literatura aponta para casos em que o repasse foi integral, como o descrito por Gaarder (2019), na Noruega; para situações em que o repasse foi parcial, como as relatadas por Carbonnier (2007), na França; e para ocasiões em que não ocorreu repasse, como o caso dos restaurantes descrito por Ván e Oláh (2018), na Hungria. Além disso, o repasse parcial, eventualmente, é próximo do integral, como nas situações apresentadas por Nipers *et al.* (2019), na Letônia, e às vezes é muito inferior ao integral, como nos casos descritos por Politi e Mattos (2011) e Pinheiro *et al.* (2023) quando trataram do Brasil.

Porém, tanto o amplo estudo de Benzarti *et al*. (2020) quanto o de Politi e Mattos (2011) apontam que há assimetria nos repasses nos casos de aumento e de redução, sendo maior nos aumentos e menor nas reduções. Nos termos do último relatório para a União Europeia, a principal hipótese para explicar as diferenças nos repasses é de que os mercados e as elasticidades de oferta e demanda são também diferentes.

Ainda que, infelizmente, a maioria dos estudos não confronte os resultados alcançados com as características do mercado,

> [a]queles que fornecem informações sobre as estruturas de mercado parecem encontrar evidência de que os mercados que são representantes mais próximos de uma situação de concorrência perfeita com frequência apresentam repasse total, enquanto os mercados menos competitivos apresentam tanto repasse parcial quanto um repasse maior que o total (Comissão Europeia, 2011, p. 317, tradução livre).

3.3. Problemas trazidos para o sistema como um todo

Além de não se ter certeza de que reduções serão repassadas aos consumidores, a introdução de alíquotas diferenciadas traz uma série de consequências negativas para o funcionamento do sistema como um todo. Em primeiro lugar, a introdução da diferenciação faz aumentar os custos de conformidade para os contribuintes e os encargos da administração pública para fiscalizá-los. Como escrevem Abramovsky, Phillips e Warwick (2017, p. 13, tradução livre),

> [a]s empresas que compram ou vendem bens tributados com alíquotas diferentes precisam de procedimentos contábeis e de faturamento que assegurem a recuperação e a cobrança do imposto pela alíquota correta em cada transação e possam refletir isso em seus registros fiscais (mais complexos).

O trabalho de fiscalização para as autoridades fiscais também aumenta. As auditorias são mais difíceis, pois "não apenas os valores totais de vendas e compras devem ser verificados, mas também os bens e serviços sujeitos a alíquotas diferentes" (Abramovsky; Phillips; Warwick, 2017, p. 13, tradução livre).

O número de reembolsos de IVA também tende a aumentar. Não são apenas as empresas que exportam que acumulam saldos credores, pode haver mais situações nas quais, aplicadas às vendas alíquotas superiores às compras, esses saldos e os pedidos de reembolso se acumulem. E cria-se um incentivo para a classificação errada dos bens e serviços (Ebrill *et al.*, 2001).

Além de aumentar o custo de conformidade para o contribuinte e o custo de fiscalizar a conformidade para o Fisco, alíquotas diferenciadas fazem aumentar o contencioso tributário. Quando se estabelece uma alíquota diferenciada, há uma tendência do contribuinte de tentar incluir o maior número possível de bens ou serviços entre aqueles que receberão o tratamento diferenciado.

Como há sempre uma zona cinzenta, parte do contencioso tributário se explica justamente em razão de problemas de classificação e interpretação que decorrem dessa diferenciação de alíquotas. Rita de la Feria e Michael Walpole (2020) apontam exemplos de produtos que foram objeto de grande contencioso em razão da alíquota, sendo o dos *Jaffa Cakes* o mais famoso. Discutiu-se, por anos, nos tribunais, se eles deveriam ser tratados como bolos (e sujeitos, assim, à alíquota zero) ou como biscoitos, sujeitos à alíquota padrão (Feria; Walpole, 2020, p. 647).[20]

No caso do Brasil, as situações análogas são ainda mais numerosas. A seguir, será indicado apenas um exemplo, em caráter ilustrativo.

Há diversas autuações, por exemplo, diante da pretensão de se aplicar aos hambúrgueres de lanchonetes *fast-food*, como o *McDonald's*, a isenção que existe para as carnes. Um exemplo dessa situação está no AIIM 4062297-6 do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT/SP) (Governo do Estado de São Paulo, *s.d.*). A controvérsia está no fato de o dispositivo que concede a isenção referir-se à carne *in natura*.

Conforme as autoridades fiscais, as carnes de hambúrguer não seriam carne *in natura*, ou "carne resultante de abate" (conforme diferentes redações da lei), mas sofreriam transformação em decorrência de processo de industrialização. De acordo com os contribuintes, as etapas de

20 Em outro texto, Rita de la Feria (2021) discorre sobre como alíquotas múltiplas podem fazer aumentar as oportunidades de planejamento, elisão e fraude. Segundo ela, "de todos os casos de elisão de IVA decididos pela corte de justiça da União Europeia nos últimos 20 anos, por exemplo, somente dois não diziam respeito a alíquotas diferenciadas ou isenções" (Feria, 2021, p. 143, tradução livre).

moagem, compactação, modelagem, formatação e congelamento da carne fazem parte do processo produtivo desse bem, mas se trata 100% de carne e não são adicionados ingredientes ao produto, pelo que argumentam se tratar de carne *in natura*.

Essas situações são apresentadas em caráter ilustrativo e haveria dezenas de outras que mostram o contencioso que se cria quando se estabelecem quaisquer formas de tratamento diferenciado.

3.4. Campo propício para os grupos de interesse

Um último argumento contra as alíquotas reduzidas é o de que a diferenciação torna o sistema mais vulnerável aos *lobbies*. Em primeiro lugar, há uma constatação empírica: conforme relatado, há uma experiência geral de que "o tratamento preferencial, uma vez garantido, tende a se ampliar, e que, com isso, a coerência mais ampla do sistema tributário sofre" (Crawford; Keen; Smith, 2010, p. 301, tradução livre).

Estabelecida uma exceção, fica muito mais difícil evitar que novas exceções sejam criadas. No Reino Unido, as roupas para crianças, por exemplo, tinham alíquotas reduzidas. Qual a racionalidade por trás desse tratamento diferenciado? Se as roupas têm, por que não devem ter também alíquotas reduzidas muitos outros itens para crianças, como cadeirinhas para transportá-las nos carros e bebês-conforto (Crawford; Keen; Smith, 2010)?

Uma vez estabelecidas exceções, a tendência é haver uma ampliação da lista com grande velocidade. Identifica-se alguma semelhança entre o produto que foi objeto do tratamento diferenciado e o novo produto que postula esse tratamento e pleiteia-se a equiparação. E, à medida que as exceções vão aumentando, há cada vez mais produtos que podem ser objeto de comparação e há cada vez mais analogias possíveis de serem feitas.

Originalmente, o Decreto-Lei n. 399, de 1938 (Brasil, 1938), criou a cesta básica no Brasil com 13 itens. Atualmente, no estado de São Paulo, o art. 3º do anexo II do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS), que trata da redução de base de cálculo para os produtos da cesta básica, contém 27 itens e cada Estado possui uma cesta básica diferente, com itens específicos (São Paulo, 2000).

Mas o problema é que é muito difícil avaliar a justiça de cada um dos pedidos de diferenciação. Conforme os tratamentos diferenciados se ampliam,

> torna-se cada vez mais difícil resistir a pressões por outras e talvez menos merecedoras medidas de diferenciação. Permitindo algumas diferenciações, os governos podem se revelar mais dispostos a conviver com as complicações que essas diferenciações trazem e assim aumentar sua vulnerabilidade para uma futura erosão da base tributária (Ebrill *et al.*, 2001, p. 79, tradução livre).

A concessão de tratamento diferenciado torna o campo dos impostos muito mais suscetível aos *lobbies* e aos grupos de interesse que lutam por tratamento diferenciado no interesse particular desses mesmos grupos.

Considerações finais

No Brasil, as alíquotas diferenciadas na tributação sobre o consumo são defendidas porque elas, supostamente, beneficiariam os mais pobres e seriam responsáveis por maior justiça distributiva. O presente artigo buscou apresentar, a partir da análise da literatura internacional, que, ainda que se admita que as alíquotas diferenciadas tornam a tributação sobre o consumo mais progressiva, esse é um péssimo meio de se tentar proteger os mais pobres.

Foram analisados, em primeiro lugar, os argumentos que poderiam ser utilizados em prol das alíquotas diferenciadas: além do argumento pela equidade, notou-se que elas também são defendidas porque se acredita que, em algumas situações, poderiam assegurar maior eficiência econômica e porque há bens que, por terem mérito, mereceriam proteção especial.

Em seguida, foram examinadas quatro críticas à diferenciação: observou-se como a ideia de que as alíquotas diferenciadas beneficiam os mais pobres parte do pressuposto de que as reduções são repassadas, no preço, aos consumidores finais. E foi mostrado que há muitos estudos empíricos que se debruçaram sobre esse tema e não confirmam esse pressuposto. Ainda que, algumas vezes e em alguns países, tenha havido situações em que as reduções de imposto foram repassadas integralmente para os consumidores, muitas outras vezes isso não aconteceu, o repasse foi apenas parcial ou, em algumas situações, nem sequer houve repasse.

Isso se explica em função das diferentes elasticidades de oferta e demanda e estruturas de mercado. Nos mercados mais competitivos, o repasse tende a ser maior. Estudo feito para o caso do Brasil identificou assimetria nos repasses, quando comparadas as situações de aumento e redução de alíquota. E concluiu que, para as reduções, o repasse foi, em regra, apenas parcial.

Mesmo que o repasse sempre ocorra de forma integral, foram examinados mais três problemas em se usar esse instrumento para proteger os mais pobres. Primeiro, foi visto que, ainda que as alíquotas diferenciadas possam, em termos relativos, favorecer mais os mais pobres – que consomem proporcionalmente mais dos bens com alíquotas reduzidas –, os mais ricos deixam de gastar em tributos, em termos absolutos, mais dinheiro que os mais pobres. A experiência mostra como isso aconteceu em todos os países nos quais isso foi medido por estudos empíricos.

Além disso, foi visto como a diferenciação cria complexidade para o Fisco e para o contribuinte e faz, inevitavelmente, crescer o contencioso entre ambos: há sempre situações sobre as quais há dúvidas interpretativas e, quanto mais exceções existirem, mais controvérsias surgirão. Foram apontados alguns exemplos do tipo de problema interpretativo que as alíquotas diferenciadas trazem a partir do exame da jurisprudência do TIT/SP.

Entretanto, foi mostrado como a existência de algumas situações com tratamento diferenciado torna mais difícil a tarefa de evitar a criação de novas e cada vez mais exceções à regra geral. A possibilidade de se estabelecerem sempre novas exceções torna a legislação mais suscetível aos *lobbies* e aos grupos de interesse.

Se a intenção é criar um sistema progressivo, não é necessário que todos os impostos do sistema sejam, em igual medida, progressivos. O importante é que o sistema como um todo favoreça a distribuição e a equidade. E, para esses propósitos, o imposto sobre a renda e um sistema de transferências diretas são os candidatos naturais. O sistema de tributação da renda pode ter, dependendo do país, mais ou menos condições de cumprir esses objetivos.

No Brasil, o programa Bolsa Família é um caso de sucesso. Uma alíquota uniforme na tributação sobre o consumo, acompanhada por medidas complementares – como a ampliação das transferências diretas ou a devolução do imposto para as camadas mais pobres (medida também conhecida como isenção personalizada ou *tax refund*) –, tem condições de atender aos objetivos que se pretende alcançar com as alíquotas diferenciadas, sem incorrer nos quatro problemas que foram apontados neste artigo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVSKY, Laura; PHILLIPS, David; WARWICK, Ross. Redistribution, Efficiency and the Design of VAT: A Review of the Theory and Literature. *IFS*, Londres, 10 jul. 2017. Disponível em: https://ifs.org.uk/publications/redistribution-efficiency-and-design-vat-review-theory-and-literature. Acesso em: 27 fev. 2024.

ALBUQUERQUE, Breno *et al*. Should Governments Tax Commodities Uniformly? Theory and Evidence from Brazil. *Mimeo*, 2023.

BARREIX, Alberto; BES, Martín; ROCA, Jerónimo. *Equidad fiscal en Centroamérica, Panamá y República Dominicana*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2009.

BENZARTI, Youssef *et al*. What Goes Up May Not Come Down: Asymmetric Incidence of Value-Added Taxes. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 128, n. 12, p. 4438-4474, 2020. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23849/w23849.pdf. Acesso em: 27 fev. 2024.

BIRD, Richard Miller; GENDRON, Pierre-Pascal. *The VAT in Developing and Transitional Countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BIRD, Richard Miller; SMART, Michael. Finances of the Nation: Taxing Consumption in Canada: Rates, Revenues, and Redistribution. *Canadian Tax Journal*, [*s.l.*], v. 64, n. 2, p. 417-442, 2016.

BIRD, Richard Miller; ZOLT, Eric M. Redistribution Via Taxation: The Limited Role of the Personal Income Tax in Developing Countries. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 52, p. 1627-1695, 2005.

BOVER, Olympia *et al*. *Microsimulation Tools for the Evaluation of Fiscal Policy Reforms at the Banco de España*. Madri: Banco de España, 2017. (Documentos Ocasionales, n. 1707).

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2023*. Altera o Sistema Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.887/2020*. Institui a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS, e altera a legislação tributária federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258196. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2019*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 110, de 2019*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2019b. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137699. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 399, de 30 de abril de 1938*. Aprova o regulamento para execução da lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, que institue as Comissões de Salário Mínimo. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/523433/publicacao/15708212. Acesso em: 6 mar. 2024.

CARBONNIER, Clément. Who Pays Sales Taxes? Evidence from French VAT Reforms, 1987-1999. *Journal of Public Economics*, [*s.l.*], v. 91, n. 5-6, p. 1219-1229, 2007.

CASPERSEN, Erik; METCALF, Gilbert. Is value Added Tax Regressive? Annual Versus Lifetime Incidence Measures. *National Tax Journal*, [*s.l.*], v. 47, n. 4, p. 731-746, 1994.

CNOSSEN, Sijbren. Global Trends and Issues in Value Added Taxation. *International Tax and Public Finance*, [*s.l.*], v. 5, n. 3, p. 399-428, 1998.

COMISSÃO EUROPEIA. A Retrospective Evaluation of Elements of the EU VAT System. *Final Report TAXUD/2010/CC/104*, Londres, 5 dez. 2011. Disponível em: https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/report_evaluation_vat.pdf. Acesso em: 14 maio 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. *Report from the Comission to the Council and the European Parliament*. Experimental Application of a Reduced Rate of VAT to a certain Labour-Intensive Services. Bruxelas: Commission of the European Communities, 2003.

COPENHAGEN ECONOMICS. *Study on Reduced VAT Rates Applied to Goods and Services in the Member States of the European Union*: Final Report. Copenhague: Copenhagen Economics, 2007.

CRAWFORD, Ian; KEEN, Michael; SMITH, Stephen. Value Added Tax and Excises. *In*: INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES. *Dimensions of Tax Design*: The Mirrlees Review. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 275-422.

DELALIBERA, Bruno Ricardo *et al*. Tax Reforms and Network Effects. *Ensaios Econômicos*, Rio de Janeiro, n. 832, jan. 2023. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/b2791346-7962-4b43-be04-4e28fc27ee07/content. Acesso em: 18 out. 2023.

DUE, John Fitzgerald; FRIEDLAENDER, Ann Fetter. *Government Finance:* Economics of the Public Sector. 6. ed. Homewood, Illinois: Richard D. Irving, 1977.

EBRILL, Liam P. *et al*. *The Modern VAT.* Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2001.

FERIA, Rita de la. Addressing VAT Regressivity. *Revista Técnica Tributária*, [*s.l.*], v. 1, n. 132, p. 131-151, 2021.

FERIA, Rita de la; WALPOLE, Michael. The Impact of Public Perceptions on General Consumption Taxes. *British Tax Review*, [*s.l.*], v. 67, n. 5, p. 637-669, 2020.

GAARDER, Ingvil. Incidence and Distributional Effects of Value Added Taxes. *The Economic Journal*, [*s.l.*], v. 129, n. 618, p. 853-876, fev. 2019. Disponível em: https://academic.oup.com/ej/issue/129/618. Acesso em: 28 fev. 2024.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributação do consumo e efeitos redistributivos: alíquotas reduzidas conforme a essencialidade dos produtos/serviços (seletividade) *versus* alíquotas uniformes com transferências financeiras (*redundable tax credits*) para famílias de baixa renda. *In*: AFONSO, José R. *et al*. (orgs.). *Tributação e desigualdade*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 545-573.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. *Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) n. 4062297-6*. [*S.d.*]. Disponível em: https://www.fazenda.sp.gov.br/VDTIT/ConsultarVotos.aspx?instancia=2. Acesso em: 21 mar. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009 – POF*. Rio de Janeiro, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa de Orçamentos Familiares 2002-2003 – POF*. Rio de Janeiro, 2003.

KOSONEN, Tuomas. More and Cheaper Haircuts After VAT Cut? On the Efficiency and Incidence of Service Sector Consumption Taxes. *Journal of Public Economics*, [*s.l.*], v. 131, n. C, p. 87-100, 2015.

LEAHY, Eimear; LYONS, Sean; TOL, Richard S. J. The Distributional Effects of Value Added Tax in Ireland. *The Economic and Social Review*, [*s.l.*], v. 42, n. 2, p. 213-235, jun. 2011.

MEHROTRA, Ajay K. Experts, Democracy, and the Historical Irony of U.S. Tax Policy: Thomas S. Adams and the Beginnings of the Value-Added Tax. *Modern American History*, v. 5, n. 3, p. 239-262, nov. 2022.

MESSIAS, Lorreine; CANADO, Vanessa Rahal. Tributar ou não os livros? *JOTA*, 13 abr. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributar-ou-nao-os-livros-13042021. Acesso em: 23 mar. 2023.

METCALF, Gilbert E. Life Cycle versus Annual Perspectives on the Incidence of a Value Added Tax. *In*: POTERBA, James M. (ed.). *Tax Policy and the Economy*. Cambridge: MIT Press, 1994. (v. 8). p. 45-64.

NIPERS, Aleksejs *et al*. Effect of VAT Rate Reduction for Fruits and Vegetables on Prices in Latvia: Ex-Post Analysis. *Journal of Agricultural Science*, [*s.l.*], v. 1, n. 30, p. 25-31, 2019.

O'DONOGHUE, Cathal; BALDINI, Massimo; MANTOVANI, Daniela. Modelling the Redistributive Impact of Indirect Taxes in Europe: An Application of EUROMOD. *EUROMOD working papers*, n. EM 7/01, 2004.

ORAIR, Rodrigo Octávio; GOBETTI, Sérgio Wulff. Reforma tributária e federalismo fiscal: uma análise das propostas de criação de um novo imposto sobre o valor agregado para o Brasil. *Texto para Discussão IPEA n. 2530*. Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); INSTITUTO COREANO DE FINANÇAS PÚBLICAS (KIPF). The Distributional Effects of Consumption Taxes in OECD Countries. *OECD Tax Policy Studies, n. 22*. Paris: OECD Publishing, 2014.

PINHEIRO, Maurício Canêdo *et al*. *Repasses de impostos aos preços dos alimentos:* evidências com dados brasileiros. Relatório da Pesquisa Alíquota Única na Tributação sobre o Consumo. Projeto 2. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2023. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/4eedf0c7-8dcb-46a5-bc43-e8bf1b459dd8/content. Acesso em: 6 mar. 2024.

POLITI, Ricardo Batista; MATTOS, Enlinson. Ad-Valorem Tax Incidence and After-Tax Price Adjustments: Evidence from Brazilian Basic Basket of Food. *Canadian Journal of Economics*, [*s.l.*], v. 44, n. 4, p. 1438--1470, 2011.

RUIZ, Nicolas; TRANNOY, Alain. Le caractère régressif des taxes indirectes: les enseignements d'un modèle de microsimulation. *Economie et Statistique*, [*s.l.*], v. 413, n. 1, p. 21-46, jan. 2008.

SÃO PAULO. *Decreto n. 45.490, de 30 de novembro de 2000*. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS. 2000. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2000/decreto-45490-30.11.2000.html. Acesso em: 6 mar. 2024.

SILVEIRA, Fernando Gaiger. Equidade fiscal: impactos distributivos da tributação e gasto social. *In*: SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL (org.). *XVII Prêmio do Tesouro Nacional – 2012*: coletânea de monografias. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2012. Disponível em: https://premios.tesouro.gov.br/stn2012/assets/pdf/tema1/Tema%201%20-%203%20Lugar%20-%20Fernando%20Gaiger%20Silveira.pdf. Acesso em: 19 out. 2022.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de; NOGUEIRA, José Ricardo Bezerra; LEVY, Horácio. Política tributária e política social no Brasil. *In*: BENECKE, Dieter W.; NASCIMENTO, Renata (orgs.). *Política social preventiva*: desafio para o Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de; NOGUEIRA, José Ricardo Bezerra; SOUZA, Evaldo Santana de. Alíquotas efetivas e a distribuição da carga indireta sobre as famílias no Brasil. *In*: SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL (org.). *XV Prêmio do Tesouro Nacional – 2010*: homenagem a Joaquim Nabuco. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2010. Disponível em: https://premios.tesouro.gov.br/stn2010/assets/pdf/tema4/Tema%204%20-%20Mencao%20Honrosa%20-%20Rozane%20Bezerra.pdf. Acesso em: 27 fev. 2024.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de; NOGUEIRA, José Ricardo Bezerra; SOUZA, Evaldo Santana de. Os impostos sobre o consumo são regressivos? *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 4, p. 705-722, 2000.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de *et al*. O sistema tributário brasileiro é regressivo? *In*: AFONSO, José Roberto *et al*. *Tributação e desigualdade*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 1-28.

THOMAS, Alastair. Reassessing the Regressivity of the VAT. *OECD Taxation Working Papers, n. 49*. Paris: OECD Publishing, 2020.

VÁN, Bálint; OLÁH, Dániel. Does VAT Cut Appear on the Menu? The Consumer Price Impact of Hungarian VAT Decreases of 2016-2017. *Public Finance Quarterly*, Budapeste, v. 63, n. 3, p. 355-375, 2018.

VARSANO, Ricardo. *A tributação do valor adicionado, o ICMS e as reformas necessárias para conformá-lo às melhores práticas internacionais*. [*S.l.*]: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2014. Disponível em: https://publications.iadb.org/pt/tributacao-do-valor-adicionado-o-icms-e-reformas-necessarias-para-conforma-lo-melhores-praticas. Acesso em: 18 out. 2023.

Leonel Cesarino Pessôa

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

leonel.pessoa@fgv.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 04.04.2023
Aprovado: 11.12.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202421

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)

1 Getulio Vargas Foundation, Sao Paulo Law School, Sao Paulo, Sao Paulo, Brazil
https://orcid.org/0000-0002-6270-6047

A Uniform Rate on Consumption Taxation Benefits the Poorest: Presentation and Analysis of the International Debate

UNA TASA UNIFORME EN LA TRIBUTACIÓN AL CONSUMO BENEFICIA A LOS MÁS POBRES: PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DEL DEBATE INTERNACIONAL

UMA ALÍQUOTA UNIFORME NA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO BENEFICIA OS MAIS POBRES: APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DO DEBATE INTERNACIONAL

Leonel Cesarino Pessôa[1]

Abstract
The proposal to adopt a uniform rate for the taxation on consumption has been criticized because supposedly differentiated rates would favor the poorest. Based on the analysis of the international literature, the article concludes the opposite: differentiated rates are not the best means of protecting the poorest for four reasons: (i) lower rates affect both the poorest and the richest, who normally consume more than the poorest, in absolute terms, goods with a reduced rate or which are exempt; (ii) reduced rates foster complexity, creating litigation that impairs the functioning of the system as a whole; (iii) lower rates favor the action of pressure groups; and (iv) rate reductions are not normally or fully passed-through to product prices.

Keywords
Value-added tax; tax justice; VAT; consumption taxation; progressivity.

Resumen
La propuesta de adoptar una tasa uniforme para la tributación del consumo ha sido criticada porque supuestamente las tasas diferenciadas favorecerían a los más pobres. Con base en el análisis de la literatura internacional, el artículo concluye en sentido contrario: las tasas diferenciadas no son la mejor forma de proteger a los más pobres por cuatro razones: (i) las tasas más bajas afectan tanto a los más pobres como a los más ricos, quienes normalmente consumen más que los más pobres, en términos absolutos, los bienes con tasa reducida o exentos; (ii) las tajas reducidas crean complejidad, lo que genera litigios que perjudican el funcionamiento del sistema en su conjunto; (iii) las tasas más bajas favorecen la acción de los grupos de presión; y (iv) las reducciones de tasas no se trasladan normalmente o en su totalidad a los precios de los productos.

Palabras clave
Tributación sobre el valor añadido; justicia fiscal; IVA; tributación al consumo; progresividad.

Resumo
A proposta de adoção de uma alíquota uniforme para a tributação sobre o consumo tem sido criticada porque, supostamente, alíquotas diferenciadas favoreceriam os mais pobres. A partir da análise da literatura internacional, o artigo conclui de forma contrária: alíquotas diferenciadas não são o melhor meio de se proteger os mais pobres por quatro razões: (i) as alíquotas menores atingem tanto os mais pobres quanto os mais ricos, que normalmente consomem mais que os mais pobres, em termos absolutos, os bens com alíquota reduzida ou isentos; (ii)

alíquotas reduzidas geram complexidade, o que cria um contencioso que prejudica o funcionamento do sistema como um todo; (iii) alíquotas menores favorecem a atuação dos grupos de pressão; e (iv) as reduções de alíquota não são em geral ou integralmente repassadas aos preços dos produtos.

Palavras-chave
Tributação sobre o valor agregado; justiça tributária; ICMS; tributação sobre o consumo; progressividade.

How to cite this article
PESSÔA, Leonel Cesarino. A Uniform Rate on Consumption Taxation Benefits the Poorest: Presentation and Analysis of the International Debate. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2421, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202421

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

Brazil has debated the reform of its consumption tax for some years. In the proposed design, five taxes—at federal, state, and municipal level—will be replaced by a dual value-added tax (VAT), composed of the Contribution on Goods and Services (CBS), under the jurisdiction of the Federal Government, and by the Tax on Goods and Services (IBS), under the shared jurisdiction of states and municipalities. International best practices inspire the design of these proposed changes.[2] It means that the Value Added Tax (VAT) to be created will be levied on a broad base, including all goods and services, as well as guided by the principle of destination. The initial design of the proposal also envisioned a uniform rate for all goods and services.

1 This article is the result of Regular Research Project No. 2022/02375-0, funded by the São Paulo Research Foundation (Fapesp). The author would like to thank Professor Isaias Coelho for the comments to the first version of this paper.

2 Two Proposals for Constitutional Amendments (PECs), with similar content, were submitted for consideration, one in the Chamber and the other in the Senate. PEC 45/2019 (Brazil, 2019a), which was processed in the Chamber of Deputies, proposed the replacement of five taxes—the Social Integration Program (PIS), Contribution for Social Security Financing (Cofins), Tax on Circulation of Goods and Services (ICMS), Service Tax (ISS), and Tax on Industrialized Products (IPI)—with a single consumption tax, the Tax on Goods and Services (IBS), and an Excise Tax (IS) on some products. PEC 110/2019 (Brazil, 2019b) has begun its processing in the Senate and proposed the replacement of nine taxes by the IBS and IS, namely: IPI, Tax on Financial Transactions (IOF), PIS, Program for Civil Servant Asset Formation (Pasep), Cofins, Contribution for Intervention in the Economic Domain (Cide-fuels), the ICMS and ISS, and the *Salário-Educação* tax. In an attempt to unify both proposals, a mixed commission was created between the Chamber and the Senate, with Congressman Aguinaldo Ribeiro as rapporteur and Senator Roberto Rocha as president. Congressman Aguinaldo Ribeiro's report reconciled both PECs into a single text. After the report was presented, the newly elected president of the Chamber, Congressman Arthur Lira, did not proceed with it, and the commission was disbanded. The work then continued in the Senate, resuming the processing of PEC 110. Instead of the original wording of the PEC, the rapporteur Senator Roberto Rocha based his report on the text of Congressman Aguinaldo Ribeiro and sought to reconcile it with Bill No. 3,887/2020 (Brazil, 2020), sent by the Federal Government to Congress, which provided for the creation of the Contribution on Goods and Services (CBS). In this new version, PEC 110 enabled the extinction of ICMS, ISS, PIS, Cofins, and Cofins-Importation and their replacement with a dual VAT, and the replacement of IPI with an IS. With Lula's election at the end of 2022, tax reform received new impetus. In early 2023, Fernando Haddad, Minister of Finance, appointed Bernard Appy—one of the authors of the text on which PEC 45 was based—as Extraordinary Secretary for Tax Reform, resuming PEC 45 in the Chamber. Congressman Aguinaldo Ribeiro was appointed as rapporteur once again, but the new text presented incorporated many of the changes promoted by Senator Roberto Rocha's text. The text was approved in the plenaries of the Chamber and the Senate, and on December 20, 2023, Constitutional Amendment No. 132 (Brazil, 2023) was promulgated as a result of the PEC. For a more detailed history of tax reform proposals and a comparison between them, see Orair and Gobetti (2019).

This is the third time in recent years that a consumption tax reform project has been proposed. During both the Fernando Henrique Cardoso (FHC) and the first Lula administrations, the proposal was not approved. The current proposal has also faced significant resistance. This article aims to address one of the points of this resistance.

It is well-known that Brazil is a country marked by inequality. One of the main criticisms leveled against the proposed consumption taxation reform is that the establishment of a uniform rate would have a regressive nature and, supposedly, worsen our distributive problem.[3]

The debate surrounding a uniform rate has been occurring in a disorganized manner in the Brazilian media, but it has developed in a more structured manner within subject-specific international literature. Mainly in Europe, for the past two decades, this debate seeks to assess the outcomes of applying different tax rates and to analyze the segments of society that incur a benefit.

The objective of this article is to analyze the central points of this debate in order to contribute to the organization of the current intensive discussions in Brazil. In order to progress towards the construction of a more rational and fair tax system, it is essential for the discussion on this topic to occur in a more in-depth manner.

The article is divided into four parts, in addition to this introduction. The first part examines the ways of measuring the distributive impacts of consumption taxation; the second discusses the reasons for using different rates and is subdivided into: economic efficiency, merit goods, and distributive reasons. The third part analyzes the problems in using different rates and is subdivided into: inclusion of expenditures by the wealthiest segments of society, pass-through on tax reductions, challenges for the system as a whole, and the creation of a potentially more vulnerable system to lobbying and special interest groups. Finally, the fourth part presents final considerations.

1. Regressivity and Consumption Taxation

Even before the aforementioned criticism of the implementation of a uniform rate, taxation on consumption in general and VAT (Value Added Tax), in particular, are criticized. There is a deep-seated perception that such tax and any way of consumption taxation would be considered regressive. However, international studies suggest that this conclusion is not so evident, and controversies surrounding this issue have not been definitively resolved.[4]

3 This is also one of the most commonly used arguments against the creation of a VAT in the United States (Metcalf, 1994).

4 This entrenched perception is also observed in Canada, despite very few applied studies on the incidence of taxes in this country. Richard Bird and Michael Smart (2016) write that the presumed regressivity of consumption taxation should be considered a matter of faith rather than fact.

The studies that have tackled this issue begin with the consumption of taxpayers distributed across different income deciles. Typically, the population is divided into such deciles, and based on the consumption of each one of them, the VAT paid by taxpayers within different income groups is calculated.

However, for an assessment of the progressivity or regressivity of the tax, the raw numbers obtained from VAT expenditure per decile cannot be directly compared. Since the wealthy spend more than the poor, the raw numbers would always indicate that the wealthiest individuals pay more tax. Obtaining relative numbers poses the greatest difficulty, as there is no consensus on the best parameter with which VAT expenditure should be compared. The main focus of the controversy is that there are two possible parameters: income or expenditure itself.[5]

To explore the difference between these two methodological perspectives for calculating the distributive effects of consumption taxation, we start from a point with no controversy. If the income of a particular society were entirely consumed, and if there were a uniform rate for all goods and services, consumption taxation would be proportional.

However, as differentiation begins to occur, i.e., not everyone consumes their entire income, the situation changes. If the poorest individuals consume all of their income while the wealthiest save and only consume a portion of it, then, using income as the criterion leads to the conclusion that consumption taxation is regressive. This is because the poorest individuals will pay tax on their entire income—as they have consumed everything—while the wealthiest will only pay tax on the portion they have consumed. Empirical studies corroborate this trend.

There is a vast body of international literature that aims to study the issue of the progressivity or regressivity of VAT, taking income as a parameter. Leahy, Lyons, and Tol (2011) present the situation in Ireland. They analyze the distribution of VAT payments among households across different deciles with income as a reference, and conclude that the tax is highly regressive. The same conclusion is reached by Ruiz and Trannoy (2008), who study data from France in 2001, and by Barreix, Bes, and Roca (2009), who analyze data from various Latin American countries between 2000 and 2004. In the perspective of using income as a parameter, the most comprehensive study is that of O'Donoghue, Baldini and Mantovani (2004), which examines the distributive effects of VAT, income tax, and social security contributions in 12 European countries, using household consumption microdata from 1990 to 1996. They also conclude that VAT is strongly regressive. This literature was reviewed in its entirety by Thomas (2020).

5 The difference between the two possible parameters is presented, for example, by the European Commission (2011, p. 361), Thomas (2020, p. 5), and Feria and Walpole (2020, p. 639).

A fundamental critique of the approach that uses income as a parameter is that it does not consider that saved income would revert to consumption in the future. People save when their income is greater than their consumption, and use saved income or take out loans when it is lower. According to the critiques, if the analysis were focused on the income earned over the period of an entire life cycle—rather than over the shorter period of a year—the data obtained would not reflect these temporary fluctuations in income and would mirror reality more closely. If the analysis is limited to a one-year period, the VAT that would have been collected on future spending from the saved income is not captured and fails to show up in the analysis (Thomas, 2020).

Another way to observe the advantages of using the entire life cycle period is that if one year is taken as the basis, it is likely to lead to a distortion in the distribution of individuals across different deciles. This is because people tend to have higher incomes in middle age and lower incomes in youth or in old age.

If an annual perspective is adopted, the deciles representing the poorest individuals may encompass both younger and older members of society who would not be classified as poor, considering the life cyle criterion.

In this regard, Caspersen and Metcalf (1994, p. 732) argue: "By invoking Friedman's (1957) permanent income hypothesis, as well as considerations about the life cycle, economists have recognized that annual income may not be a very good measure of an individual's consumption potential."

However, estimating both lifetime income and lifetime VAT expenditure is a very complex task. Faced with the practical impossibility of making this estimation, some authors propose that consumption itself, i.e., current expenses, be adopted as a criterion. This is because, in the words of Thomas (2020, p. 5), "measuring VAT burdens relative to current expenses is likely to provide a more meaningful estimate of the distributive impact of VAT over an individual's lifetime than measuring VAT burdens relative to current income." Additionally, it is argued that income measures the individual's contribution to society, whereas consumption measures how much they have withdrawn from society for their benefit.[6]

Hence, various international studies have been conducted to analyze the distributive impact of consumption taxation using current expenses as a parameter, rather than income. This extensive literature, which was also reviewed by Thomas (2020), identifies that VAT is not regressive when current expenses suit as parameter, but rather proportional or, in some cases, slightly progressive.

6 According to Due and Friedlaender (1977), this idea dates back to the English philosopher Thomas Hobbes and was developed in the work of Irving Fisher.

Bird and Smart (2016) examine Canada's experience based on household spending data from 2009 and conclude that VAT is slightly progressive. Bover *et al*. (2017) analyze Spain's experience using household spending data from 2015 and present results with both income and spending as parameters. When spending or expenditure are considered they conclude that VAT expenditure is proportional.

A comprehensive study, conducted by a consortium led by the Institute for Fiscal Studies (IFS) for the European Commission, also analyzes data from 2004 to 2009 from across nine European Union countries: Germany, Belgium, Spain, France, Greece, Hungary, Italy, Poland, and the United Kingdom. This study strongly argues that expenditure is a better parameter than income for evaluating the distributive effects of VAT expenditure, however it also presents results for both parameters: income and expenditure itself. When expenditure is considered the study concludes that VAT appears to be distributively neutral in some countries and slightly progressive in others (European Commission, 2011).

The work of Thomas aligns with this perspective. Analyzing a sample of 27 countries, he concludes that VAT, when measured based on current expenditure, is either proportional or slightly progressive (Thomas, 2020). However, is it appropriate to hypothesize that expenditure better reflects the distributive impact of consumption taxation over an entire lifetime rather than income does?

Rita de la Feria and Michael Walpole (2020) raise two criticisms against this argument. According to these authors, on the one hand, income can be considered deferred consumption, on the other hand, as long as it is not consumed, it continues to generate other types of benefits, and income holders will benefit from it in various ways.

Furthermore, they argue that the higher the income saved, the more deferred the consumption will be over time, which, ultimately, could be transferred to future generations and to a time when consumption may no longer be subject to taxation. Therefore, they conclude that it would be more reasonable to assume that VAT is proportional for lower income deciles and becomes regressive as income is saved (Feria; Walpole, 2020).

This argument and conclusion do not seem correct. Theoretically, consumption taxation in the future could be lower and, even, potentially abolished, but it could also increase to levels above its current state. The existence of a possibility, without justifying that events should actually follow this direction (and not the opposite), is not enough to form a judgment about the distributive nature of taxation.

The conclusion that there is proportionality up to a certain point and regressivity beyond is also not correct. According to Feria and Walpole (2020), what would justify the change in the assessment of the distributive nature (from proportional to regressive) would be that, at the inflection point, savings would begin. However, the entire construction of consumption as a criterion was precisely made to demonstrate the theoretical limits of trying to establish a causal relationship between the observation of arising savings and regressivity as a consequence.

In Brazil, a series of empirical studies has also focused on this topic. Professors from the Federal University of Pernambuco (UFPE), Rozane Bezerra de Siqueira and José Ricardo Bezerra Nogueira, have published several articles (with other co-authors) using spending rather than income as a basis and analyzing only indirect taxes. These studies assess that the distribution of the tax burden would be proportional (Siqueira *et al.*, 2017; Siqueira; Nogueira; Souza, 2000, 2010; Siqueira; Nogueira; Levy, 2003).

Alongside the theoretical arguments, previously mentioned, in favor of using spending as a parameter for calculating the distributive effects of consumption taxation, these professors argue that there is also a practical dimension. In Brazil, within the household budget surveys that serve as the basis for investigation, the income of the poorest families is underreported.

If we consider the Household Budget Survey (POF) 2008-2009 (IBGE, 2010), for example, the income reported by families in the lowest stratum of society is much lower than their expenditure: "[...] the average deficit between total income and total spending [...] for the poorest 10% is around 52%" (Siqueira *et al.*, 2017, p. 505).

In 2012, an extensive study by Fernando Gaiger Silveira was published with the aim of assessing the distributive effects of social security, social assistance, taxation, education, and health policies, based on the Household Budget Surveys (POFs) from 2002-2003 and 2008-2009 (IBGE, 2003, 2010). He analyzes both direct and indirect taxation. His analysis also allows to draw separate conclusions for direct and indirect taxation schemes (Silveira, 2012, p. 46).

The study by Silveira (2012) argues in favor of income as a parameter and concludes that, when this criterion is considered, the tax burden on consumption is clearly regressive. However, according to the study, even if expenditure is taken as the parameter, consumption taxes are still regressive.

These conclusions point to a very characteristic trait of the Brazilian tax system. In international empirical research, when income is used as a parameter, taxation on consumption is always considered as regressive. However, when expenditure is used as the criterion, taxation may be invariably considered neutral or even slightly progressive.

If we take Silveira's (2012) conclusions as accurate, the distributive effects issue of the current design of taxation on consumption tends to be more problematic in Brazil. Given the current levies, tax rates, exemptions, and so on, established for taxation on consumption, taxation is still regressive even if expenditure is taken as parameter.[7,8]

7 As previously mentioned, the conclusions of the empirical studies by Siqueira, Nogueira, and Souza (2010) differ from those of Silveira (2012).

8 A detailed analysis of selectivity in ICMS and IPI, pointing out the distortions of their current use, is provided by Godoi (2017).

On the one hand, this fact leads to a peculiar situation and potential changes that could improve the Brazilian system; on the other hand, it is important to remember that consumption taxation was designed to raise revenue in a way that distorts market conditions to the smallest extent possible. The most appropriate time for an effective assessment of the distributive effects of such taxation should be after the expenditure of the collected amount. Even though it may be considered as regressive before expenditures, consumption taxation, combined with well-designed public policies, can result, in certain cases, in greater distribution, potentially surpassing the redistributive effects of a progressive income tax system (Bird; Zolt, 2005).[9]

2. Reasons for Differentiated Tax Rates

Putting aside the choice over which parameter is best to assess the distributive impact of consumption taxation, it is important to highlight that there is an established international literature and debate, systematically overlooked in the discussions occurring in Brazil regarding the reform of this taxation.[10,11] One prevalent topic in this literature is that the use of differentiated tax rates does not benefit the poorest; this topic will be further developed. However, advocating for differentiated tax rates in consumption taxation is not solely about protecting the poorest; it is important to identify all the reasons that could justify the use of such rates and then analyze the issues in their adoption.

According to this extensive body of literature,[12] there are, broadly speaking, three reasons to justify the use of differentiated tax rates. Although the main argument is that they should be

9 According to Mehrotra (2022, p. 244): "As scholars of comparative law and political economy have shown, there is a high degree of correlation across space and time between regressive national consumption taxes like the VAT and robust, progressive social-welfare spending".

10 We mention, herein, the books and articles listed in the "References" section at the end of this article, but we also highlight the material produced for the European Commission, the studies conducted by the International Monetary Fund (IMF) and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Regarding the texts produced for the European Commission, we primarily refer to the following: Copenhagen Economics (2007), European Commission (2011); by the IMF (Ebrill *et al.*, 2001) and concerning the OECD texts, especially the studies by Thomas (2020), OECD and KIPF (2014). In addition to these texts, we indicate the extensive and classic review conducted for the government of the United Kingdom coordinated by James Mirrlees (Crawford; Keen; Smith, 2010).

11 A notable exception in the local debate is the article by Marciano Seabra de Godoi (2017), which engages with a text from the OECD.

12 See the entirety of the bibliography indicated in note 8.

used for equity reasons, there is also an argument regarding goods and services that have merit (in production or consumption) and another argument concerning economic efficiency.

2.1. Economic Efficiency

With regard to this last argument, from a theoretical standpoint, tax rates should not, in principle, be uniform. A tax system is more efficient to the extent that *deadweight loss* is minimized. It occurs when the system is able to refrain from altering people's consumption decisions or do so as little as possible (Copenhagen Economics, 2007, p. 8).

In turn, the potential variation in tax rate will depend on the different price elasticities of products: the more elastic the good, the greater the change in the tax rate (which reflects in the price) to affect consumer behavior. Therefore, in theory, "an economically efficient VAT system necessarily must be non-uniform, imposing higher VAT rates on price-inelastic rather than price-elastic goods" (Copenhagen Economics, 2007, p. 9).

However, imposing different tax rates according to the elasticity of goods would require that these elasticities and their variations be constantly measured, which is an impossible task. Thus, although theory might highlight the greater efficiency of using differentiated rates, from a practical standpoint, it is believed that uniform rates would be more appropriate. In this regard, the study by Copenhagen Economics (2007, p. 9), prepared for the European Commission, has concluded that: "[...] differentiating VAT rates without detailed knowledge of the underlying price elasticities is unlikely to lead to gains in efficiency and may even lead to sizable losses in efficiency as the 'wrong' goods or services are given reduced rates."[13-15]

• • •

13 Based on developments in the literature on optimal taxation theory, Ricardo Varsano (2014) argues that multiple tax rates alter relative prices and distort consumer choice decisions. "This, in turn, affects the structure of production and resource allocation, reducing economic efficiency" (Varsano, 2014, p. 24).

14 Professor at the Brazilian School of Economics and Finance (EPGE FGV/RJ), Aloisio Araujo, has been involved in the debate on tax reform in Brazil. Recently, he and co-authors presented a text arguing that, given the different rates of evasion, proven for Brazil, the primary support for a single tax rate in terms of efficiency would be lost. The experience of increasing the Cofins rate in 1999, without any change to PIS, allowed them to calculate the difference in compliance elasticities between sectors, concluding that it is much higher for the construction sector, for example, than for the financial and real estate sectors (Albuquerque *et al.*, 2023). Even if one accepts the authors' conclusion regarding the variation in elasticities, the suggestive part of the argument would have to deal with the practical difficulties of estimating the variation in price and compliance elasticities. Additionally, it must be noticed that advocating for a uniform tax rate is not solely based on efficiency reasons. As it will be observed throughout this article, to support the adoption of a uniform rate, there are not only efficiency reasons but also equity reasons and benefits for the entire system.

15 Bruno Delalibera *et al.* (2023) published a paper using a general equilibrium model that includes multiple sectors with market power. They assessed the effects of a tax reform that would eliminate rate heterogeneity

If, in more general terms, difficulties in sustaining the argument arise, there are also some specific situations in which the literature justifies the differentiation of rates also for efficiency reasons.[16] In this case, the argument to justify the differentiated rates starts from the observation that there are untaxed activities by definition. This is the case with what has become known as "Do It Yourself" (DIY) work: preparing food at home, small repairs, taking care of young children, cleaning services in homes, and even much practices in beauty salons. They all represent activities of which people can either hire service providers or do themselves at home.

There is, therefore, a differentiation that is caused by taxation: when the service is provided by third parties, it is subject to tax, but when it is done at home by consumers themselves, no tax is imposed. Let us illustrate it with the example of food: the activity of preparing food at home is not subject to tax, whereas the activities of restaurants, even for "buffet-style" dining, are.

Therefore, there is a distinction resulting from taxation: when services are acquired from third parties, they are subject to taxation, whereas when they are performed domestically, by the consumers themselves, no taxation is applied. With the example of food preparation, the act of doing it at home is exempt from taxation, whereas the operations of restaurants, even those offering meals on a "per kilo" basis, are subject to taxation.

This difference may lead people to choose to prepare food at home instead of going to restaurants. However, from the perspective of system efficiency, this is not the best option. This is because it introduces "a distortion that may lead skilled and highly productive persons to carry out DIY even though they are not very good at it" (Copenhagen Economics, 2007, p. 22), which is a source of economic inefficiency.

The preparation of food at home takes time, which reduces the time available for work, while frozen, ready-made meals or meals in restaurants save time. If skilled individuals are led to exchange some hours of their work for DIY work at home, the economy ends up operating inefficiently. Therefore, the report presented to the European Commission (Copenhagen Economics, 2007, p. 21), among several other studies, concludes that these are situations in which greater economic efficiency would be achieved through the use of differentiated rates for these services, aiming to discourage DIY work.

• • •

and cumulativeness. According to the authors, a "revenue-neutral tax reform generates gains of 7.8% of GDP and 1.9% of welfare. Just eliminating Value-Added Tax (VAT) rate dispersion leads to a 5.6% increase in GDP" (Delalibera *et al.*, 2023, p. 1).

16 In the terms of Copenhagen Economics (2007, p. 21), "[t]here is little doubt that carefully designed reductions in VAT rates or equivalent direct support schemes for several reasons may improve member state and community welfare."

The literature does not deny that there may be situations in which differentiated tax rates can lead to increased economic efficiency. However, it also points out, as with the analysis proposing different rates based on different elasticities, the complexity of evaluating such gains and highlights that it is not clear whether the goods currently subject to reduced rates (taxes foregone) are yielding this result (Abramovsky; Phillips; Warwick, 2017, p. 15).

2.2. Merit Goods

The second argument to justify the use of differentiated tax rates concerns what has conventionally been referred to as "merit goods." People make their choices and transact in the market according to what they believe is good for them. However, consumption (and production) of certain goods may be considered more beneficial for society and for individuals themselves than they can evaluate on their own.

One could argue that both externalities and internalities are associated with these goods. Positive externalities arise because the consumption of these goods generates more benefits for society overall than what individual buyers can perceive and consider in their purchasing decision.

There would also be internalities because, due to a lack of information, buyers themselves may not fully realize the benefits that purchasing a particular good would bring to them.

Due to both factors, "consumers have a tendency to purchase less than the socially optimal level of such goods and services," and a reduction in tax would aim to change this state of affairs (European Commission, 2011, p. 551).

Therefore, in a significant number of countries, taxation on the consumption of certain goods, such as books, magazines, newspapers, cultural activities, and public transportation, is treated differently (European Commission, 2011). Also within this category are environmentally friendly products, such as solar panels or wind turbines, to encourage the generation of clean energy.

2.3. Distributive Reasons

The third argument typically presented in favor of differentiated tax rates is related to the desire for distribution and equality. As Brazil is one of the most unequal countries in the world, the argument gains special relevance in the country. It is crucial to protect the poorest and address the issue of inequality. Thus, within the scope of VAT, it is believed that one instrument for this matter could be the reduction of the tax rate on certain goods and services. What goods would those be?

Certain goods are essential for living. The list includes, for example, water, certain basic food items, cooking gas, and certain medications. However, to qualify for reduced tax rates, in addition to being essential, the consumption of these goods would have to account for a larger fraction of poorer families' budgets and a smaller fraction of the budget of richer families.

This was already one of the points raised by Cnossen in 1998 when arguing against the differentiation of tax rates within the European Union. He pointed out that the experience of European countries showed a convergence between the consumption patterns of the poor and the rich (Cnossen, 1998, p. 409). Thus, differentiation would not benefit, not even in relative terms, the poorest.

The report by a consortium led by the IFS for the European Commission analyzed the distributive impact of differentiated tax rates in nine European Union countries and concluded that "existing zero and reduced rates, taken together, reduce the proportion of expenditure taken up by VAT for poorer households more than for richer ones" (European Commission, 2011, p. 542).

However, even if these potential effects exist, it is necessary to analyze whether this justification is enough to support the reduction of rates and the differentiated treatment for the chosen goods. The next section will present this analysis and will particularly examine the problems generated by differentiated rates.

3. Problems of Differentiated Tax Rates

The international literature identifies at least four issues related to the use of differentiated tax rates. Firstly, they are deemed ineffective in reducing inequalities as the benefits are not exclusively directed towards the poorest sectors of society; instead, everyone benefits, including the wealthiest, who enjoy price reductions. It suggests that more targeted tax policy instruments could be much more effective in achieving the intended objective. Furthermore, a non-targeted mechanism may have unintended consequences that conflict with the broader fiscal policy goals of the government; for instance, reduced rates for gasoline may not align with environmental objectives.

Secondly, public opinion often tends toward the belief that implementing reduced tax rates automatically translates to lower prices, as if there were an automatic pass-through of the entire tax rate reduction to prices. However, this pass-through involves other factors, such as market structure and the supply and demand elasticities of goods. International empirical research suggests that this is not a settled matter.

Thirdly, differentiated tax rates make the system much more complex, which impairs its productivity and affects its efficiency. Consequently, this contributes to a decrease in the gross domestic product to be divided, affecting even the poorest.

One last relevant argument to Brazil is the existence of differentiated tax rates that makes the field of taxation especially vulnerable to lobbying. Some "sectors" argue that they experience very particular situations that, supposedly, set them apart from others and warrant differentiated treatment. Each of these arguments will be further developed below.

3.1. Differentiated Rates Include Expenditures of the Richest

First and foremost, differentiated rates can effectively make the system more progressive. However, this is not necessarily the case. For this to happen, the portion of goods and services consumed by the poorest and subject to reduced rates would have to be proportionally greater than the portion of the same goods and services consumed by the richest.

Only under such a scenario—one in which the poorest consume relatively more goods subject to reduced rates, as compared to the wealthiest—would reduced rates make the system more progressive (Ebrill *et al.*, 2001, p. 74). However, it has been noticed that this fact it is not always the case, as Cnossen (1998) pointed out for the European Union, where consumption patterns may be similar.

Even if it occurs and consumption patterns differ, reduced rates are not a good alternative. Even if, in relative terms, reduced rates lead to a greater increase in purchasing power for the poorest than they do for the wealthiest, the wealthiest benefit the most from the measure in financial terms.

Empirically, this was the conclusion of the analysis conducted across the nine countries of the European Union, previously mentioned in the study and among several others (European Commission, 2011, p. 543). In absolute terms, if we compare the total money spent on goods subject to reduced rates by the wealthiest versus that spent by the poorest, the total spent by the first strata was higher.

The OECD and KIPF (2014) study had the exactly same conclusion. This study analyzed the distributive effects of consumption taxation in 20 OECD countries. It concluded that the reduced tax rates had, on average, a small progressive effect in relation to the tax expenditures. However, it also confirmed that due to the higher overall spending of richer families, they would have benefited much more than poorer families from the differentiation. Finally, it concluded that:

> however, despite this progressive effect, these reduced VAT rates are still shown to be a very poor tool for targeting support to poor households: at best, rich households receive as much aggregate benefit from a reduced VAT rate as do poor households at worst, rich households benefit vastly more in aggregate terms than poor household (OCDE; KIPF, 2014, p. 56).

Cnossen (1998) refers to an empirical study in Ireland that reached the same conclusion: although, in relative terms, the poorest would have benefited more from the reduction in tax rates, in absolute terms, the benefit to the richer was twice as great. He attributed it to the fact that they purchase more expensive types of goods subject to the reductions, eat more in restaurants, and more easily throw away food.

Ebrill *et al*. (2001) provide another example. They note that, in a certain country, the IMF's Fiscal Affairs Department calculated that "[f]or every $100 (say) in VAT revenue forgone

as a result of zero-rating food, less than $15 is accrued to the poorest 30 percent of the population, while about $45 benefited the richest 30 percent" (Ebrill *et al.*, 2001, p. 76).[17]

The extent of distribution achievable through tax rate differentiation is quite limited, as compared to other possible instruments, indicating that this is not a suitable mechanism for this purpose; much of the money spent to subsidize reduced rates will be redirected to the wealthiest (Abramovsky; Phillips; Warwick, 2017, p. 16). The conclusion of the reviewed literature is unanimous in the sense that, in the presence of possible alternatives for income distribution, consumption tax is the worst option.

Therefore, a more targeted instrument, such as a direct transfer system—like the *Bolsa Família* Program in Brazil—would achieve the same results with fewer resources.

Around the world, the debate over a uniform rate in consumption taxation revolves around reductions within the scope of the VAT. In Brazil, the situation is slightly different. For this reason, there is an additional argument in favor of uniform rates. While the worldwide VAT covers goods and services, in Brazil, there is a tax for services (ISS) and another for goods and some other selected services (ICMS). Since the ISS, despite being cumulative, is applied at a much lower rate, services end up being less taxed than goods.

It changes the significance and widens the scope for the establishment of a uniform rate—which, in Brazil, would be accompanied by the aligning of taxation between goods and services. Orair and Gobetti (2019) demonstrate how these measures would lead the system to be less regressive. They explain that this happens because the wealthier consume more services than the poorer, and that there are services, included in the basket of goods consumed by the poorer, that are heavily taxed, such as telephone services.

Another argument against differentiation as the most efficient mechanism for distribution concerns higher-cost versions of favored goods. The European Commission's 2011 report elaborates on this issue. Tax measures that establish differential treatment do not differentiate between high-cost and low-cost versions of the goods subject to reduced rates. Therefore, under a rate reduction policy, high-cost versions of the goods are equally benefited (European Commission, 2011, p. 551). However, the social benefit of using a high-cost version of the good is not superior (and probably much lower) than that of a low--cost version.

17 The OECD and KIPF study (2014) indicates how such effect of a greater benefit for the wealthiest has been repeated across all products: food, pharmaceuticals, children's clothing and shoes, natural gas, electricity, and water supply, with a smaller difference for both latter products. "In almost all countries, the top income (expenditure) decile received a tax expenditure that is more than double (triple) what the bottom income (expenditure) decile received" (OECD; KIPF, 2014, p. 58). In Estonia, where the difference was greater, the benefit for the wealthiest decile was six times greater than that for the poorest decile.

Let us use the example of books. Some of them are consumed fundamentally by the wealthiest individuals, such as art books. Even regarding conventional ones, publishers may produce more expensive editions with hardcover bindings, and all books would benefit from a reduction in tax rates proportional to their price.

In the case of beef, across various Brazilian states, reduced rates are not just established for everyday cuts, but for all varieties, including Filet Mignon. In the case of fish, favored rates apply to salmon and other fish consumed only by the wealthiest. For all goods, high-cost versions that are equally benefited by differential treatment can be found. This is another argument suggesting that rate reduction is not a good tool for public policy, as differentiation is not targeted.

Thus, when arguing against differentiated treatment for books, one neither denies the externalities or the internalities described earlier in subsection 2.2 which described reasons for the differential treatment of merit goods. The contraposition points out that the argument that reducing the tax rate generally increases the aggregate consumption of the good is insufficient to justify the measure.

Messias and Canado (2021, p. 3) estimated, based on the 2017–2018 Family Budget Survey (POF), conducted by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), numbers for the purchase of books using personal resources by households, segmented by household income strata. They were divided into seven groups based on monthly income: the first group comprised households with income below the equivalent of two minimum-wage salaries (calculated in Brazil on a monthly basis), and the last group comprised households with incomes exceeding that of 25 times a monthly minimum-wage. They concluded that the first group spend around R$ 70.00 per year on books, while those in the most affluent group spend around R$ 620.00 annually. Therefore, a reduction in tax rates is deemed highly inefficient, as it ends up benefiting those who need the least from public policy.[18]

If not properly targeted, the policy may fail to achieve the goal of increasing consumption among the segment that does not consume, despite any increase in absolute terms. Therefore, it is important to highlight its cost and demonstrate that the policy of reducing tax rates should be compared with other possible public policies, for example, a policy of direct

18 The OECD and KIPF study (2014) analyzed the distribution of benefits with the so-called merit goods, such as: books, newspapers, periodicals, cinema, theater, concerts, museums, and zoos. In the case of these goods, the aggregated results show such a greater expenditure by the wealthiest that, even proportionally, they favor the richest deciles of the population, causing the tax rates to be regressive for these goods in all countries (OCDE; KIPF, 2014, p. 63).

subsidies in order to to achieve the same objectives. Messias and Canado (2021, p. 3) also discuss how tax refund policies or personalized exemptions would be much more suitable.[19]

In addition to creating distortions, which will be examined later, in terms of tax litigation, a policy of reducing tax rates will necessarily have to be less focused and will inefficiently allocate resources which could be better allocated if the policy was configured differently.

Regarding the magnitude of the costs of such a policy, "C-efficiency" is a tool employed in various studies to measure the ratio between the current VAT revenue and the product of what would be the standard rate with total consumption. When ranking countries worldwide by using this criterion, European countries—with a significant number of reduced rates—tend to fall below the OECD average of 52.9 "C-efficiency" measure. In contrast, New Zealand, for example, which applies a uniform rate, scores 90 points on this ranking (Feria; Walpole, 2020, p. 645).

In this section, it was argued that reducing tax rates is not an effective tool for redistributing income because the wealthiest individuals capture most of the value of the tax expenditures. However, even if this were not the case and the poorest individuals benefited the most, the idea that a policy of reducing tax rates could be used as a suitable instrument for income distribution is based on another assumption, presumed valid, that the tax rate reduction would be passed on to the final consumer.

3.2. Pass-Through of Reductions to Prices of Goods and Services

The public opinion presupposes that tax rate reductions lower prices, as if there were an automatic pass-through. Even tax policymakers start their reasoning from this assumption. It is known that there are other factors, such as supply and demand elasticities and market structures, that interfere in price formation. However, since examining these circumstances would make any analysis of the precise effects of a potential reduction very complex and difficult, tax policymakers end up accepting the assumption.

In this context, Bird and Gendron (2007, p. 71) write: "The conventional tax incidence analysis generally avoids such complexities and simply assumes the tax is fully shifted forward from the seller to the final consumer." Even the more sophisticated literature

19 Godoi (2017, p. 569) writes that he does not believe that Brazilian states would have "administrative conditions to create and manage an efficient mechanism for operationalization and control of credits and transfers as occurs in Canada (tax refund)." He argues that, in Brazil, the administration of the system depends on information transmitted to the tax authorities through the Individual Income Tax (IRPF) declaration, but the low-income population does not adhere to the IRPF declaration (Godoi, 2017, p. 568). However, the government program of the state of Rio Grande do Sul, the experience with the *Bolsa Família* Program, and the Electronic Service Invoice (NFS-e) show that it is not only possible, but also has been happening efficiently.

makes this assumption. As Benzarti *et al*. (2020, p. 4441) point out, "[t]he proposals related to VAT in that review [Mirrlees review] rely on the key assumption that VAT incidence falls fully on consumers—an assumption made by default." However, does it actually happen like that?

This was a topic of particular concern to the European Union. Three reports were released—in 2003, 2007, and 2011 (the latter two reports are previously mentioned in this article)—which extensively analyzed this issue. In addition to these, several other studies have been published addressing the topic. This article will further present this material.

The concern to empirically evaluate whether price reductions were effectively passed through to consumers when differentiated rates were implemented, dates back to at least 2003, when the European Union published a report that assessed the results of an experiment conducted in 1999.

This report was commissioned to evaluate the experiment of reducing tax rates for labor-intensive services and concluded that "[w]hen they conducted price surveys, Member States found that reduced rates of VAT were never fully reflected in consumer prices. Part of the VAT reduction is used to increase the margins of service providers" (European Commission, 2003, p. 23).

In addition to the reports prepared for the European Commission, a series of studies have been conducted in recent years to identify the pass-through resulting from tax rate reductions (and increases). In this regard, Carbonnier (2007) analyzed data from France; Kosonen (2015) from Finland; Gaarder (2019) from Norway; Nipers *et al*. (2019) from Latvia; Ván and Oláh (2018) from Hungary; and Politi and Mattos published a study in 2011 that analyzed price changes (75% of those being reductions) occurring between 1994 and 2008 in Brazil and focusing on ten products considered part of the basic basket.

Politi and Mattos (2011) examined data from 16 Brazilian states and sought to estimate not only the pass-through, but also whether there was a difference between situations of rate increases and reductions. The results indicated that, for all goods, there was not a complete pass-through in the case of rate reductions, but it occurred partially in cases of rate increases. The authors concluded that there was asymmetry regarding the different directions of rate changes.

In the same vein, Pinheiro *et al*. (2023) analyzed data from four Brazilian states for a basket of 79 food products during the period from 1994-2021 and concluded that, on average, each percentage point change in ICMS results in an approximately 0.13 percentage in prices. This pass-through extends itself for the four months after a change in tax rate.

The literature evidences cases in which the pass-through was complete, as described by Gaardner (2019) in Norway; to situations of partial pass-through, as reported by Carbonnier (2007) in France; and to instances in which it was absent, such as the case of restaurants described by Ván and Oláh (2018). Additionally, partial ones sometimes approaches full pass-through, as in the situations presented by Nipers *et al*. (2019) in Latvia, and some-

times, it is much lower than full pass-through, as in the scenarios described by Politi and Mattos (2011) and Pinheiro *et al*. (2023) when dealing with Brazil.

However, both the comprehensive study by Benzarti *et al*. (2020) and that of Politi and Mattos (2011) indicate that there is asymmetry in pass-throughs in cases of tax rate increases and decreases. The observation shows that the pass-through is higher for increases and lower for tax decreases. According to the latest report for the European Union, the main hypothesis to explain the differences in pass-throughs is that markets and the elasticities of supply and demand are also different.

Unfortunately, most studies do not compare the results obtained with market characteristics. In this regard, according to the study prepared for the European Commission by the IFS,

> […] those studies that provide information on the market situation seem to find evidence that markets which are closer representatives of perfect competition markets more often feature full shifting of taxes, whereas less competitive markets feature both under- and overshifting more often (European Commission, 2011, p. 317).

3.3. Problems Brought upon the System as a Whole

In addition to the uncertainty whether reductions will be passed on to consumers, the introduction of differentiated tax rates brings a series of negative consequences for the functioning of the system as a whole. First, the introduction of differentiation increases compliance costs for taxpayers and the burdens on the public administration to oversee them. As Abramovsky, Phillips, and Warwick (2017, p.13) write:

> Firms buying or selling goods taxed at different rates need accounting and invoicing processes that ensure they reclaim or charge VAT at the right rate on each transaction, and can properly reflect this in their (more complex) tax fillings.

The monitoring work for tax authorities also increases. Audits become more challenging because "not only total sales and purchase values have to be verified, but also the amounts for goods and services subject to different tax rates" (Abramovsky; Phillips; Warwick, 2017, p. 13).

The number of VAT refunds also tends to increase. It is not only exporting companies that accumulate credit positions; there may be more situations in which, with higher tax rates applied to sales over purchases, these credit positions and refund claims accumulate. This creates an incentive for misclassification of goods and services (Ebrill *et al*., 2001).

In addition to increasing compliance costs for taxpayers and the cost of enforcing compliance for tax authorities, differentiated tax rates increase tax disputes. When a differen-

tiated tax rate is established, there is a tendency for taxpayers to try to include as many goods or services as possible among those that will receive differentiated treatment.

As there is always a gray area, part of the tax disputes arises precisely due to classification and interpretation issues resulting from this differentiation. Rita de la Feria and Michael Walpole (2020) cite examples of products that have been subject to significant disputes due to the tax rate, with the *Jaffa Cakes* case as the most famous. For years, courts debated whether they should be treated as cakes (and thus subject to a zero rate) or as biscuits, subject to the standard rate (Feria; Walpole, 2020, p. 647).[20]

In Brazil, analogous situations are even more numerous. Below, a single example will be provided for illustrative purposes.

There have been several legal proceedings, for example, concerning the attempt to apply the exemption that exists for fresh meat to hamburgers from fast-food chains like McDonald's. An example of this situation can be found in the decision of the administrative court of the State of São Paulo TIT/SP's AIIM 4062297-6 (Government of the State of São Paulo, *s.d.*). The controversy lies in the fact that the provision granting the exemption refers specifically to fresh meat.

According to tax authorities, hamburger meats would not be considered "fresh meat," or "meat resulting from slaughter" (as per different wordings of the law), but would undergo transformation as a result of industrial processing. According to taxpayers, the steps of grinding, compacting, shaping, molding, and freezing the meat are part of the production process of this good, however, it is 100% meat, and no ingredients are added to the product, thus, they argue that it is fresh meat.

These cases are presented for illustrative purposes, and there would be dozens of others able to demonstrate the litigation that arises when any form of differentiated treatment is established.

3.4. Fertile Ground For Special Interest Groups

A final argument against reduced rates is that differentiation makes the system more vulnerable to lobbying. Firstly, there is an empirical observation: as reported, there is a general experience that "preferential treatment, once granted, tends to spread, and that in its doing so wider coherence of the tax system suffers" (Crawford; Keen; Smith, 2010, p. 301).

20 In another text, Rita de la Feria (2021) discusses how multiple tax rates can increase opportunities for tax planning, avoidance, and fraud. According to her, "of all the VAT avoidance cases decided by the CJEU in the last 20 years, for example, only two did not concern either reduced rates or exemption" (Feria, 2021, p. 143).

Once an exception is established, it becomes much more difficult to prevent new exceptions from being created. In the United Kingdom, for example, children's clothing enjoyed reduced rates in the past. The rationale behind this differential treatment raises questioning; if it is applied to clothing, why shouldn't many other items for children, such as car seats and baby carriers, also have reduced rates (Crawford; Keen; Smith, 2010)?

Once exceptions are established, there is a tendency for the list to expand rapidly. Similarities are identified between the product that received preferential treatment and the new product seeking the same treatment, and requests for equivalence are made. As exceptions grow, there are more products available for comparison, and more analogies can be drawn.

Originally, Law Decree No. 399 of 1938 (Brazil, 1938), established the basic basket of goods in Brazil as containing 13 items. Currently, in the State of São Paulo, Article 3 of Annex II of the RICMS, which deals with the reduction of the tax base for basic basket products, contains 27 items, and each State has a different basic basket list replete with specific items (São Paulo, 2000).

But the problem is that it is very difficult to assess the fairness of each of the claims for differentiation. As the differentiated treatments expand,

> they make it harder to resist pressures for other and perhaps less deserving measures of differentiation. By permitting some differentiation, governments may reveal themselves more willing to live with complications that differentiation brings and so increase their vulnerability to further erosion of the tax base (Ebrill *et al.*, 2001, p. 79).

Granting preferential treatment makes the tax field much more susceptible to lobbying and interest groups advocating for differentiated treatment in the particular interest of these same groups.

Final Considerations

In Brazil, differentiated tax rates on consumption are advocated because they supposedly benefit the poorest and are responsible for greater distributive justice. This article has sought to present, based on the analysis of international literature, that even if it is admitted that differentiated rates make consumption taxation more progressive, it represents a slight mean of attempting to protect the poorest segments of society.

Firstly, the arguments that could be used in favor of differentiated tax rates were analyzed: besides the equity argument, it was noticed that they are also advocated because it is believed that, in some situations, they could ensure greater economic efficiency and because there are goods that, due to their merit, deserve special protection.

Then, four criticisms of differentiation were examined: it was observed how the idea that differentiated tax rates benefit the poorest relies on the assumption that the reductions

are passed-through, in price, to final consumers. It was also shown that there are many empirical studies that have delved into this issue, and such studies do not confirm this assumption. Although, sometimes and in some countries, there have been situations in which tax reductions were fully passed on to consumers, in many other instances, it did not actually happen and the pass-through was only partial, or in some situations, there was no pass-through at all.

This differentiated reality can be explained by the different elasticities of supply and demand and market structures. In more competitive markets, the pass-through tends to be higher. A study conducted for the case of Brazil identified asymmetry in the pass-through, when comparing situations of tax rate increases and decreases. It concluded that, for reductions, the pass-through was generally only partial.

Even if the pass-through only occurs in full, three further problems in using this instrument to protect the poorest were examined. First, it was observed that, even though differentiated tax rates may, in relative terms, benefit the poorest more—as they proportionally consume more goods subject to reduced rates—the richest individuals benefit more than the poorest, in absolute terms. Experience shows how this has occurred in all countries where the pass-through has been measured by empirical studies.

Furthermore, it was observed how differentiation creates complexity for both tax authorities and taxpayers, inevitably leading to increased litigation between them: there are always situations in which interpretative issues arise, and the more exceptions, the more controversies will arise. Some examples of the interpretative problems that differentiated tax rates bring were also highlighted, based on the examination of published decisions from the Administrative Tax Court of São Paulo (TIT/SP).

However, it was demonstrated how the existence of some situations with differentiated treatment makes it more challenging to prevent the creation of new and increasingly numerous exceptions to the general rule. The possibility of continually establishing new exceptions makes legislation more susceptible to lobbying and special interest groups.

If the intention is to create a progressive system, it is not necessary for all taxes within the system to be equally progressive. What is important is that the system as a whole promote distribution and equity. For these purposes, income tax and a system of direct transfers are the natural options. The income tax system may vary in its ability to fulfill these objectives, depending on the country.

In Brazil, the *Bolsa Família* Program is a success story. A uniform tax rate on consumption, accompanied by complementary measures—such as expanding direct transfers or refunding taxes to the poorest segments (also known as personalized exemption or tax refund)—is potentially able to achieve the objectives intended with differentiated rates without incurring the four problems identified in this article.

REFERENCES

ABRAMOVSKY, Laura; PHILLIPS, David; WARWICK, Ross. Redistribution, Efficiency and the Design of VAT: A Review of the Theory and Literature. *IFS*, London, July 10, 2017. Available at: https://ifs.org.uk/publications/redistribution-efficiency-and-design-vat-review-theory-and-literature. Accessed on: February 27, 2024.

ALBUQUERQUE, Breno *et al*. Should Governments Tax Commodities Uniformly? Theory and Evidence from Brazil. *Mimeo*, 2023.

BARREIX, Alberto; BES, Martín; ROCA, Jerónimo. *Equidad fiscal en Centroamérica, Panamá y República Dominicana*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2009.

BENZARTI, Youssef *et al*. What Goes Up May Not Come Down: Asymmetric Incidence of Value-Added Taxes. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 128, n. 12, p. 4438-4474, 2020. Available at: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23849/w23849.pdf. Accessed on: February 27, 2024.

BIRD, Richard Miller; GENDRON, Pierre-Pascal. *The VAT in Developing and Transitional Countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BIRD, Richard Miller; SMART, Michael. Finances of the Nation: Taxing Consumption in Canada: Rates, Revenues, and Redistribution. *Canadian Tax Journal*, [*s.l.*], v. 64, n. 2, p. 417-442, 2016.

BIRD, Richard Miller; ZOLT, Eric M. Redistribution Via Taxation: The Limited Role of the Personal Income Tax in Developing Countries. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 52, p. 1627-1695, 2005.

BOVER, Olympia *et al*. *Microsimulation Tools for the Evaluation of Fiscal Policy Reforms at the Banco de España*. Madri: Banco de España, 2017. (Documentos Ocasionales, n. 1707).

BRAZIL. Office of the Presidency. Casa Civil. Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2023*. Altera o Sistema Tributário Nacional. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Accessed on: February 27, 2024.

BRAZIL. Chamber of Deputies. *Projeto de Lei n. 3.887/2020*. Institui a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS, e altera a legislação tributária federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Available at: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258196. Accessed on March 6, 2024.

BRAZIL. Chamber of Deputies. *Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2019*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Available at: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833. Accessed on March 6, 2024.

BRAZIL. Federal Senate. *Proposta de Emenda à Constituição n. 110, de 2019*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2019b. Available at: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137699. Accessed on March 6, 2024.

BRAZIL. *Decreto-Lei n. 399, de 30 de abril de 1938*. Aprova o regulamento para execução da Lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, que institue as Comissões de Salário Mínimo. Available at: https://legis.senado.leg.br/norma/523433/publicacao/15708212. Accessed on March 6, 2024.

BRAZILIAN INSTITUTE OF GEOGRAPHY AND STATISTICS (IBGE). *Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009 – POF*. Rio de Janeiro, 2010.

BRAZILIAN INSTITUTE OF GEOGRAPHY AND STATISTICS (IBGE). *Pesquisa de Orçamentos Familiares 2002-2003 – POF*. Rio de Janeiro, 203.

CARBONNIER, Clément. Who Pays Sales Taxes? Evidence from French VAT Reforms, 1987-1999. *Journal of Public Economics*, [*s.l.*], v. 91, n. 5-6, p. 1219-1229, 2007.

CASPERSEN, Erik; METCALF, Gilbert. Is Value Added Tax Regressive? Annual Versus Lifetime Incidence Measures. *National Tax Journal*, [*s.l.*], v. 47, n. 4, p. 731-746, 1994.

CNOSSEN, Sijbren. Global Trends and Issues in Value Added Taxation. *International Tax and Public Finance*, [*s.l.*], v. 5, n. 3, p. 399-428, 1998.

COPENHAGEN ECONOMICS. *Study on Reduced VAT Rates Applied to Goods and Services in the Member States of the European Union*: Final Report. Copenhagen: Copenhagen Economics, 2007.

CRAWFORD, Ian; KEEN, Michael; SMITH, Stephen. Value Added Tax and Excises. *In*: INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES. *Dimensions of Tax Design*: The Mirrlees Review. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 275-422.

DELALIBERA, Bruno Ricardo *et al*. Tax Reforms and Network Effects. *Ensaios Econômicos*, Rio de Janeiro, n. 832, Jan. 2023. Available at: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/b2791346-7962-4b43-be04-4e28fc27ee07/content. Accessed on October 18, 2023.

DUE, John Fitzgerald; FRIEDLAENDER, Ann Fetter. *Government Finance*: Economics of the Public Sector. 6th ed. Homewood, Illinois: Richard D. Irving, 1977.

EBRILL, Liam P. *et al*. *The Modern VAT*. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2001.

EUROPEAN COMMISSION. A Retrospective Evaluation of Elements of the EU VAT System. *Final Report TAXUD/2010/CC/104*, London, Dec. 5, 2011. Available at: https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/report_evaluation_vat.pdf. Accessed on May 14, 2021.

EUROPEAN COMMISSION. *Report from the Comission to the Council and the European Parliament*. Experimental Application of a Reduced Rate of VAT to a certain Labour-Intensive Services. Brussels: Commission of the European Communities, 2003.

FERIA, Rita de la. Addressing VAT Regressivity. *Revista Técnica Tributária*, [*s.l.*], v. 1, n. 132, p. 131--151, 2021.

FERIA, Rita de la; WALPOLE, Michael. The Impact of Public Perceptions on General Consumption Taxes. *British Tax Review*, [*s.l.*], v. 67, n. 5, p. 637-669, 2020.

GAARDER, Ingvil. Incidence and Distributional Effects of Value Added Taxes. *The Economic Journal*, [*s.l.*], v. 129, n. 618, p. 853-876, Feb. 2019. Available at: https://academic.oup.com/ej/issue/129/618. Accessed on February 28, 2024.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributação do consumo e efeitos redistributivos: alíquotas reduzidas conforme a essencialidade dos produtos/serviços (seletividade) *versus* alíquotas uniformes com transferências financeiras (*redundable tax credits*) para famílias de baixa renda. *In*: AFONSO, José R. *et al*. (orgs.). *Tributação e desigualdade*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 545-573.

GOVERNMENT OF THE STATE OF SÃO PAULO. Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. *Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) n. 4062297-6*. [*S.d.*]. Available at: https://www.fazenda.sp.gov.br/VDTIT/ConsultarVotos.aspx?instancia=2. Accessed on March 21, 2024.

KOSONEN, Tuomas. More and Cheaper Haircuts After VAT Cut? On the Efficiency and Incidence of Service Sector Consumption Taxes. *Journal of Public Economics*, [*s.l.*], v. 131, n. C, p. 87-100, 2015.

LEAHY, Eimear; LYONS, Sean; TOL, Richard S. J. The Distributional Effects of Value Added Tax in Ireland. *The Economic and Social Review*, [*s.l.*], v. 42, n. 2, p. 213-235, Jun. 2011.

MEHROTRA, Ajay K. Experts, Democracy, and the Historical Irony of U.S. Tax Policy: Thomas S. Adams and the Beginnings of the Value-Added Tax. *Modern American History*, v. 5, n. 3, p. 239-262, nov. 2022.

MESSIAS, Lorreine; CANADO, Vanessa Rahal. Tributar ou não os livros? *JOTA*, April 13, 2021. Available at: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributar-ou-nao-os-livros-13042021. Accessed on March 23, 2023.

METCALF, Gilbert E. Life Cycle versus Annual Perspectives on the Incidence of a Value Added Tax. *In*: POTERBA, James M. (ed.). *Tax Policy and the Economy*. Cambridge: MIT Press, 1994. (v. 8). p. 45-64.

NIPERS, Aleksejs *et al.* Effect of VAT Rate Reduction for Fruits and Vegetables on Prices in Latvia: Ex-Post Analysis. *Journal of Agricultural Science*, [*s.l.*], v. 1, n. 30, p. 25-31, 2019.

O'DONOGHUE, Cathal; BALDINI, Massimo; MANTOVANI, Daniela. Modelling the Redistributive Impact of Indirect Taxes in Europe: An Application of EUROMOD. *EUROMOD Working Papers*, n. EM 7/01, 2004.

ORAIR, Rodrigo Octávio; GOBETTI, Sérgio Wulff. Reforma tributária e federalismo fiscal: uma análise das propostas de criação de um novo imposto sobre o valor agregado para o Brasil. *Texto para Discussão IPEA n. 2530*. Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD); KOREAN INSTITUTE OF PUBLIC FINANCE (KIPF). The Distributional Effects of Consumption Taxes in OECD Countries. *OECD Tax Policy Studies, n. 22*. Paris: OECD Publishing, 2014.

PINHEIRO, Maurício Canêdo *et al*. *Repasses de impostos aos preços dos alimentos:* evidências com dados brasileiros. Relatório da Pesquisa Alíquota Única na Tributação sobre o Consumo. Projeto 2. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2023. Available at: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/4eedf0c7-8dcb-46a5-bc43-e8bf1b459dd8/content. Accessed on March 6, 2024.

POLITI, Ricardo Batista; MATTOS, Enlinson. Ad-Valorem Tax Incidence and After-Tax Price Adjustments: Evidence from Brazilian Basic Basket of Food. *Canadian Journal of Economics*, [*s.l.*], v. 44, n. 4, p. 1438--1470, 2011.

RUIZ, Nicolas; TRANNOY, Alain. Le caractère régressif des taxes indirectes: les enseignements d'un modèle de microsimulation. *Economie et Statistique*, [*s.l.*], v. 413, n. 1, p. 21-46, Jan. 2008.

SÃO PAULO. *Decreto n. 45.490, de 30 de novembro de 2000*. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS. 2000. Available at: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2000/decreto-45490-30.11.2000.html. Accessed on March 6, 2024.

SILVEIRA, Fernando Gaiger. Equidade fiscal: impactos distributivos da tributação e gasto social. *In*: SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL (org.). *XVII Prêmio do Tesouro Nacional – 2012*: coletânea de monografias. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2012. Available at: https://premios.tesouro.gov.br/stn2012/assets/pdf/tema1/Tema%201%20-%203%20Lugar%20-%20Fernando%20Gaiger%20Silveira.pdf. Accessed on October 19, 2022.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de; NOGUEIRA, José Ricardo Bezerra; LEVY, Horácio. Política tributária e política social no Brasil. *In*: BENECKE, Dieter W.; NASCIMENTO, Renata (orgs.). *Política social preventiva*: desafio para o Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de; NOGUEIRA, José Ricardo Bezerra; SOUZA, Evaldo Santana de. Alíquotas efetivas e a distribuição da carga indireta sobre as famílias no Brasil. *In*: SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL (org.). *XV Prêmio do Tesouro Nacional – 2010*: homenagem a Joaquim Nabuco. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2010. Available at: https://premios.tesouro.gov.br/stn2010/assets/pdf/tema4/Tema%204%20-%20Mencao%20Honrosa%20-%20Rozane%20Bezerra.pdf. Accessed on February 27, 2024.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de; NOGUEIRA, José Ricardo Bezerra; SOUZA, Evaldo Santana de. Os impostos sobre o consumo são regressivos? *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 4, p. 705-722, 2000.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de *et al*. O sistema tributário brasileiro é regressivo? *In*: AFONSO, José Roberto *et al*. *Tributação e desigualdade*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 1-28.

THOMAS, Alastair. Reassessing the Regressivity of the VAT. *OECD Taxation Working Papers, n. 49*. Paris: OECD Publishing, 2020.

VÁN, Bálint; OLÁH, Dániel. Does VAT Cut Appear on the Menu? The Consumer Price Impact of Hungarian VAT Decreases of 2016-2017. *Public Finance Quarterly*, Budapest, v. 63, n. 3, p. 355-375, 2018.

VARSANO, Ricardo. *A tributação do valor adicionado, o ICMS e as reformas necessárias para conformá-lo às melhores práticas internacionais*. [*S.l.*]: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2014. Available at: https://publications.iadb.org/pt/tributacao-do-valor-adicionado-o-icms-e-reformas-necessarias-para-conforma-lo-melhores-praticas. Accessed on October 18, 2023.

Leonel Cesarino Pessôa

Ph.D. in Law from the University of São Paulo (USP).
Professor at the Sao Paulo Law School Of The Getulio Vargas Foundation (FGV DIREITO SP).

leonel.pessoa@fgv.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 23.03.2023
Aprovado: 15.12.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202417

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getulio Vargas, Brasília, Distrito Federal, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-9276-247X

2 Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getulio Vargas, Brasília, Distrito Federal, Brasil
https://orcid.org/0009-0007-9981-8126

O ICMS Ecológico como um instrumento de política ambiental no Brasil

THE ECOLOGICAL ICMS AS AN INSTRUMENT OF ENVIRONMENTAL POLICY IN BRAZIL

EL ICMS ECOLÓGICO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA AMBIENTAL EN BRASIL

Lizandro Lui[1] e *Patrícia Assunção*[2]

Resumo
O ICMS Ecológico é um instrumento de política ambiental implementado em caráter inovador nos anos 1990 e, atualmente, está presente em diversos estados brasileiros. O objetivo deste artigo é analisar de que forma o ICMS Ecológico foi instrumentalizado nos estados brasileiros ao longo do tempo. Para isso, adotou-se como estratégia metodológica a análise de conteúdo das legislações estaduais que versavam sobre o dispositivo. O artigo conclui que, para além da função compensatória que estava inserida em sua concepção original, o referido instrumento adotou uma segunda função no sentido de criar um mecanismo de incentivo para que os municípios adotem ações na área ambiental.

Palavras-chave
Política ambiental; instrumentos de políticas públicas; ICMS Ecológico; governos estaduais; governos municipais.

Abstract
The Ecological ICMS is an environmental policy tool that was innovatively implemented in the 1990s and is currently present in several Brazilian states. The goal of this article is to analyze how the Ecological ICMS was instrumentalized in the Brazilian states over time. The article concludes that, in addition to the compensatory function that was inserted in its original conception, the aforementioned instrument adopted a second function in the sense of creating an incentive mechanism for municipalities to adopt actions in the environmental area.

Keywords
Environmental policy; public policy instruments; Ecological ICMS; state governments; municipal governments.

Resumen
El ICMS Ecológico es una política ambiental implementada de manera innovadora en la década de 1990 y actualmente está presente en varios estados brasileños. El objetivo de este artículo es analizar cómo el ICMS Ecológico fue instrumentalizado en los estados brasileños a lo largo del tiempo. El artículo concluye que, además de la función compensatoria que se insertó en su concepción original, el citado instrumento adoptó una segunda función en el sentido de crear un mecanismo de incentivo para que los municipios adopten acciones en la área ambiental.

Palabras clave
Política ambiental; instrumentos de política pública; ICMS Ecológico; gobiernos estatales; gobiernos municipales.

Contribuição de autoria

Lizandro Lui
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Patrícia Assunção
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
LUI, Lizandro; ASSUNÇÃO, Patrícia. O ICMS Ecológico como um instrumento de política ambiental no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2417, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202417

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

Este artigo trata da discussão sobre instrumentos de políticas públicas voltados para a área ambiental. Para fomentar a presente discussão, parte-se da análise empírica do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), mais precisamente quanto à modalidade de repartição das receitas desse tributo adotada por um conjunto de estados denominada ICMS Ecológico.

O ICMS Ecológico é um instrumento de política ambiental, implementado em caráter inovador no estado do Paraná, em 1991, e, atualmente, adotado por 17 estados brasileiros. O ICMS Ecológico foi criado como instrumento de compensação aos municípios pela restrição de uso do solo em locais protegidos pela lei ambiental e destinados a outros usos específicos, tais como unidades de conservação e mananciais de abastecimento público de água. Muitos estudos enfatizam a sua capacidade de incentivar a criação e contribuir com a preservação de áreas protegidas (Fernandes *et al.*, 2011; Lima; Gomes; Fernandes, 2020). Entretanto, pouca atenção vem sendo dada ao seu potencial de incentivar o fortalecimento da estrutura local administrativa necessária ao exercício das competências municipais relacionadas à proteção ambiental previstas constitucionalmente. O artigo busca argumentar que o ICMS Ecológico, ao longo das últimas décadas, transformou-se em um instrumento de política pública que extrapolou suas funções redistributivas originalmente concebidas e passou a ser utilizado para o cumprimento de um amplo leque de objetivos. O caráter e os contornos dessa transformação interessam ao presente estudo. Desse modo, o objetivo deste artigo é investigar de que forma o ICMS Ecológico foi instrumentalizado nos estados brasileiros ao longo do tempo à luz da teoria que versa sobre instrumentos de política pública.

1 O projeto que gerou este artigo recebeu financiamento da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (Processo n. 00193-00000256/2023-65).

O debate sobre instrumentos insere-se em uma discussão teórica maior, voltada para a compreensão do desenho das políticas públicas. De acordo com Lima, Aguiar e Lui (2021), a contemporânea perspectiva do desenho das políticas públicas está interessada na análise dos aspectos que formam o conteúdo das políticas, os quais balizam sua estrutura e sua dinâmica. Segundo Lui e Miquelino, entende-se que os elementos empíricos das políticas públicas (tal como as regras administrativas, as leis, as portarias, os estatutos) têm características comuns, que "correspondem à sua estrutura lógica, são eles: problemas e objetivos, instrumentos de implementação, beneficiários e regras de inclusão/exclusão, sistema de governança, racionalidades e construções sociais" (Lui; Miquelino, 2023, p. 2). Nesse sentido, a perspectiva do desenho visa compreender a emergência dessas estruturas e a conformação de cada um desses elementos nas políticas públicas.

As pesquisas que versam a respeito da perspectiva do desenho (*policy design*) afirmam que as políticas públicas perseguem seus objetivos por meio de instrumentos (Direito; Koga, 2020; Lascoumes; Le Galès, 2007; Lui, 2021; Lui; Lima; Aguiar; Miquelino, 2023). Lascoumes e Le Galès (2007) foram os pioneiros no debate desse tema e argumentaram que os instrumentos de políticas públicas são mecanismos direcionados para o desenvolvimento de transformações na sociedade. Dessa forma, eles impactam diretamente as ações de indivíduos e grupos sociais na criação, distribuição e utilização de bens e serviços públicos. Neste artigo, adotamos a proposta de que "instrumentos de uma política pública não são dispositivos neutros, dado que eles produzem efeitos específicos, independentemente do objetivo formalmente perseguido" (Lui; Miquelino, 2023, p. 2).

Para a realização da pesquisa, foram coletadas as leis estaduais que tratam da destinação de receitas do ICMS aos municípios. Além disso, foram observados os critérios ecológicos de repartição de receitas quanto ao seu potencial de incentivar o fortalecimento dos sistemas municipais de meio ambiente e das capacidades municipais. A reflexão acerca do referido fenômeno empírico a partir da discussão sobre os instrumentos de políticas públicas permitiu que se avançasse na compreensão do tema e tornou possível constatar que, apesar das diferenças entre os modelos de repasse adotados pelos estados, há uma tendência ao emprego de maior diversificação de parâmetros de repasse vinculados a medidas de gestão, o que pode favorecer o processo de descentralização de políticas ambientais. Ou seja, identificamos que o referido instrumento extrapola suas funções inicialmente estabelecidas, avançando para outras dimensões ao longo do tempo.

Este artigo divide-se em quatro partes, para além desta introdução e da conclusão. Na primeira parte, discute-se a problematização que orienta o argumento deste estudo, situando o ICMS Ecológico no contexto dos instrumentos de políticas públicas, buscando apresentar reflexões sobre o seu papel no incentivo à gestão ambiental, por meio do fortalecimento da estrutura político-administrativa municipal. Na segunda, faz-se uma apresentação do ICMS Ecológico e são abordadas as adaptações que o instrumento vem experimentando. Na terceira, apresentam-se os métodos de pesquisa, e, na quarta, analisam-se e discutem-se os dados.

1. O ICMS Ecológico como instrumento de incentivo à estruturação político-administrativa municipal

Conforme salienta Moura (2013), a temática ambiental é um fenômeno relativamente recente enquanto campo de políticas públicas, e a maior notoriedade de problemas ambientais a partir dos anos 1970 levou à necessidade de estruturar áreas institucionais, políticas públicas e legislações específicas para tratar dessas questões. Trata-se, outrossim, de uma questão em que se verifica uma tendência de expansão da estrutura e do escopo de atuação das instituições governamentais de meio ambiente (Moura, 2013).

De acordo com Leme (2010), a implementação da gestão ambiental no Brasil começou na década de 1970, promovendo a fundação de agências estaduais de meio ambiente e o estabelecimento de políticas ambientais na década de 1980. Segundo Schmitt e Scardua (2015, p. 1125), "quase todos os estados da região amazônica só vieram a formular seu marco regulatório e institucional de meio ambiente a partir dos anos 1990". Dessa forma, consoante indicado pelos autores, essa estrutura jurídica enfrentava dificuldades de natureza política, econômica, financeira e de pessoal, o que resultou na marginalização da temática ambiental nos planos governamentais (Schmitt; Scardua, 2015).

No Brasil, a Lei n. 6.938/1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), estabeleceu, por meio do seu art. 6º, um sistema de gestão descentralizada da proteção da qualidade ambiental, o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), compreendido por entidades do Poder Executivo nos diversos níveis federativos e com atribuições variadas (Brasil, 1981).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), conforme preceitua o art. 23, III, VI e VII, consolidou a competência comum entre União, estados, Distrito Federal e municípios para a atuação em matéria administrativa ambiental (Brasil, 1988). Os municípios, nessa nova ordem jurídica, política e administrativa, receberam *status* de unidade federada e foram dotados, ao menos formalmente, de autonomia e capacidade de auto-organização.

Conforme Leme (2010), o arranjo institucional trazido pelo Sisnama evidencia a lógica federativa especialmente por meio dos órgãos central, seccionais e locais. O órgão central é representado pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), responsável pelo planejamento, pela coordenação, pela supervisão e pelo controle da política nacional e das diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente. Nessa perspectiva, a autora aponta que as entidades seccionais são instituições estaduais ou órgãos encarregados da implementação de programas e projetos, além de exercerem o controle e a fiscalização de atividades que possam causar danos ao meio ambiente. Por fim, os órgãos locais são os órgãos ou as entidades municipais responsáveis pelo controle e pela fiscalização dessas atividades nas suas respectivas jurisdições (Leme, 2010).

No contexto municipal, como aponta Ávila e Malheiros (2012), o Sistema Municipal de Meio Ambiente (Sismuma), integrante do Sistema Estadual de Meio Ambiente (Sisema) e do Sisnama, perfaz-se como um conjunto de órgãos e entidades do município que são respon-

sáveis pelas políticas ambientais, possui um papel estratégico na governança para a sustentabilidade municipal, potencializando a integração do componente ambiental no processo de tomada de decisão local. Tal como nos sistemas estaduais, o modelo adotado dependerá das características do município e da conjuntura regional (Ávila; Malheiros, 2012).

Scardua e Bursztyn (2003) apontam que a baixa presença de municípios com algum órgão para tratar de meio ambiente, aliada ao reduzido número de conselhos municipais de meio ambiente, seriam indicativos da falta de priorização da pauta ambiental na agenda pública. Nesse sentido, os autores concluem que essa situação representa um obstáculo para a elevação das competências municipais nesse campo. Entretanto, Leme (2010) aponta avanços na gestão ambiental municipal com ampliação nas estruturas municipais e capacidade para o trato das questões ambientais. Apesar disso, sugere que a efetivação do Sisnama como sistema que rege a política ambiental brasileira ainda apresenta limitações, seja em relação à necessidade de fortalecimento das capacidades locais, seja quanto à necessidade de se fomentar o diálogo interfederativo.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para o ano de 2020, 94,7% dos municípios indicaram possuir estrutura organizacional para tratar do tema de meio ambiente, muito embora com a predominância de secretarias municipais que atuam com outras políticas. Esse dado indica que os entes subnacionais incorporaram a tarefa de execução da política em suas estruturas administrativas. Além disso, 80% indicaram possuir Conselho Municipal de Meio Ambiente (Comdema), um aumento significativo, considerando que, em 2002, apenas 34,1% das municipalidades contavam com essa instância de participação social. Já em relação aos fundos municipais de meio ambiente, 59,9% dos municípios afirmaram possuir esse instrumento de gestão na área de meio ambiente (IBGE, 2021). É nessa conjuntura – marcada pela baixa priorização da temática ambiental e pela pouca capacidade dos órgãos locais – que ganha destaque o ICMS Ecológico, ao possibilitar o aumento das receitas dos municípios, mediante o atendimento de parâmetros definidos pelos estados, atuando como um instrumento de incentivo à implementação de políticas.

A utilização de instrumentos econômicos vem ganhando espaço no campo das políticas ambientais, sendo-lhes imputada maior eficiência em comparação aos tradicionais instrumentos de comando e controle (Godecke; Hupffer; Chaves, 2014; Motta, 2006). Tais instrumentos atuam na estrutura dos custos econômicos dos agentes mediante incentivos ou restrições, de modo a estimular que os atores adotem mudanças nos seus padrões de consumo ou produção para atender aos padrões ambientais desejados (Motta, 2006).

Segundo Lima, Aguiar e Lui (2021), os instrumentos referem-se às técnicas por meio das quais os governos geram, avaliam e implementam opções de políticas. Nessa corrente, Direito e Koga (2020, p. 3) indicam que "as distintas definições de instrumentos de implementação têm em comum o fato de identificarem-nos como ação governamental". De acordo com as autoras, os instrumentos evidenciam a relação entre a forma como o estado intervém na

sociedade e os seus propósitos. Nessa perspectiva, analisá-los permite entender como o governo consegue fazer com que os agentes sociais ajam conforme o esperado, uma vez que os instrumentos de políticas públicas consistem em ações governamentais destinadas a organizar, regulamentar, estimular ou inibir certas condutas sociais (Lui; Miquelino, 2023).

Entre as definições existentes, utilizaremos a de Bruijin e Hufen (1998), na qual os instrumentos podem ser agrupados em três categorias: i) instrumentos regulatórios que têm natureza legal e caráter coercitivo, em que seu objetivo é normalizar o comportamento dos atores sociais, por isso requerem monitoramento e *enforcement*; ii) incentivos financeiros, cuja popularidade advém de sua natureza não coercitiva, o que demanda conhecimento sobre os fatores que influenciam o comportamento dos atores; e iii) aqueles que operam por meio de transferência de informação, cuja efetividade depende da compatibilidade com o quadro de referência das pessoas que serão afetadas.

No caso específico, o ICMS Ecológico pode ser considerado um instrumento que contém características regulatórias e financeiras. Para Brito e Marques (2017), o ICMS Ecológico, entendido aqui como uma forma de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), caracteriza-se como um instrumento de política pública capaz de compensar determinados entes pelo ônus econômico e financeiro da conservação ou recuperação de ecossistemas. Nesse sentido, os autores indicam que seu uso demanda a utilização de indicadores adequados para conduzir a situação ambiental almejada.

Segundo Trennepohl (2008), em vista do sistema de repartição de competências trazido pela CF/88, que dotou os municípios de competência legislativa e administrativa para tratar do meio ambiente, torna-se desejável a adoção de políticas que se adaptem à realidade de cada ente federativo, mediante a implementação de uma prática tributária de proteção ambiental, criando incentivos e subsídios fiscais para tanto. O autor destaca que a adoção de medidas interventivas por meio de incentivos fiscais para a implementação de políticas ambientais não se consubstancia somente na forma de arrecadação de tributos e geração de receitas, mas também na promoção de condutas desejáveis, dentro de uma conjuntura de política fiscal no direito ambiental.

De acordo com Tupiassu, Fadel e Gros-Désormeaux (2019), o ICMS Ecológico pode ser entendido como um mecanismo financeiro que contribui para a realização do objetivo constitucional de proteção ambiental. Isso ocorre ao incentivar os municípios interessados em aumentar suas receitas a se adaptarem aos padrões ambientais estabelecidos por lei. Portanto, o ICMS Ecológico representa uma intervenção positiva do governo, que atua como um regulador não coercitivo e assemelha-se a um estímulo fiscal entre os diferentes níveis de governo.

Scaff e Tupiassu (2007) assentam que o permissivo trazido no inciso II do parágrafo único do art. 158 da CF/88, o qual confere autonomia aos estados para definir regras para a destinação de parcelas da receita do ICMS pertencentes aos municípios, viabiliza uma interferência direta do estado no processo de desenvolvimento municipal, considerando

que os parâmetros de repasse de verbas impactam as políticas públicas que serão adotadas. Logo, esse instrumento, acaso bem planejado, pode agir como fator de indução econômica. Para tanto, os estados podem adaptar o instrumento levando em consideração a apreciação dos aspectos ecológico-sociais de cada região, e estabelecer fatores diversos para a mensuração do valor a ser repassado.

Dessa forma, os autores argumentam que o ICMS Ecológico representa um instrumento econômico extrafiscal, o qual, apesar de ter tido um objetivo inicialmente compensatório, à medida que os municípios passaram a implementar políticas públicas ambientais, observou-se uma consequência incrementadora, que se reflete em um redimensionamento de valores que pautam o desenvolvimento local (Scaff; Tupiassu, 2007).

Segundo Lascoumes e Le Galès (2007), os instrumentos são capazes de moldar o comportamento dos atores sociais e políticos, definindo a sua capacidade de ação, enquanto impulsionam novas formas de representação dos problemas, o que pode desencadear novas perspectivas de uso ou interpretação que não estavam inicialmente previstas. Assim, a escolha do instrumento de política a ser empregado pode estruturar ou influenciar as políticas públicas, bem como os seus resultados.

Como consequência, essa perspectiva analítica pode oferecer subsídios para a compreensão da instrumentalização do ICMS nos estados brasileiros, permitindo o exame do processo de adaptação desse instrumento, que vem ganhando contornos de incentivo da gestão ambiental, especialmente levando em consideração a demanda por uma estrutura político-administrativa nos municípios para o tratamento das políticas ambientais.

2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO E A EVOLUÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO NO BRASIL

Idealizado e implementado inicialmente no estado do Paraná, em 1991, o ICMS Ecológico foi adotado em 17 dos 26 estados brasileiros. Ele foi criado como uma forma de compensar os municípios pelas limitações no uso do solo em áreas protegidas e designadas, como unidades de conservação, zonas de preservação específicas e fontes de abastecimento público de água.

De acordo com Ring (2008), após a implementação de uma legislação ambiental mais rígida no início dos anos 1980, vários municípios paranaenses exerceram pressão sobre o Legislativo estadual e as agências governamentais em decorrência das restrições ao uso da terra ligadas a grandes áreas de conservação e proteção de bacias hidrográficas situadas em seus territórios, as quais impediam que os municípios desenvolvessem atividades produtivas.

Em resposta a essas preocupações, o ICMS Ecológico foi introduzido como um instrumento para compensar municípios com grandes áreas protegidas para o enfrentamento das restrições de uso da terra enquanto fornecia incentivos para a sua conservação. Trennepohl (2008) aponta o emprego da extrafiscalidade do ICMS Ecológico na orientação da decisão política para a preservação ambiental e ressalta o caráter compensatório aos municípios pelo atendimento aos requisitos ambientais de defesa ambiental. Droste *et al.* (2017) observam que

as áreas protegidas são criadas principalmente em níveis mais altos do governo. No entanto, os custos de gestão e de oportunidade relacionados a essas áreas ocorrem nos níveis locais. Dessa forma, o sistema de transferência fiscal compensaria a perda de renda, reduzindo assim, os custos de oportunidade de localização de áreas protegidas para jurisdições locais e potencialmente incentivando designações de unidades de conservação.

A CF/88 prevê, em seu art. 158, IV, que 75% dos valores arrecadados com o ICMS devem ficar com os estados e 25% devem ser destinados aos municípios, como forma de apoiar a autonomia financeira desses entes federados (Brasil, 1988).

Até o ano de 2020, a Constituição estabelecia que, dentro da parte alocada aos municípios, 75% dos valores creditados deveriam ser distribuídos proporcionalmente entre aqueles com maior atividade econômica. Isso significa que a distribuição seria baseada no valor adicionado resultante das operações relacionadas à circulação de bens e serviços realizados em seus respectivos territórios. O restante (25%) deveria ser distribuído conforme critérios definidos pela lei estadual.

Dessa forma, cada estado pode decidir os parâmetros de distribuição dessa parcela de acordo com as suas especificidades econômicas, políticas e sociais. A recente Emenda Constitucional n. 108, de 2020, ampliou para 35% o percentual a ser distribuído segundo critérios dispostos na lei estadual, porém, fixou um mínimo de dez pontos percentuais a serem distribuídos segundo indicadores educacionais (melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos) (Brasil, 2020). O ICMS Ecológico não é um imposto, não havendo um fato gerador específico para a sua incidência. Na verdade, ele se caracteriza como um instrumento tributário que oportuniza aos municípios o acesso a parcelas maiores do ICMS arrecadado pelos estados do que àquelas que já têm direito, mediante a introdução de novos critérios de redistribuição dos seus recursos, que consideram aspectos ambientais nas leis estaduais.

Os métodos de transferência fiscal consistem na redistribuição de receitas públicas por meio de transferências de governos nacionais e subnacionais para governos locais. Esse mecanismo apresenta a vantagem de ser um sistema parcialmente descentralizado, que implica que os tomadores de decisão podem se beneficiar das informações mais precisas. Além disso, o mecanismo não necessita de financiamento externo para a sua implementação, visto que os fundos redistribuídos são recolhidos dos Impostos sobre Bens e Serviços (IBS) no estado em questão (Sauquet; Marchand; Féres, 2014).

A literatura destaca o potencial do ICMS Ecológico em promover justiça fiscal (Oliveira; Grzebieluckas; França, 2022). Isso porque, sendo as receitas do ICMS distribuídas em função do valor adicionado fiscal, que é um indicador de natureza contábil que consiste "na diferença entre os valores das operações de compra e venda sujeitas à incidência de ICMS no município, tende a favorecer os municípios que mais contribuem para a arrecadação de ICMS" (Tupiassu; Fadel; Gros-Désormeaux, 2019, p. 4). Ou seja, os municípios que recebem as maiores parcelas são os que geralmente apresentam maior população e maior grau de desenvolvimento

econômico. Por conseguinte, nota-se que a justificativa originária para a instituição do ICMS Ecológico foi a necessidade de compensação aos municípios que possuem parte de seu território ocupada por unidades de conservação de distintos graus de restrição, e que ocasionam limitações à sua destinação para atividades econômicas e para a arrecadação de impostos, e, de certa forma, para o seu desenvolvimento.

Entretanto, apesar de ter sido inicialmente idealizado como uma forma de compensar os municípios pela incidência de áreas protegidas em seus limites, ao ser difundido para outros estados, o instrumento foi sofrendo adaptações, incorporando diferentes critérios para a concessão das parcelas das receitas de ICMS em um processo de aperfeiçoamento. A incorporação desses critérios na destinação do produto do ICMS responde, desse modo, à necessidade também de atenção aos problemas ambientais concentrados em regiões urbanas.

Portanto, embora a maior parte dos estudos sobre o ICMS Ecológico evidencie seu papel na consolidação das unidades de conservação, é importante não negligenciar sua função mais recente como ferramenta para promover a gestão ambiental. Essa função incentiva a colaboração e a busca por sinergia entre administradores municipais e agências ambientais estaduais e federais. Destaca-se, nesse aspecto, a legislação do estado de Minas Gerais para o ICMS Ecológico, criada em 1995, que trouxe contribuições para a inovação de parâmetros que compõem o percentual de destinação do imposto, bem como fatores qualitativos na análise das unidades de conservação, incentivando melhorias nos processos de gestão dessas áreas protegidas. Esse estado foi o primeiro a adotar os fatores de esgotamento sanitário e tratamento de resíduos sólidos para o repasse.

De acordo com Ring (2004), Minas Gerais introduziu seu sistema de alocação e passou a aplicar novos indicadores em 1996 com plena operação do novo sistema em 1998. Em Minas Gerais, a introdução do ICMS Ecológico fez-se com a chamada "Lei Robin Hood", a qual foi responsável por uma mudança substancial em todo o sistema de alocação do ICMS. A alocação com base no valor adicionado foi gradualmente reduzida de cerca de 94% (1995) para 80% (1998) para permitir a incorporação de outros indicadores. Além da introdução de indicadores ecológicos, outros oito indicadores foram implementados. Nesse estado, a reforma das cotas-partes do ICMS não cobriu apenas aspectos ecológicos, mas também incluiu a redistribuição de recursos por razões sociais, visando melhorar a situação dos municípios mais pobres.

Castro *et al.* (2019) – um recente estudo sobre o desempenho do ICMS desenvolvido no Brasil – chegaram à conclusão de que o desenho da legislação estadual pode influenciar a resposta dos municípios, de modo que o esforço na adoção de ações de gestão ambiental pelos gestores municipais poderia estar associado a uma maior premiação percebida pelas prefeituras em função dos critérios do ICMS Ecológico, remunerando mais aqueles comprometidos com maiores gastos ambientais. Entretanto, esse estudo também identificou baixa sensibilidade do crescimento da despesa dos municípios com a gestão ambiental como proporção da despesa total em relação ao aumento do ICMS Ecológico na receita total do

município, o que sugere que esse instrumento ainda tem baixa efetividade como fomentador das políticas públicas ambientais locais. Ainda, segundo os autores, a efetividade do ICMS Ecológico no incentivo das políticas ambientais poderia ser otimizada se "o desenho da legislação estadual favorecer critérios que estimulem as prefeituras a investir na melhoria da sua gestão ambiental para obter maiores repasses, pagando mais para aqueles que investirem mais" (Castro *et al.*, 2019, p. 196).

Considerando a ampliação dos parâmetros e a adoção de diversas modalidades de transferência de receitas do ICMS pelos estados, pretende-se examinar se os distintos modelos de repartição podem contribuir com a institucionalização efetiva da gestão ambiental nos municípios e com a estruturação dos sistemas municipais de meio ambiente. Nessa perspectiva, o ICMS Ecológico poderia auxiliar no fortalecimento as instituições locais, viabilizando a gestão integrada e contribuindo para a superação de um dos grandes obstáculos para a descentralização de políticas ambientais.

3. Metodologia

Os dados para a pesquisa foram compreendidos pelos dispositivos que regulam o ICMS Ecológico na legislação estadual (leis e outros atos normativos infralegais). O levantamento dos dados foi realizado entre os meses de setembro e outubro de 2022, a partir de consulta aos sítios eletrônicos das assembleias legislativas, jornais oficiais e portais oficiais de legislação do Poder Executivo dos estados da República Federativa do Brasil. Entretanto, a busca suplementar em outras fontes fez-se necessária em algumas ocasiões em virtude de limitações relacionadas à disponibilidade de dados pelos estados e informações consolidadas, dificultando, em certos casos, a determinação, de modo claro, das alterações nos textos, nas emendas e nas revogações realizadas nos dispositivos legais. Trata-se, portanto, de uma análise de conteúdo conforme descrita por Sampaio e Lycarião (2018). O Quadro 1 contém a lista das normas consultadas e no Quadro 2 constam os detalhes de cada dispositivo legal analisado.

Como estratégia para a análise proposta, elegeu-se três indicadores/dimensões da capacidade de incentivo à estruturação dos sistemas municipais de meio ambiente e fortalecimento das capacidades municipais presentes nos dispositivos normativos, quais sejam: i) o emprego de critérios que impõem a necessidade de adoção de medidas de gestão pelas autoridades locais; ii) a quantidade de critérios de repartição de receitas previstas nas normas; e iii) a existência de condicionantes relacionadas aos componentes do Sismuma. Acredita-se que o emprego desses parâmetros sejam indicadores capazes de expressar maior pretensão dos estados em estimular o exercício da gestão ambiental pelos municípios. As normas estaduais foram classificadas de acordo com a presença ou não desses indicadores entre os dispositivos que regulamentam os critérios de repasse do ICMS.

O primeiro indicador, referente à utilização de critérios que impõem a necessidade de adoção de medidas de gestão, trata daqueles requisitos que exigem ao município a adoção

de uma postura ativa, em que necessariamente deverá haver implementação de alguma ação no âmbito das políticas. Esse indicador está em oposição aos parâmetros que se utilizam de dados exclusivamente quantitativos relacionados às dimensões territoriais dos municípios comprometidos com restrição de uso econômico.

Os outros dois indicadores têm natureza mais pragmática. No caso do segundo indicador, adotou-se como pressuposto que, quanto maior a quantidade e a variação de critérios, maior a necessidade de especialização e de instrumentalização no aparato estatal para o desempenho das funções relativas à gestão ambiental. Nesse caso, arbitrou-se como marco para o indicador a existência de um número igual ou superior a três critérios. Considerou-se que os primeiros estados a implementar o ICMS Ecológico já previam dois critérios de repartição em suas normas. O terceiro indicador refere-se à existência de condicionantes e parâmetros que exigem de forma expressa a instituição de componentes do Sismuma e da Política Municipal de Meio Ambiente (PMMA). Para tanto, foi considerado o referencial legal estabelecido pela PNMA, Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Brasil, 1981), e pela Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011 (Brasil, 2011), a qual regula os incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da CF/88, que trazem as competências comuns dos entes federativos em matéria ambiental. Os principais elementos considerados para esse indicador foram: i) a instituição da PMMA; ii) a existência de órgão executor da política de meio ambiente; iii) a instituição de Comdema; e iv) a instituição de Fundo Municipal de Meio Ambiente (FMMA). Entendeu-se por necessário também considerar eventuais desdobramentos do processo de fortalecimento da gestão ambiental municipal.

Nesse sentido, foram incluídos alguns elementos não necessariamente considerados componentes do Sismuma ou da PMMA. Estes compreendem a constituição de fundos ambientais, pela sua relevância para assegurar a existência de recursos para a implementação das ações, e instrumentos legais do sistema de meio ambiente, tais como, mas não taxativamente, o exercício de licenciamento ambiental e a implementação de sistema municipal de informações sobre meio ambiente.

Ademais, é importante considerar que alguns dos critérios estabelecidos como requisitos para o repasse do ICMS Ecológico não necessariamente estarão no âmbito das competências do órgão ambiental local. Tal fato decorre da ampla diversificação de parâmetros verificada em alguns estados e do caráter transversal da temática ambiental, resultando em que algumas ações tenham permanecido sob a competência de pastas diversas. São exemplos os casos de ações voltadas para a educação ambiental, o turismo sustentável e a adoção de práticas sustentáveis na agricultura, em que existe estrutura administrativa própria para tratar dessas matérias. Acrescenta-se que não foram considerados nesta análise a existência de critérios de progressividade no desempenho das ações municipais ou o peso relativo entre os diferentes parâmetros estabelecidos nas normas estaduais.

Até o ano de 2022, 18 estados editaram normas prevendo critérios ambientais de repasse de recursos do ICMS aos municípios. No entanto, o estado da Paraíba teve a sua Lei n. 9.600/2011

declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça, em janeiro de 2019, a qual disciplinava a participação dos municípios na arrecadação do ICMS mediante repasse ecológico. Desse modo, para o presente artigo foram analisadas as legislações destes estados: Acre, Alagoas, Amapá, Ceará, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Tocantins.

QUADRO 1 – **LEGISLAÇÃO ESTADUAL CONSULTADA PARA A PESQUISA**

ESTADO	NORMA
ACRE	LEI N. 3.532, DE 30 DE OUTUBRO DE 2019
ALAGOAS	LEI ESTADUAL N. 5.981, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1997 (CONSOLIDADA COM ALTERAÇÕES)
AMAPÁ	LEI COMPLEMENTAR N. 120, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2019
CEARÁ	LEI N. 14.023, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2007, QUE ALTEROU A LEI N. 12.612, DE 7 DE AGOSTO DE 1996
GOIÁS	LEI COMPLEMENTAR N. 177, DE 24 DE AGOSTO DE 2022
MATO GROSSO	LEI COMPLEMENTAR N. 746, DE 25 DE AGOSTO DE 2022
MATO GROSSO DO SUL	LEI N. 4.219, DE 11 DE JULHO DE 2012, ART. 2º E ART. 4º, QUE REGULAMENTA A LEI COMPLEMENTAR N. 57, DE 4 DE JANEIRO DE 1991
MINAS GERAIS	LEI N. 18.030, DE 12 DE JANEIRO DE 2009
PARÁ	LEI N. 5.645, DE 11 DE JANEIRO DE 1991, E LEI N. 7.638, DE 12 DE JULHO DE 2012
PARAÍBA	LEI N. 9.600, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2011 (DECLARADA INCONSTITUCIONAL)
PARANÁ	LEI COMPLEMENTAR N. 249, DE 23 DE AGOSTO DE 2022
PERNAMBUCO	LEI N. 10.489, DE 2 DE OUTUBRO DE 1990 (CONSOLIDADA COM ALTERAÇÕES)
PIAUÍ	LEI N. 5.001, DE 14 DE JANEIRO DE 1998 (CONSOLIDADA COM ALTERAÇÕES), E LEI N. 5.813, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2008 (CONSOLIDADA COM ALTERAÇÕES)
RIO DE JANEIRO	LEI N. 5.100, DE 4 DE OUTUBRO DE 2007, QUE ALTEROU O ART. 1º DA LEI N. 2.664, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996
RIO GRANDE DO SUL	LEI N. 11.038, DE 14 DE NOVEMBRO DE 1997 (CONSOLIDADA COM ALTERAÇÕES)

(continua)

RONDÔNIA	LEI COMPLEMENTAR N. 1.166, DE 1º DE JULHO DE 2022
SÃO PAULO	LEI N. 17.348, DE 12 DE MARÇO DE 2021, QUE ALTEROU A LEI N. 3.201/1981 (ART. 1º, V, VI, VIII, IX E §§ 4º, 5º, 6º, 7º E 8º DA LEI N. 3.201/1981)
TOCANTINS	LEI N. 2.959, DE 18 DE JUNHO DE 2015 (CONSOLIDADA COM ALTERAÇÕES)

Fonte: Elaboração própria.

4. Análise dos dados e discussão

A análise do indicador relacionado à adoção de medidas de gestão sugere que a grande maioria dos estados prevê em suas normas critérios que impõem aos governos locais a necessidade de implementação de ações ambientais. Apenas no caso dos estados de Rondônia e do Rio Grande do Sul identificou-se a utilização de parâmetros puramente quantitativos, relacionados às dimensões do território municipal ocupado, respectivamente, com áreas protegidas e áreas protegidas junto a reservatórios de usinas hidrelétricas.

Constata-se que, entre os 15 estados que adotaram critérios relacionados às medidas de gestão, apenas os estados do Amapá, de Minas Gerais e do Paraná já contemplavam esse requisito como fundamento de repasse de verbas de ICMS em suas normas originais, editadas ainda nos anos 1990. Nos demais casos (12 estados), a utilização desses fatores resultou de regras editadas a partir dos anos 2000, seja porque a implementação do ICMS ocorreu mais recentemente, seja porque houve reajuste das normas para contemplar esses critérios de gestão.

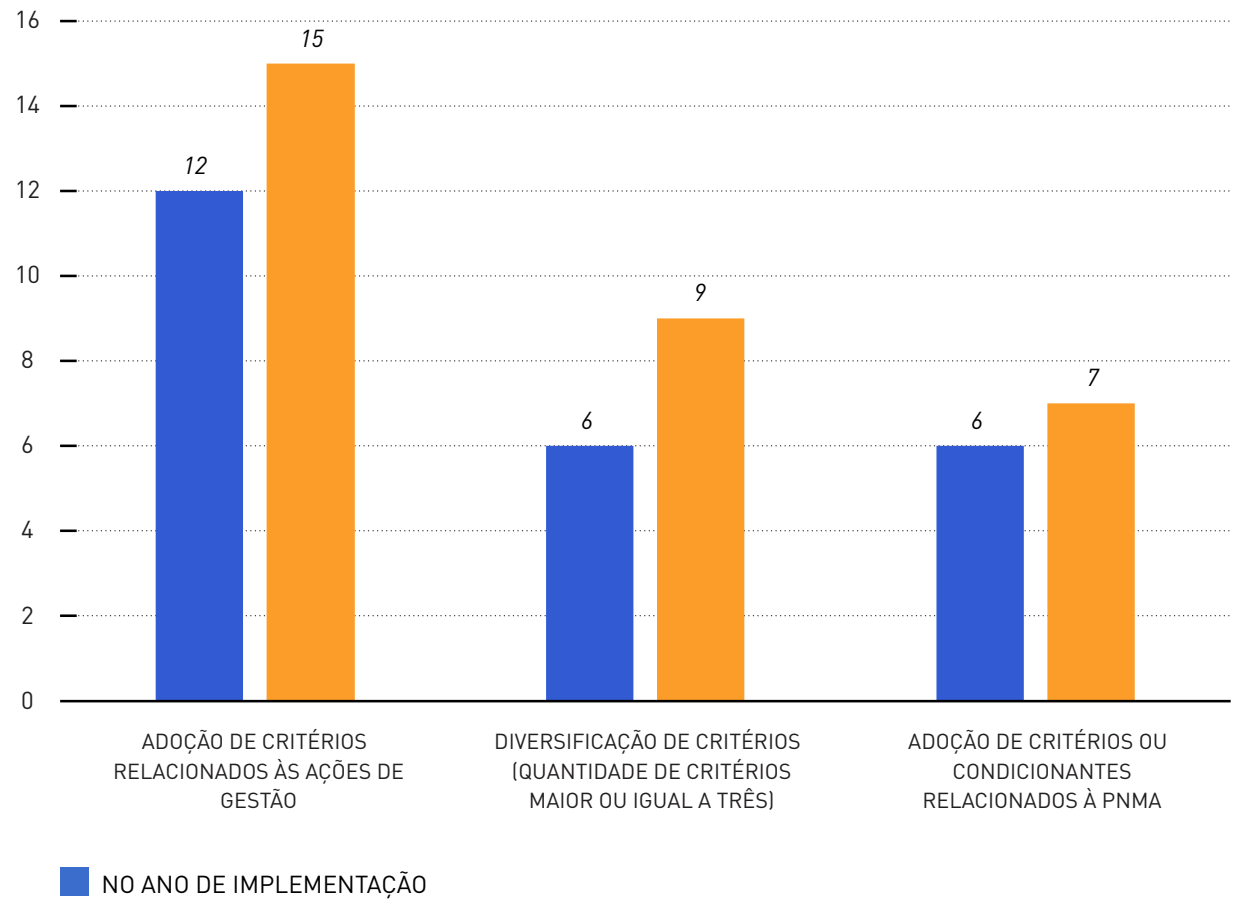
No que se refere ao indicador relacionado à quantidade de critérios, verificou-se no Gráfico 1, quando da implementação do ICMS Ecológico, que apenas seis estados utilizaram mais de três fatores para o repasse de recursos. Ao longo do tempo, outros três estados passaram a adotar tal sistema, resultando em um total de nove estados, dos 17 que implementaram o ICMS Ecológico. Adota-se no Gráfico 1 a classificação dual em que se analisa a quantidade de estados adotantes dos critérios no ano em que foi instituído o dispositivo legal e a segunda dimensão temporal intitulada "2022", ou seja, os estados que apresentavam tais critérios no momento posterior ao seu momento de criação e foram captados no momento desta pesquisa (ano de 2022). O Quadro 2 apresenta por estado os detalhes adicionais referentes ao fenômeno. Destarte, faz-se mister observar que, no estado do Pará, a legislação aponta um total de sete critérios para o repasse de recursos (Cadastro Ambiental Rural [CAR], área de preservação permanente, área de reserva legal, área antropizada; reserva de vegetação nativa, áreas de uso restrito, áreas de uso sustentável e análise de CAR no município).

Verifica-se, assim, que, no caso do estado do Pará, os critérios podem ser resumidos em duas categorias: o CAR e áreas protegidas ou com vegetação nativa. Além do mais, no caso do estado de Pernambuco, o critério de tratamento de resíduos foi disposto de modo apartado dos fatores ambientais (unidades de conservação e iniciativas de proteção e conservação de corpos d'água). Para este artigo, optou-se por considerá-lo de modo conjunto em virtude de que a maioria das normas estaduais o contempla como critério ambiental.

Considerou-se, neste estudo, o conceito amplo de áreas protegidas, que inclui, além de unidades de conservação, terras indígenas, territórios quilombolas e extrativistas, áreas de preservação permanente e reservas legais, nos moldes estabelecidos pelo Decreto n. 5.758/2006 (Brasil, 2006), pelo Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP) e pelo Código Florestal, Lei n. 12.651/2012 (Brasil, 2012). A adoção do conceito amplo de áreas protegidas fez-se necessária também para evitar distorções decorrentes da utilização de terminologias não condizentes com aquelas estabelecidas nas normas federais, especialmente na Lei Federal n. 9.985/2000 (Brasil, 2000), bem como para abranger toda a diversidade de cobertura vegetal e paisagens que podem ser objeto de proteção nas legislações estaduais.

No que tange ao terceiro indicador, existência de condicionantes e critérios que exigem de forma expressa a instituição de componentes do Sismuma e da PMMA, foi nele que se encontrou o menor nível de adoção pelos estados. Apenas sete estados utilizaram esse recurso (Acre, Ceará, Goiás, Pará, Piauí, Rio de Janeiro e Tocantins). No Gráfico 1 é apresentada a distribuição de indicadores identificados em relação à quantidade de estados adotantes segundo a categorização de critérios adotada para este artigo.

GRÁFICO 1 – **NÚMERO DE ESTADOS QUE ADERIRAM A INDICADORES DE REPARTIÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO NO MOMENTO DE SUA CRIAÇÃO E AO LONGO DO TEMPO**



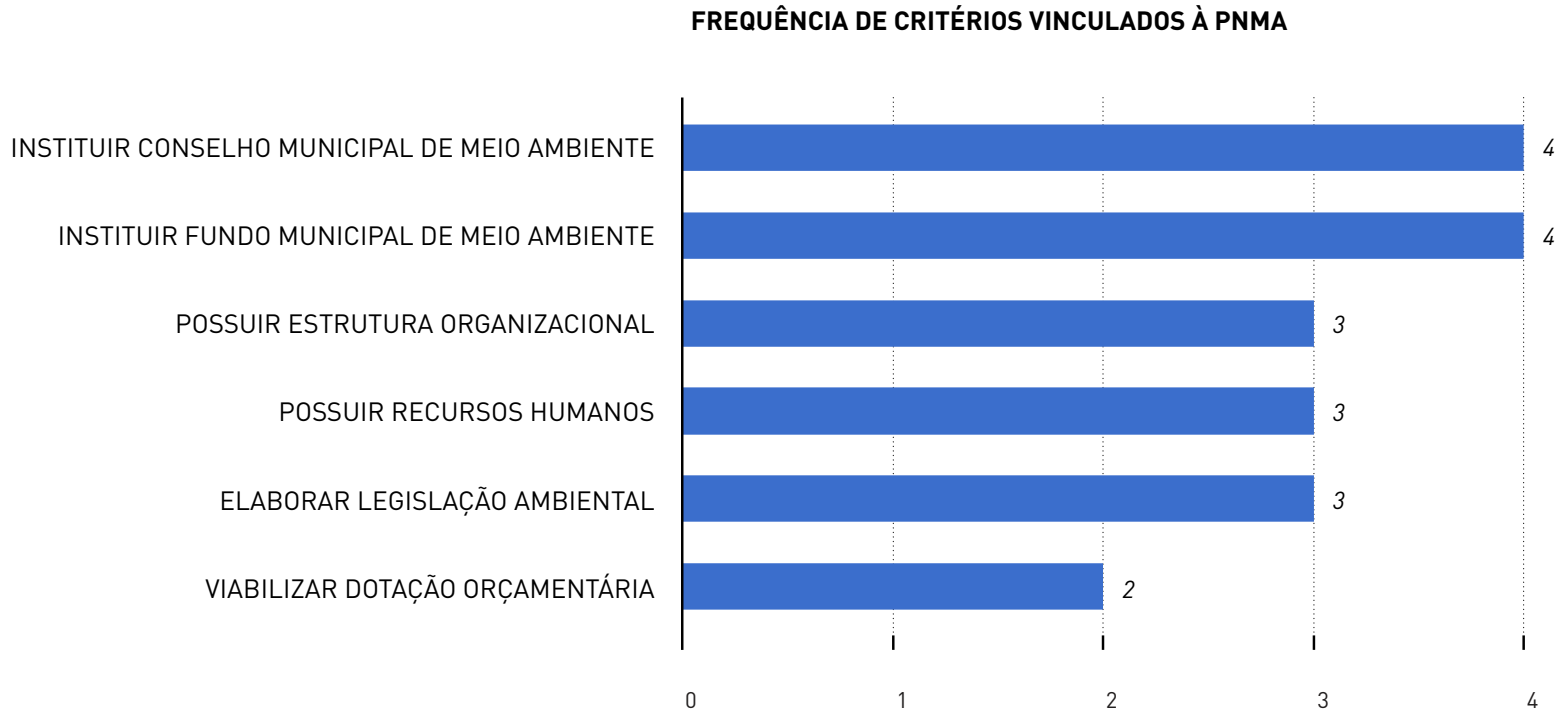
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da pesquisa.

Entre as condicionantes relacionadas à estruturação dos sistemas municipais de meio ambiente, verificou-se que a exigência de instituição de Comdema e de FMMA foram estratégias adotadas por quatro estados. A exigência de criação de estrutura organizacional, a existência de efetivo de recursos humanos e a edição de legislação sobre matéria ambiental foram observadas entre os critérios de três estados, enquanto a destinação de dotação orçamentária foi exigida em dois estados. Os esquemas adotados pelos estados apresentaram bastante variação entre si, muito embora, em geral, os critérios vinculados à PMMA estivessem associados a maior diversidade de critérios e à exigência de adoção de medidas de gestão ambiental.

No estado do Tocantins, por exemplo, a edição de lei e destinação de orçamento para a estruturação e a implementação da PMMA estava vinculada a um percentual de repasse do ICMS. Nos estados do Rio de Janeiro, do Ceará e do Pará, os critérios vinculados à PMMA não estavam relacionados a nenhum percentual de repasse, mas apareciam como requisitos complementares. Nos estados do Acre, de Goiás, do Piauí e do Tocantins, esses critérios compunham, junto com outros critérios, um índice com o objetivo de aferir o percentual a ser repassado ao

município. O Gráfico 2 apresenta a distribuição desses critérios entre os sete estados nos quais se identificou a sua adoção.

GRÁFICO 2 – **QUANTIDADE DE ESTADOS QUE ADOTARAM CRITÉRIOS VINCULADOS À PNMA PARA REPARTIÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da pesquisa.

Identifica-se que, no caso do estado do Ceará, a adoção desses critérios pode ser considerada branda, haja vista que não há nas normas desse estado a exigência de instituição dos componentes da PMMA de forma explícita. A legislação do Ceará condicionou a destinação de recursos à apresentação de lei pelo município para a criação de FMMA para recepção dos referidos recursos. Tal medida torna-se importante para garantir a aplicação dos recursos recebidos para a gestão ambiental no município, resultando em uma forma de vinculação da destinação.

Por fim, verificou-se que apenas Acre, Goiás, Piauí, Rio de Janeiro e Tocantins adotaram, de forma concomitante, critérios vinculados às medidas de gestão, diversificação de critérios, associados a uma ou mais condicionantes da PMMA. Além disso, é possível constatar que a modernização das normas, ao incluir critérios mais abrangentes, deu-se a partir dos anos 2000 e teve maior proeminência no segundo quinquênio dessa década.

Dessa forma, as alterações nas regras para repartição dos recursos do ICMS Ecológico sugerem que o instrumento pode ter um efeito positivo na descentralização de políticas ambientais, considerando-se que muitas competências que podem ser assumidas pelos municípios em matéria de política ambiental demandam a existência dessa estrutura.

Com efeito, identifica-se que esse mecanismo tem sido empregado para estimular o envolvimento dos municípios no exercício de suas responsabilidades compartilhadas na proteção e promoção do equilíbrio ambiental. Conforme indicam Tupiassu, Fadel e Gros-Désormeaux (2019), esse instrumento atua como um incentivo para o desenvolvimento das habilidades fundamentais necessárias para a implementação efetiva da agenda ambiental local. À vista disso, admite-se que o ICMS Ecológico tenha evoluído para compreender atualmente duas funções proeminentes. A primeira seria a função compensatória, a qual consiste na recompensa aos municípios que possuem áreas protegidas e designadas em seu território, e que representem algum tipo de impedimento ao desenvolvimento de atividades econômicas que poderiam resultar em maior arrecadação financeira. A segunda seria a função incentivadora, que consiste no incentivo à gestão ambiental local a partir da implementação de certas políticas elencadas pelos governos estaduais como critérios para a concessão das parcelas do produto de arrecadação do ICMS. A análise dos regulamentos sobre ICMS demonstra que a maioria dos estados em que o instrumento foi implementado optou por privilegiar a função incentivadora do instrumento, incluindo entre os critérios ecológicos de repartição a execução de políticas ambientais. E, mais recentemente, alguns estados passaram a exigir como condicionantes elementos necessários à estruturação do Sismuma e da PMMA.

Cumpre ressaltar que o Brasil foi o primeiro país a adotar esse instrumento de caráter inovador e que veio a ser posteriormente implementado em outros países. Em 2007, o modelo de transferência fiscal orientado por critérios ecológicos foi adotado em Portugal e na França. Posteriormente, em 2010, foi adotado na China, e, em 2015, na Índia. Em alguns países, como Indonésia, Mongólia e Uganda, foram habilitados recentemente métodos de transferências fiscais por critérios ecológicos, mas que ainda não estão plenamente implementados. Existem ainda propostas de introdução de sistemas de transferência fiscal destinada à preservação ambiental para a Suíça, a Alemanha, a Polônia, a Ucrânia, a Austrália e a França (Busch *et al.*, 2021).

A compensação aos governos locais por imposições sobre o uso da terra feitas pelos governos centrais parece fazer parte da lógica em todos os países com modalidades de transferências fiscais existentes, embora também possa existir como justificativa o pagamento pelos bens e serviços ambientais que extrapolem os limites de jurisdições de governos locais, em modelos de transferências horizontais (Busch *et al.*, 2021).

Identifica-se que, no Brasil, o instrumento vem deixando de ter natureza meramente compensatória, assumindo nos últimos anos também a conformação de mecanismo de *enforcement* adotado pelos estados para induzir a execução de políticas ambientais pelos municípios. Os estados, nesse caso, definem as regras de repartição das receitas fiscais de modo a impelir a execução das políticas prioritárias elencadas pelos entes municipais. Nesse sentido, os achados da pesquisa reiteram a definição de Lascoumes e Le Galès (2007) quando os autores indicam que os instrumentos de políticas públicas podem operar de forma diferente daquela para a qual foram originalmente concebidos, e produzir, assim, efeitos não previstos no momento

de concepção da política. Como apontado por Direito e Koga (2020), os instrumentos são iniciativas governamentais que buscam incentivar, normatizar ou constranger comportamentos sociais de acordo com os objetivos da política. No caso específico do objeto de pesquisa, os comportamentos sociais em jogo são referentes às próprias administrações públicas municipais. Assim, a discussão sobre o uso do instrumento ICMS Ecológico interage com as estruturas municipais de gestão de políticas ambientais, incentivando-as a adotar determinadas ações voltadas para a implementação da política ambiental.

Um claro exemplo dessa estratégia é a utilização do instrumento pelo estado do Pará para impulsionar a implementação do CAR. O CAR, previsto na Lei n. 12.651/2012 (Brasil, 2012), é um registro público, realizado em meio eletrônico junto aos órgãos ambientais dos estados ou do Distrito Federal, de caráter obrigatório para todos os imóveis rurais. O cadastro constitui-se em uma ferramenta de monitoramento do uso da terra e de fornecimento de subsídios para a implementação de ações para o controle de desmatamento ilegal e a recuperação de áreas degradadas. O Pará vem transferindo as atividades de cadastramento e análise para os municípios. A estratégia foi incentivada por meio do Programa Municípios Verdes, instituído pelo Decreto Estadual n. 54/2011 (Pará, 2011), que visa estimular a consolidação do CAR de imóveis rurais e o fortalecimento da gestão ambiental municipal. Além disso, o estado do Pará também previu a destinação de recursos para o fomento do CAR como um dos critérios do ICMS Ecológico. Para tanto, já na primeira metodologia de cálculo de distribuição das receitas, definida pelo Decreto Estadual n. 775/2013 (Pará, 2013), foi prevista a destinação de metade do valor total do repasse a título de ICMS Ecológico, que nesse estado é fixado em 8% do ICMS destinado aos municípios, considerando como critério a porcentagem da área cadastrável do município inserida no CAR. A norma vigente no estado do Pará adota os critérios de efetivação e análise do CAR pelos municípios. O estado do Pará, segundo dados divulgados pela Climate Policy Initiative, teria, entre 2020 e 2021, aumentado em 272% o número de cadastros analisados e em 60% o número de cadastros validados, obtendo os melhores índices de implementação entre os estados nesse período (Chiavari; Lopes; Araujo, 2021). Tal resultado poderia ser explicado, em parte, pela crescente municipalização da implementação do CAR no estado.

A partir da observação das adaptações promovidas pelos governos estaduais que foram adotando o ICMS Ecológico, é possível constatar que há aparente tendência a tornar o instrumento mais abrangente, na medida em que o torna mais acessível a um maior número de municípios potencialmente beneficiários. Dessa maneira, os diferentes modelos adotados pelos estados podem viabilizar a distribuição das receitas do ICMS Ecológico de modo mais justo, ao passo em que podem orientar o instrumento para solução de problemas considerando a realidade local.

Além disso, é possível considerar que, inicialmente, o ICMS Ecológico tenha sido adotado como um instrumento de compensação pela existência de áreas protegidas nos municípios, com critérios modestos, limitados à abrangência de território municipal por esses

espaços. Desse modo, os primeiros estados a implementar o ICMS Ecológico podem ter adotado versões provisórias e não totalmente eficazes do instrumento, estando a questão ambiental, nessas primeiras legislações, tratada muito mais como um ônus enfrentado pelos municípios.

No entanto, à medida que mais estados adotaram o instrumento, a resistência para inovações parece ter diminuído, as legislações passaram a abarcar um conjunto maior de critérios, transformando o perfil do ICMS Ecológico, que foi adaptado para um instrumento de fortalecimento de políticas públicas ambientais. Assim, foi também oportunizado que os estados revisassem suas legislações, aperfeiçoando os critérios de distribuição, de modo a induzir a gestão da política ambiental nos municípios, de acordo com as necessidades locais.

Os resultados da pesquisa indicam que, ao longo das últimas décadas, houve uma evolução no propósito do ICMS Ecológico, que inicialmente tinha um enfoque redistributivo voltado para a compensação financeira de municípios pela restrição de uso do solo em áreas protegidas pela lei ambiental. A literatura que versa sobre instrumentos de políticas públicas, a partir da perspectiva do desenho de políticas públicas, aponta que os instrumentos de políticas públicas não são meramente neutros; ao contrário, eles produzem resultados independentemente das metas formais estabelecidas. No caso da presente pesquisa, o ICMS Ecológico, uma vez criado, foi utilizado por cada estado da federação para efetivar novos objetivos de políticas públicas ao longo do tempo. É relevante destacar que, apesar de seu surgimento no estado do Paraná no início dos anos 1990, atualmente, cada estado da federação faz um uso distinto desse instrumento. No caso dessa transformação do ICMS Ecológico, observa-se que essa mudança também está relacionada a uma ampliação dos objetivos da política ambiental por parte dos governos estaduais. Essa mudança reflete uma preocupação mais abrangente por parte dos governos estaduais, que vai além da simples redistribuição de recursos financeiros e objetiva fomentar o fortalecimento da estrutura político-administrativa nos municípios orientada para a gestão ambiental.

A análise da legislação também permite constatar alguns problemas que podem resultar em obstáculos para a plena adesão pelos municípios e na perda de legitimidade do instrumento. Destaca-se, nesse sentido, a dificuldade de encontrar normas sistematizadas junto aos sítios eletrônicos dos órgãos públicos em alguns estados. Além disso, em que pese não tenha sido objeto do presente artigo, é possível identificar fragilidades quanto à transparência e à clareza na forma como são realizados os cálculos dos critérios, que geralmente estão dispostos em regulamentos infralegais.

Há também problemas de ordem de governança dos indicadores de atendimento dos critérios. Em alguns estados, os indicadores são averiguados por meio de simples questionário, que pode não oferecer o grau de objetividade, concretude e capacidade de auditagem que o instrumento deveria possuir. Além disso, há adoção de terminologia confusa e que não é amparada pelas normas consolidadas, que pode causar problemas quanto à sua interpretação. De todo modo, acredita-se que a inclusão de critérios mais elaborados para o repasse

de receitas aos municípios pode impulsionar o desenvolvimento das capacidades municipais e o aperfeiçoamento da burocracia estatal para a plena implementação das políticas ambientais no nível local.

QUADRO 2 – **ANÁLISE DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA REPARTIÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO PELOS ESTADOS**

CRITÉRIOS ADOTADOS NA NORMA	CONTEÚDO NA ADOÇÃO	CONTEÚDO ATUAL	CRITÉRIOS
ACRE *– ANO DE ADOÇÃO: 2004*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	NÃO	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS; 2. ÍNDICE DE EFETIVIDADE DA GESTÃO MUNICIPAL (IEGM), NOS QUESITOS RELATIVOS AO MEIO AMBIENTE: a. GESTÃO INTEGRADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS, COLETA SELETIVA DE RESÍDUOS SÓLIDOS b. PLANO DE RESÍDUOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL c. PROGRAMA OU AÇÃO DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL NA REDE ESCOLAR MUNICIPAL d. AÇÕES QUE PROMOVAM O USO RACIONAL DE RECURSOS NATURAIS NA ADMINISTRAÇÃO e. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL PARA TRATAR DE ASSUNTOS LIGADOS AO MEIO AMBIENTE MUNICIPAL f. CAPACITAÇÃO DE BRIGADAS NO COMBATE A INCÊNDIOS E DESASTRES NATURAIS g. SANEAMENTO BÁSICO E MEDIDAS PARA OS PERÍODOS DE ESTIAGEM E PROVISÃO DE ÁGUA POTÁVEL h. PARTICIPAÇÃO EM PROGRAMA ESTADUAL/ REGIONAL DE GESTÃO AMBIENTAL i. HABILITAÇÃO NO CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE j. PARTICIPAÇÃO EM ALGUMA INSTÂNCIA DE PLANEJAMENTO E GESTÃO REGIONAL (TAIS COMO COMITÊ DE BACIA, CONSELHO REGIONAL/ METROPOLITANO, CONSELHO GESTOR DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL [APA]), QUE PROMOVA A MELHORIA CONTÍNUA DA GESTÃO AMBIENTAL MUNICIPAL
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	SIM	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	SIM	

(continua)

CRITÉRIOS ADOTADOS NA NORMA	CONTEÚDO NA ADOÇÃO	CONTEÚDO ATUAL	CRITÉRIOS
ALAGOAS *– ANO DE ADOÇÃO: 2020*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS 2. GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS E COLETA SELETIVA DE MATERIAL RECICLÁVEL 3. PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	SIM	SIM	
AMAPÁ *– ANO DE ADOÇÃO: 1996*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	NÃO	
CEARÁ *– ANO DE ADOÇÃO: 2007*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. ÍNDICE MUNICIPAL DE QUALIDADE DO MEIO AMBIENTE: a. GESTÃO DE RESÍDUO SÓLIDO
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	SIM	SIM	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	NÃO	

(continua)

CRITÉRIOS ADOTADOS NA NORMA	CONTEÚDO NA ADOÇÃO	CONTEÚDO ATUAL	CRITÉRIOS
GOIÁS *– ANO DE ADOÇÃO: 2011*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS: a. GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, INCLUSIVE LIXO HOSPITALAR E RESÍDUOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL (COLETA, TRANSPORTE, TRATAMENTO E DESTINAÇÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS, ATERRO SANITÁRIO, INCINERAÇÃO, RECICLAGEM E COMPOSTAGEM) b. AÇÕES EFETIVAS DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL, NA ZONA URBANA E RURAL, NAS ESCOLAS E NOS GRUPOS DA SOCIEDADE ORGANIZADA, INSTITUÍDAS POR INTERMÉDIO DE LEI MUNICIPAL E/OU PROGRAMAS ESPECÍFICOS c. COMBATE E REDUÇÃO DO DESMATAMENTO, FISCALIZAÇÃO E RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS, REFLORESTAMENTO d. REDUÇÃO DO RISCO DE QUEIMADAS, CONSERVAÇÃO DO SOLO, DA ÁGUA E DA BIODIVERSIDADE e. PROGRAMA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAIS DE ABASTECIMENTO PÚBLICO f. IDENTIFICAÇÃO E MINIMIZAÇÃO DE FONTES DE POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA, SONORA E VISUAL g. IDENTIFICAÇÃO E ADEQUAÇÃO ÀS NORMAS DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO DAS EDIFICAÇÕES IRREGULARES h. PROGRAMAS DE INSTITUIÇÃO E PROTEÇÃO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL i. ELABORAÇÃO DE LEGISLAÇÃO SOBRE A POLÍTICA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE, INCLUINDO A CRIAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE E DO FUNDO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	SIM	SIM	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	SIM	SIM	
MATO GROSSO *– ANO DE ADOÇÃO: 2000*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	

(continua)

DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	NÃO	
MATO GROSSO DO SUL *– ANO DE ADOÇÃO: 1994*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	NÃO	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS 2. GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	NÃO	
MINAS GERAIS *– ANO DE ADOÇÃO: 1995*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. SISTEMAS DE TRATAMENTO OU DISPOSIÇÃO FINAL DE LIXO 2. ESGOTO SANITÁRIO
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	3. ÁREAS PROTEGIDAS (UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E OCORRÊNCIA DE MATA SECA)
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	SIM	
PARÁ *– ANO DE ADOÇÃO: 2012*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) E ANÁLISE DE CAR 2. ÁREAS PROTEGIDAS/COBERTURA VEGETAL (ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, ÁREA DE RESERVA LEGAL; ÁREA ANTROPIZADA; RESERVA DE VEGETAÇÃO NATIVA; ÁREAS DE USO RESTRITO; ÁREAS DE USO SUSTENTÁVEL)
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	SIM	SIM	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	SIM	NÃO	

(continua)

CRITÉRIOS ADOTADOS NA NORMA	CONTEÚDO NA ADOÇÃO	CONTEÚDO ATUAL	CRITÉRIOS
PARANÁ *– ANO DE ADOÇÃO: 1991*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS 2. RESERVATÓRIOS DE ÁGUA DE ABASTECIMENTO PÚBLICO
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	NÃO	
PERNAMBUCO *– ANO DE ADOÇÃO: 2000*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS 2. PROTEÇÃO E CONSERVAÇÃO DE CORPOS D'ÁGUA 3. SISTEMAS DE TRATAMENTO OU DE DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	SIM	
PIAUÍ *– ANO DE ADOÇÃO: 2008*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. SELO AMBIENTAL: a. GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, INCLUSIVE LIXO HOSPITALAR b. EDUCAÇÃO AMBIENTAL, NA ZONA URBANA E RURAL c. REDUÇÃO DO DESMATAMENTO, RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS E REFLORESTAMENTO
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	SIM	SIM	d. REDUÇÃO DO RISCO DE QUEIMADAS, CONSERVAÇÃO DO SOLO, DA ÁGUA E DA BIODIVERSIDADE e. PROTEÇÃO DE MANANCIAIS DE ABASTECIMENTO PÚBLICO f. IDENTIFICAÇÃO E REDUÇÃO DE FONTES DE POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA, SONORA E VISUAL g. EDIFICAÇÕES IRREGULARES E ADEQUAÇÃO ÀS

(continua)

DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	SIM	SIM	NORMAS DE OCUPAÇÃO DE USO DO SOLO h. DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE ÁREAS PROTEGIDAS (COMUNIDADES INDÍGENAS, ESTAÇÕES ECOLÓGICAS, PARQUES, RESERVAS FLORESTAIS, HORTOS FLORESTAIS, ÁREAS DE RELEVANTE INTERESSE CRIADAS POR LEIS OU DECRETOS FEDERAIS, ESTADUAIS OU MUNICIPAIS, EXISTENTES NO MUNICÍPIO) i. ELABORAÇÃO DE LEGISLAÇÃO SOBRE A POLÍTICA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE
RIO DE JANEIRO *– ANO DE ADOÇÃO: 2007*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS 2. RECURSOS HÍDRICOS 3. TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	SIM	SIM	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	SIM	SIM	
RIO GRANDE DO SUL *– ANO DE ADOÇÃO: 1997*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	NÃO	NÃO	1. ÁREAS PROTEGIDAS 2. RESERVATÓRIOS DE ÁGUA DESTINADOS À GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	NÃO	
RONDÔNIA *– ANO DE ADOÇÃO: 1996*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	NÃO	NÃO	1. ÁREAS PROTEGIDAS
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	

(continua)

DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	NÃO	
SÃO PAULO *– ANO DE ADOÇÃO: 1993*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	NÃO	SIM	1. ÁREAS PROTEGIDAS 2. RESERVATÓRIOS DE ÁGUA DESTINADOS À GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	NÃO	NÃO	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	NÃO	SIM	
TOCANTINS *– ANO DE ADOÇÃO: 2002*			
CRITÉRIOS RELACIONADOS ÀS AÇÕES DE GESTÃO	SIM	SIM	1. IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE 2. ÁREAS PROTEGIDAS (CRIAÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO MUNICIPAL E REALIZAÇÃO DE AÇÕES AMBIENTAIS EM TERRAS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS) 3. CONTROLE DE INCÊNDIO E QUEIMADAS 4. SANEAMENTO BÁSICO 5. CONSERVAÇÃO DA ÁGUA 6. COLETA E DESTINAÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS 7. MANUTENÇÃO E MANEJO DO SOLO 8. TURISMO SUSTENTÁVEL
CRITÉRIOS OU CONDICIONANTES RELACIONADOS À PNMA	SIM	SIM	
DIVERSIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS (QUANTIDADE DE CRITÉRIOS MAIOR OU IGUAL A TRÊS)	SIM	SIM	

Fonte: Elaboração própria.

Conclusão

O presente artigo analisou o ICMS Ecológico à luz da literatura sobre instrumentos de políticas públicas (Lascoumes; Le Galès, 2007) e examinou as alterações nas normas estaduais que regulam os critérios ecológicos de repartição das receitas de ICMS para verificar seu potencial de incentivar o fortalecimento da estrutura municipal administrativa necessária ao exercício das competências relacionadas às políticas ambientais. Para tanto, foram utilizados como indicadores a diversificação de critérios de repartição previstos nas normas estaduais, a existência de parâmetros que preveem a adoção de medidas de gestão e a existência de condicionantes

específicas voltadas para a estrutura municipal administrativa para a gestão ambiental. Considerou-se o referencial trazido pela PNMA, pela Lei n. 6.938/1981 e pela Lei Complementar n. 140/2011 (Brasil, 1981, 2011).

A análise das alterações nos dispositivos legais que regulam o ICMS Ecológico nos estados evidencia que, muito embora cada estado possa adaptar o instrumento de acordo com as suas prioridades, existe uma tendência a torná-lo mais abrangente, acessível a um maior número de municípios, pela incorporação de critérios diversificados, muitos que figuram no âmbito da ingerência do gestor municipal. Além disso, verificou-se que alguns estados, notadamente a partir da segunda metade da década de 2000, passaram a contemplar fatores e condicionantes expressos relacionados à estrutura municipal para o trato das questões ambientais. Logo, entende-se que as alterações nas regras para repartição dos recursos do ICMS Ecológico podem levar a um efeito positivo na descentralização de políticas ambientais.

Por fim, constatou-se que o instrumento vem deixando de ter natureza compensatória para se transformar em um mecanismo adotado para induzir a execução de políticas ambientais pelos municípios e o fortalecimento das estruturas municipais destinadas à execução dessas políticas. Nesse sentido, o instrumento que, no sentido de Bruijin e Hufen (1998), possuía características regulatórias e de incentivos financeiros compensatórios passa a incorporar características muito típicas da dinâmica de incentivo para que os municípios adotem as políticas formuladas em nível central.

Essa constatação vai ao encontro do postulado por Lascoumes e Le Galès (2007), Lui e Miquelino (2023), Direito e Koga (2020), e Lima, Aguiar e Lui (2021) no que tange ao entendimento dos instrumentos de políticas públicas. Segundo os autores, os instrumentos não são instrumentos neutros, mas, sim, incorporam sentidos ao longo de seu processo de desenvolvimento que divergem do objetivo inicial da política. A literatura ainda não estuda de forma aprofundada a interação dos instrumentos dentro da dinâmica federativa, contudo, este artigo mostrou que há um rico campo de estudos a ser investigado. Futuras pesquisas poderão se debruçar sobre outros aspectos relativos ao ICMS Ecológico, como os impactos das transferências de recursos em âmbito local.

REFERÊNCIAS

ACRE. *Lei n. 3.532, de 30 de outubro de 2019*. Dispõe sobre os critérios de distribuição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios. Rio Branco:

Governo do Estado do Acre, 2019. Disponível em: http://sefaz.ac.gov.br/2021/?p=11980. Acesso em: 14 mar. 2024.

ALAGOAS. *Lei Estadual n. 5.981, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em: https://www.al.al.leg.br/ouvidoria/20240328164401/lei-5-981-de-19-12-1997-1.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

AMAPÁ. *Lei Complementar n. 120, de 2 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a distribuição das parcelas do ICMS e outros tributos arrecadados pelo Estado e por este recebidas, pertencentes aos Municípios, de acordo com a Lei Complementar n. 63/90, e dá outras providências. Macapá: Governo do Estado do Amapá, 2019.

ÁVILA, Rafael Doñate; MALHEIROS, Tadeu Fabrício. O sistema municipal de meio ambiente no Brasil: avanços e desafios. *Saúde e Sociedade,* São Paulo, v. 21, supl. 3, p. 33-47, 2012.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 108, de 26 de agosto de 2020*. Altera a Constituição Federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) [...]. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm. Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006 [...]. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. *Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum [...]. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. *Decreto n. 5.758, de 13 de abril de 2006*. Institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP, seus princípios, diretrizes, objetivos e estratégias, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5758.htm. Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras

providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 20 maio 2024.

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: 14 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 20 maio 2024.

BRITO, Rosane de Oliveira; MARQUES, Cícero Fernandes. Pagamento por serviços ambientais: uma análise do ICMS Ecológico nos estados brasileiros. *Planejamento e Políticas Públicas,* [*s.l.*], n. 49, p. 357-383, jul./dez. 2017.

BRUIJIN, Hans; HUFEN, Hans. The Traditional Approach to Policy Instruments. *In*: PETERS, B. Guy; NISPEN, Frans K. M. Van (eds.). *Public Policy Instruments*: Evaluating the Tools of Public Administration. Massachusetts: Edward Elgar, 1998. p. 11-32.

BUSCH, Jonah *et al*. A Global Review of Ecological Fiscal Transfers. *Nature Sustainability*, [*s.l.*], v. 4, n. 9, p. 756-765, 2021.

CASTRO, Biancca *et al*. O ICSM Ecológico como uma política de incentivo dos gastos ambientais municipais. *Desenvolvimento em Debate*, [*s.l.*], v. 7, n. 1, p. 181-199, 2019.

CEARÁ. *Lei n. 14.023, de 17 de dezembro de 2007*. Modifica dispositivos da Lei n. 12.612, de 7 de agosto de 1996, que define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Fortaleza: Governo do Estado do Ceará, 2007.

CHIAVARI, Joana; LOPES, Cristina Leme; ARAUJO, Julia Nardi de. *Onde estamos na implementação do Código Florestal?* Radiografia do CAR e do PRA nos estados brasileiros. Edição 2021. Rio de Janeiro: Climate Policy Initiative, 2021. Disponível em: https://www.climatepolicyinitiative.org/wp-content/uploads/2021/12/Onde-Estamos-2021.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

DIREITO, Denise do Carmo; KOGA, Natalia Massaco. Instrumentos e integração de políticas públicas: a rede do Cadastro Único. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1286-1306, set./out. 2020.

DROSTE, Nils *et al*. Decentralization Effects in Ecological Fiscal Transfers: The Case of Portugal. *UFZ Discussion Paper*, Lípsia, n. 3, 2017.

FERNANDES, Fabiana Silva. Capacidade institucional: uma revisão de conceitos e programas federais de governo para o fortalecimento da administração pública. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 695-704, jul./set. 2016.

FERNANDES, Luciany Lima *et al*. Compensação e incentivo à proteção ambiental: o caso do ICMS Ecológico em Minas Gerais. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, Piracicaba, v. 49, n. 3, p. 521-544, jul./set. 2011.

GODECKE, Marcos Vinicius; HUPFFER, Haide Maria; CHAVES, Iara Regina. O futuro dos Pagamentos por Serviços Ambientais no Brasil a partir do novo Código Florestal. *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, [*s.l.*], v. 31, p. 31-42, ago. 2014.

GOIÁS. *Lei Complementar n. 177, de 24 de agosto de 2022*. Regulamenta o disposto no § 1º do art. 107 da Constituição do Estado de Goiás, conforme as alterações de seus incisos nos termos da Emenda Constitucional n. 70, de 7 de dezembro de 2021. Goiânia: Governo do Estado de Goiás, 2022. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/106018/pdf. Acesso em: 14 mar. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Perfil dos municípios brasileiros*: 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. Introduction: Understanding Public Policy Through Its Instruments—From the Nature of Instruments to the Sociology of Public Policy Instrumentation. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, [*s.l.*], v. 20, n. 1, p. 1-21, 2007.

LEME, Taciana Neto. Os municípios e a política nacional do meio ambiente. *Planejamento e Políticas Públicas*, [*s.l.*], n. 35, p. 25-52, jul./dez. 2010.

LIMA, Isabella Moura Carvalho; GOMES, Laura Jane; FERNANDES, Milton Marques. Áreas protegidas como critério de repasse do ICMS Ecológico nos estados brasileiros. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, [*s.l.*], v. 54, p. 125-145, jul./dez. 2020.

LIMA, Luciana Leite; AGUIAR, Rafael Barbosa de; LUI, Lizandro. Conectando problemas, soluções e expectativas: mapeando a literatura sobre análise do desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 36, p. 1-41, 2021.

LOUREIRO, Wilson. *ICMS Ecológico, uma experiência brasileira de pagamentos por serviços ambientais.* Belo Horizonte: Conservação Internacional; São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica; Curitiba: The Nature Conservancy (TNC), 2008.

MATO GROSSO. *Lei Complementar n. 746, de 25 de agosto de 2022*. Estabelece normas relativas ao cálculo dos Índices de Participação dos Municípios do Estado de Mato Grosso no produto da arrecadação do ICMS – IPM/ICMS e dá outras providências. Cuiabá: Governo do Estado do Mato Grosso, 2022.

MATO GROSSO DO SUL. *Lei n. 4.219, de 11 de julho de 2012*. Dispõe sobre a regulamentação do artigo 153, parágrafo único, II, da Constituição do Estado. Campo Grande: Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, 2012. Disponível em: https://www.imasul.ms.gov.br/wp-content/uploads/2016/01/Lei-estadual-n.-4.219-Dispoe-o-ICMS-Ecol%C3%B3gico.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

MINAS GERAIS. *Lei n. 18.030, de 12 de janeiro de 2009*. Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais, 2009.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Economia ambiental*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

MOURA, Adriana Maria Magalhães de. *Governança das políticas ambientais no Brasil*: desafios à construção de um sistema integrado de avaliação. Texto para discussão 1904. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

OLIVEIRA, Flávio Amaral; GRZEBIELUCKAS, Cleci; FRANÇA, Raimundo Nonato Cunha de. ICMS Ecológico *versus* ICMS produção agrícola: uma abordagem com base no método custo de oportunidade. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 25, 2022.

PARÁ. *Decreto n. 775, de 26 de junho de 2013*. Regulamenta a Lei Estadual n. 7.638, de 12 de julho de 2012. Belém: Governo do Estado do Pará, 2013. Disponível em: https://icmsverde.semas.pa.gov.br/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Decreto_Estadual_n_775-2013.pdf. Acesso em: 20 maio 2024.

PARÁ. *Lei n. 7.638, de 12 de julho de 2012*. Dispõe sobre o tratamento especial de que trata o § 2º do art. 225 da Constituição do Estado do Pará. Belém: Governo do Estado do Pará, 2012.

PARÁ. *Decreto n. 54, de 29 de março de 2011*. Institui o Programa de Municípios Verdes – PMV no âmbito do Estado do Pará e dá outras providências. Belém: Governo do Estado do Pará, 2011. Disponível em: https://www.semas.pa.gov.br/legislacao/files/pdf/355.pdf. Acesso em: 20 maio 2024.

PARÁ. *Lei n. 5.645, de 11 de janeiro de 1991*. Altera dispositivos da Lei Estadual n. 5.645, de 11 de janeiro de 1991, que dispõe sobre critérios e prazos de créditos e repasse da cota-parte das parcelas do ICMS e outros tributos da arrecadação do Estado e por este recebidas, pertencentes aos Municípios. Belém: Governo do Estado do Pará, 1991.

PARAÍBA. *Lei n. 9.600, de 21 de dezembro de 2011*. Disciplina a participação dos Municípios na arrecadação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias – ICMS, mediante repasse ecológico, e dá outras providências. João Pessoa: Governo do Estado da Paraíba, 2011. Disponível em: https://www.sefaz.pb.gov.br/legislacao/64-leis/icms/614-lei-n-9-600-de-21-de-dezembro-de-2011. Acesso em: 14 mar. 2023.

PARANÁ. *Lei Complementar n. 249, de 23 de agosto de 2022*. Estabelece critérios para os Índices de Participação dos Municípios na cota-parte do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 2022.

PERNAMBUCO. *Lei n. 10.489*, *de 2 de outubro de 1990*. Dispõe sobre a distribuição, entre os municípios, da parcela do ICMS que lhes é destinada. Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 1990. Disponível em: https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/legislacao/Leis_Tributarias/1990/Lei10489_90.htm#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2010.489%20de%2002%20de%20outubro%20de%201990&text=Ementa%3A%20Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20distribui%C3%A7%C3%A3o,ICMS%20que%20lhes%20%C3%A9%20destinada. Acesso em: 14 mar. 2024.

PIAUÍ. *Lei n. 5.001, de 14 de janeiro de 1998*. Dispõe sobre o mecanismo de distribuição de ICMS às Prefeituras Municipais segundo os mandamentos constitucionais e dá outras providências. Teresina: Governo do Estado do Piauí, 1998.

RING, Irene. Integrating Local Ecological Services into Intergovernmental Fiscal Transfers: The Case of the Ecological ICMS in Brazil. *Land Use Policy*, [*s.l.*], v. 25, n. 4, p. 485-497, out. 2008.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 5.100, de 4 de outubro de 2007*. Altera a Lei n. 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS, incluindo o critério de conservação ambiental, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Governo do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 11.038, de 14 de novembro de 1997*. Dispõe sobre a parcela do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) pertencente aos municípios. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 1997. Disponível em: https://www.

al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=9239&hTexto=&Hid_IDNorma=9239. Acesso em: 14 mar. 2024.

RONDÔNIA. *Lei Complementar n. 1.166, de 1º de julho de 2022*. Disciplina a distribuição da parcela do Imposto sobre Operações Relativa à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS destinada aos municípios e revoga as Leis Complementares n. 115, de 14 de junho de 1994, e n. 147, de 15 de janeiro de 1996. Porto Velho: Governo do Estado de Rondônia, 2022. Disponível em: http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/LC1166.pdf. Acesso em: 14 mar. 2024.

SAMPAIO, Rafael; LYCARIÃO, Diógenes. Eu quero acreditar! Da importância, formas de uso e limites dos testes de confiabilidade na análise de conteúdo. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 26, n. 66, p. 31-47, abr./jun. 2018.

SÃO PAULO. *Lei n. 17.348, de 12 de março de 2021*. Altera a Lei n. 3.201, de 23 de dezembro de 1981, que dispõe sobre a parcela, pertencente aos municípios, do produto de arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2021/lei-17348-12.03.2021.html. Acesso em: 14 mar. 2024.

SAUQUET, Alexandre; MARCHAND, Sébastien; FÉRES; José Gustavo. Protected Areas, Local Governments, and Strategic Interactions: The Case of the ICMS Ecológico in the Brazilian State of Paraná. *Ecological Economics*, [*s.l.*], v. 107, p. 249-258, 2014.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: O ICMS Ecológico. *In*: BRAGA, Rodrigo Bernardes; SION, Alexandre Oheb; BARRETO JR., Luis Fernando. *Amazônia*: os desafios da região sob a perspectiva jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCARDUA, Fernando Paiva; BURSZTYN, Maria Augusta Almeida. Descentralização da política ambiental no Brasil. *Sociedade e Estado,* Brasília, v. 18, n. 1/2, p. 291-314, jan./dez. 2003.

SCHMITT, Jair; SCARDUA, Fernando Paiva. A descentralização das competências ambientais e a fiscalização do desmatamento na Amazônia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 5, p. 1121-1142, 2015.

TOCANTINS. *Lei n. 2.959, de 18 de junho de 2015*. Dispõe sobre critérios de distribuição das parcelas municipais do ICMS, e adota outras providências. Palmas: Governo do Estado do Tocantins, 2015.

Disponível em: https://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/Leis/Lei2.959.15.htm. Acesso em: 14 mar. 2024.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Incentivos fiscais no direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUPIASSU, Lise; FADEL, Luiz Paulo de Sousa Leão; GROS-DÉSORMEAUX, Jean-Raphaël. ICMS Ecológico e desmatamento nos municípios prioritários do estado do Pará. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, e1928, 2019.

Lizandro Lui

Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getulio Vargas (FGV EPPG), Brasília.

lizandrolui@gmail.com

Patrícia Assunção

Mestre em Políticas Públicas e Governo pela Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getulio Vargas (FGV EPPG), Brasília. Servidora do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

pgrodrigues2003@hotmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 16.03.2023
Aprovado: 18.12.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202418

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-2048-0876

2 Fundação João Pinheiro, Diretoria de Políticas Públicas, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-3605-1531

3 Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-5083-5899

From the Criminalization of Substances to the "War on Drugs" Policy: A Century of Prohibitionism in Brazil

DESDE LA CRIMINALIZACIÓN DE SUSTANCIAS HASTA LA POLÍTICA DE "GUERRA CONTRA LAS DROGAS": UN SIGLO DE PROHIBICIONISMO EN BRASIL

DA CRIMINALIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS À POLÍTICA DE "GUERRA ÀS DROGAS": UM SÉCULO DE PROIBICIONISMO NO BRASIL

José Guilherme Magalhães e Silva[1], *Luís Felipe Zilli*[2] e *Letícia Godinho de Souza*[3]

Abstract
In 1921, Decree 4,294 defined prohibitionism as the referential model of state response to drugs in Brazil. One century later, not only is the approach still enshrined in national legislation but also materialized in a complex institutional and bureaucratic network of governance and public policies. This paper examines the evolution of drug policies in Brazil over the past century, exploring how a web of normative, political, and institutional devices converged to entrench the hegemony of the prohibitionist approach in public responses to drugs. A systematic analysis of national and international legislation reveals that the prohibitionist enterprise was successful in Brazil due to two factors: i) as an ideational set, it was integrated into structuring discursive fields of Brazilian political culture, dialoguing with the stigmatization of marginalized populations and criminalization of their practices; and ii) as an ordering principle of public policy, it has demonstrated remarkable resilience and adaptability, incorporating elements of alternative models into its framework without compromising its fundamental structures. Political innovations implemented in Brazil since the 1990s (especially decriminalization and damage reduction models) have been able to neither shake the definition of drugs as a moral and criminal problem, nor prevent its instrumentalization as a policy of socio-spatial control of lower classes.

Keywords
Drugs; war on drugs; prohibitionism; public policies on drugs; criminalization of drugs.

Resumen
En 1921, el Decreto 4.294 definió el prohibicionismo como modelo referencial de respuesta estatal a las drogas en Brasil. Un siglo después, este enfoque sigue presente en la legislación nacional y en una compleja red institucional y burocrática de gobernanza y políticas públicas. Este artículo examina la evolución de las políticas de drogas en Brasil durante el último siglo, explorando cómo un conjunto de dispositivos normativos, políticos e institucionales convergieron para afianzar la hegemonía del enfoque prohibicionista en las respuestas públicas a las drogas. Un análisis sistemático de la legislación nacional e internacional revela que el prohibicionismo tuvo éxito en Brasil debido a dos factores: i) como conjunto ideacional, se integró en campos discursivos estructurantes de la cultura política brasileña, dialogando con la estigmatización de poblaciones marginadas y la criminalización de sus prácticas; y ii) como principio ordenador de la política pública, demostró una notable resiliencia y adaptabilidad, incorporando elementos de modelos alternativos de respuesta

estatal a las cuestiones relacionadas con las drogas en su marco sin comprometer sus estructuras fundamentales. Ni siquiera las innovaciones políticas implementadas en Brasil desde los años 1990 (especialmente los modelos de despenalización y reducción de daños) han logrado sacudir la definición de las drogas como un problema moral y criminal, o incluso evitar su instrumentalización como política de control socioespacial de las clases bajas.

Palabras clave
Drogas; guerra contra las drogas; prohibicionismo; políticas públicas sobre drogas; criminalización de las drogas.

Resumo
Em 1921, o Decreto n. 4.294 definiu o proibicionismo como modelo referencial de resposta estatal às drogas no Brasil. Um século depois, a abordagem segue consagrada na legislação nacional, mas agora materializada também em uma complexa rede institucional e burocrática de governança e políticas públicas. Este artigo analisa cem anos de trajetória das políticas de drogas no país, buscando compreender como, ao longo desse período, uma complexa trama de dispositivos normativos, políticos e institucionais se articulou para estabelecer a hegemonia da abordagem proibicionista sobre o campo das respostas públicas às drogas no Brasil. A partir de análise sistemática de legislação nacional e internacional, conclui-se que a empreitada proibicionista obteve sucesso no país em decorrência de duas ordens de fatores: i) enquanto conjunto ideacional, integrou-se a campos discursivos estruturantes da própria cultura política brasileira, dialogando com processos de estigmatização de populações marginalizadas e de criminalização de suas práticas; e ii) enquanto princípio ordenador de uma área de políticas públicas, demonstrou grande resiliência e capacidade de adaptação, absorvendo e incorporando elementos de modelos alternativos de resposta estatal à questão das drogas, sem corromper ou alterar suas estruturas fundamentais. Nem mesmo inovações políticas implementadas no país a partir dos anos 1990 (sobretudo modelos de despenalização e redução de danos) se mostraram capazes de abalar a definição das drogas como problema moral e criminal, ou impedir sua instrumentalização como política de controle socioespacial de classes populares.

Palavras-chave
Drogas; guerra às drogas; proibicionismo; políticas públicas sobre drogas; criminalização das drogas.

Contribuição de autoria

José Guilherme Magalhães e Silva
Conceptualization; methodology; data curation; formal analysis; investigation; writing – original draft; visualization.

Luís Felipe Zilli
Conceptualization; methodology; supervision; writing – original draft; writing – review and editing; visualization.

Letícia Godinho de Souza
Conceptualization; methodology; supervision; writing – review and editing.

• • •

How to quote this article
SILVA, José Guilherme Magalhães e; ZILLI, Luís Felipe; SOUZA, Letícia Godinho de. From the Criminalization of Substances to the "War on Drugs" Policy: A Century of Prohibitionism in Brazil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2418, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202418

• • •

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.RWFDJX.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction

The Federal Constitution of 1988 is usually highlighted as a landmark of paradigm change in Brazilian social policies, due to its provision of comprehensive care to portions of the population that had previously been marginalized by government actions (Arretche, 2018). However, it went in the opposite direction regarding drug policies, consolidating the ideology of repression of narcotics consumption into the Brazilian legal system and aligning the country with the prohibitionist approach of the "War on Drugs", a prominent international issue at the time. Starting with the 1988 Constitution, Brazil began to direct a specifically rigid criminal response toward drug trafficking, treating it as a non-bailable crime, insusceptible to amnesty or grace (article 5, XLIII), and going so far as to provide for the possibility of extraditing naturalized Brazilians involved with the practice (article 5, LI).[1]

The ideology that guides the state's response to the drug issue in Brazil has changed little in the 30 years since the Constitution was enacted. Decree 9,761/2019 is the legal foundation that sustains public intervention on the subject, which establishes the National Drug Policy (PNAD, in Portuguese). In line with the prohibitionist logic, the document determines supply reduction and the fight against drug trafficking as its primary guidelines. These objectives are to be achieved through repressive actions and criminal proceedings conducted by the institutions of the Unified Public Security System (SUSP, in Portuguese) and other criminal prosecution bodies.

This arrangement illustrates the prevalence of an ideational set in Brazil that can be defined as "prohibitionism": a model of state response to the issue of drugs that provides for the interdiction of all acts connected to the chain of production, consumption, and marketing of certain narcotics through criminalization and criminal repression. This model requires certain awareness in distinguishing between licit and illicit drugs, resulted from the game of geopolitical interests among major powers and international corporations (Rodrigues, 2017).

This article analyzes the ideational contents that have structured the state's response to drugs in Brazil over the last century. Practically, it is a matter of identifying the main ideas that justified and sustained the criminalization of certain psychoactive substances throughout the period, creating paradigmatic prohibitionism and criminal framing, as well as *de facto* hegemonic models of public/state response to the supply and consumption of narcotics. Therefore, we intend to analyze the national and international legal framework that has guided Brazil's public action regarding drugs since the beginning of the 20th century with an emphasis on Decree 4,294/1921, the first National "Drug Law", and the consolidation of the large bureaucratic/institutional apparatus responsible for operating such guidelines.

1 Article 5 of the Federal Constitution asserts that: "no Brazilian shall be extradited, except naturalized Brazilians, if they committed a common crime prior to naturalization or if their participation in unlawful traffic in narcotics and similar drugs is proven, under the terms of law" (Brazil, 1988).

1. Prohibitionism as a Resilient Idea

Understanding how the logic of prohibitionism has managed to endure in the Brazilian legal and institutional system for a century, guiding the structuring of a complex system of repressive public policies concerning drugs, first implies thinking about how specific ideas and discourses preserve their main characteristics over time, despite changes in social, political, and cultural contexts. In the field of Social Sciences, the approach of neoinstitutionalism, for example, defends the premise that social reality must be understood from the set of rules, organized practices, and operational procedures adopted by certain societies. Inserted into structures of relatively invariable and resilient meanings and resources, such institutions end up consolidating and shaping social reality, despite the turnover and transience of individuals, their preferences, or external circumstances. Institutions create order and predictability shape, empower, and constrain social actors to act within specific cognitive frameworks and action logics (March; Olsen, 2008).

From this perspective, even what we term as "ideas" can be considered akin to stable and durable institutions, operating at different levels of social order, from greater or lesser degrees of abstraction. In a broader sense, ideas can be understood as collective imaginaries or public philosophies. This is what German philosophy defines as *Zeitgeist:* a set of cultural, social, and economic premises, or the "spirit of an age", in free translation. At this level, ideas would operate as a socially shared set of assumptions that shape the lenses through which certain realities will be perceived by those who share such meanings. An example of this is the collective notion that intoxication, through psychoactive substances, is morally and socially reprehensible.

At an intermediate level, ideas can relate (or not) to the definition of specific social facts as problems. Hence, the collectively shared perception that, as a morally reprehensible practice, drug use represents an issue in which society and the state must intervene. Finally, in a narrower and more applied conception, ideas can be political solutions presented in the face of predetermined problems (Mehta, 2010). Another example is the socially shared notion that the trade and consumption of certain substances should be criminalized, with consequent criminal intervention over the entire surrounding operation. From this framework, the impact of specific ideas on processes of permanence or social change depends on their circulation and interaction with various other elements that permeate the social environment (Rueschemeyer, 2006; Mehta, 2010; Perissinotto; Stumm, 2017).

At this point, it is important to highlight the capacity of specific ideas to endure, replicate, or adapt over time, remaining dominant in the face of opposing discourses, despite their flaws (Schmidt; Thatcher, 2013). Thus, the definition of "resilience" is similar to the concept adopted by the natural sciences, i.e., the ability of certain materials to recover their original shape after a shock, preventing their decimation. Therefore, a resilient idea is, by definition, flexible and malleable, capable of adapting to external pressures. In some contexts, resilient ideas coexist with opposing views, remaining the dominant moral approach or philosophy.

It is within this conceptual perspective that we argue that the dominance exercised by the prohibitionist ideology in the field of state action on drugs is due to its high degree of resilience: i) it is an idea that presents continuity over time (it is durable, recurrent, and adaptable); ii) it exercises expressive dominance over alternative and competing ideas; iii) it survives in the face of significant conjunctural challenges and alternative models, despite its flaws (Schmidt; Thatcher, 2013). Over recent decades, prohibitionism has imposed itself as a dominant idea in the field of drug policies in Brazil, as a broader philosophy which defines the issue of drugs as a social and moral problem and, above all, as the framework for this matter as the object of state action, within the sphere of public security and criminal law.

2. Data and Methodology

We intend to analyze the trajectory of drug policies implemented in Brazil since 1921, when the country first enacted its "Drug Law". This will enable us to identify the main ideas that have structured state responses concerning drugs and understand which elements have sustained the resilience of such an approach over time. In analytical terms, three ideational resilience attributes (Schmidt; Thatcher, 2013) will be explored, each of them from a specific source of information.

2.1. 1st Attribute: Durability, Recurrence, and Adaptability

We analyzed the national legislation on the subject (constitutional, legal, and regulatory) to demonstrate the durability, recurrence, and adaptability of prohibitionist ideology regarding drugs in Brazil. It is assumed that the laws enacted a large portion of the victorious ideas in the political and discursive field, allowing the identification of continuity dynamics or institutional change in public policies. The *corpus* analyzed encompassed, as its initial reference, the document "*Seleção de normas brasileiras sobre drogas (1920-2020)*", authored by CONAD.[2] The document highlights 100 regulations, 74 of which were enacted between 1988 and 2020. Regulations, identified by literature review, are included in the document and consist of ordinances and resolutions from the Ministry of Health and ANVISA (13 documents) and laws (ten documents) that affect the Brazilian state response on the subject, although they do not have the drug issue as their exclusive focus. Thus, 123 national regulations, enacted between 1921 and 2020, were considered for initial analysis.

2 The National Council on Drug Policies (CONAD, in Portuguese) is a standing organ of the National Drug Policy System (SISNAD) and the primary repository of regulations published on the subject.

Added to this material are texts from eight international conventions on drugs produced by the United Nations (UN). Brazil is a signatory to the UN treaties and has ratified the content of these conventions through internal decrees. All 131 documents were put through content analysis (Mozzato; Grzybovski, 2011), observing their greater or lesser adherence to four "main-ideas" that guide the state response to the drug issue:

a) **Repression:** prohibitionism is marked by criminal intervention over all acts in drug production, marketing, and consumption. Identifying the increase or decrease of criminalized conduct and penalties allows us to assess the strength of prohibitionism in the political agenda, as well as the degree of centrality repression has as an ordering principle of public policies.

b) **Criminalization of Substances:** the distinction between "licit" and "illicit" narcotics stems from a complex web of political, social, and economic processes. Whether a given substance is criminalized defines if its users and suppliers will be subjected to the criminal system and moral judgment of society or if they will be targets of health and social care public policies.

c) **Creation, extinction, or transformation of institutions focused on governing programs that make up drug policy:** the current "Anti-Drug Law" (Law 11,343/2006) institutes the National Drug Policy System (SISNAD) as the "set of policies, plans, programs, actions, and projects for the federated entities regarding drugs". Regulations that address the creation, extinction, and transformation of institutions focused on governing drug policies were analyzed.

d) **Establishment of approaches to health, social care, and social reintegration of drug users and addicts:** the constant transiting of the drug issue between the spheres of health and public security is a reflection of the confrontation of ideas in this discursive field. Thus, regulations that address different responses to imprisonment when it comes to drugs were also analyzed. Implementing such devices can mean opening the political agenda to ideas opposed to prohibitionism or its adaptation to other historical moments or social contexts.

After reading and analyzing the 131 regulations obtained, we excluded the ones that were very specific about certain substances or that only marginally addressed the topic. Fifty-one remained for further analysis.

2.2. 2ND ATTRIBUTE: MASTERY OF THE DISCURSIVE FIELD, TO THE DETRIMENT OF ALTERNATIVE MODELS

Another characteristic of ideational resilience (Schmidt; Thatcher, 2013) is the dominance of certain ideas in a discursive field to the detriment of opposing or competing alternatives. In this sense, the analysis also covered bills that seek to mitigate or overcome the prohibition model, identified from a search on the Chamber of Deputies website. We identified four bills between 1988 and 2020 proposing the discrimination of drugs.

2.3. 3RD ATTRIBUTE: SURVIVAL OF THE IDEA, DESPITE ITS FLAWS

Resilient ideas survive the clash with antagonistic ideas and their flaws (Schmidt; Thatcher, 2013). Many studies have demonstrated the perverse social effects of prohibitionism over the past few years. Seven studies produced by public agencies and academic entities were also analyzed to highlight the results and reflections of the prohibitionist model in the Brazilian context.

Based on literature and document reviews, 62 texts compose the *corpus* of research, displayed in Table 1.

TABLE 1 – **PROHIBITIONISM IN BRAZIL:** ANALYZED DOCUMENTATION

IDEATIONAL RESILIENCE ATTRIBUTE	DOCUMENT TYPE	SOURCE	ANALYZED DOCUMENTS
DURABILITY RECURRENCE ADAPTABILITY	BRAZILIAN LEGISLATION	CONAD, PLANALTO WEBSITE, AND OFFICIAL DIARY OF THE UNION	43
	INTERNATIONAL TREATIES RATIFIED BY BRAZIL	BRAZILIAN UNODC WEBSITE	8
DOMINANCE OVER THE DISCURSIVE FIELD	BILLS	CHAMBER AND SENATE WEBSITES	4
SURVIVAL, DESPITE ITS FLAWS	OTHERS	CHAMBER OF DEPUTIES, CESEC, BRAZILIAN FORUM ON PUBLIC SECURITY, PERSEU ABRAMO FOUNDATION, OSWALDO CRUZ FOUNDATION, INFOPEN, AND IPEA	7
TOTAL			62

Source: Authors' own elaboration.

3. A Century of Prohibition in Brazil

3.1. 1921 to 1988

The consumption of substances to alter an individual's state of consciousness is a traditional and widely disseminated practice (Gamella, 2003). Despite this, various drug criminalization measures have spread throughout the world over the past centuries. Episodes such as the prohibition of gin in England in the 18th century,[3] the crusade of Chinese rulers against Opium in the 19th century,[4] and the *Marihuana Tax Act* of 1937[5] in the United States make it clear that anti-drug actions have always been inspired by a series of moral, cultural, political, and economic issues, as well as by the interest in consolidating mechanisms of social control over specific populations.

In Brazil, the beginning of the formal framing of the drug issue as a public problem occurred with the publication of Decree 4,294/1921. In addition to criminalizing the unauthorized trade in cocaine, opium, morphine, and their derivatives, the text consolidated criminal intervention as a preferential state response to the supply and consumption of narcotics. In the following decades, especially during the "Vargas Era" (1930-1954), an intense federal legislative production would be responsible for aligning Brazil with the intense international escalation of prohibitionism observed at the time, materialized in the regulations produced by the Geneva Conventions of 1925, 1931, and 1936.

The inclusion of marihuana and heroin to the list of internationally controlled substances was agreed at the first of these three meetings (a determination ratified in Brazil by Decrees 20,930/1932 and 22,950/1933). The second Convention recommended the creation of domestic structures to control and supervise the use and trade of legal drugs and the repression of those considered illegal (guidance ratified in Brazil by Decrees 113/1934 and 780/1936). In the third meeting, the signatory countries were directed to intensify measures

3 The *Gin Act* was a tax rule implemented in England in 1736 to hinder the legal gin trade. The law resulted from pressure exerted by religious temperance movements, according to which the consumption of alcoholic beverages by the population – especially the poorest – led to physical and moral degeneration (Gamella, 2003; Shecaira, 2012).

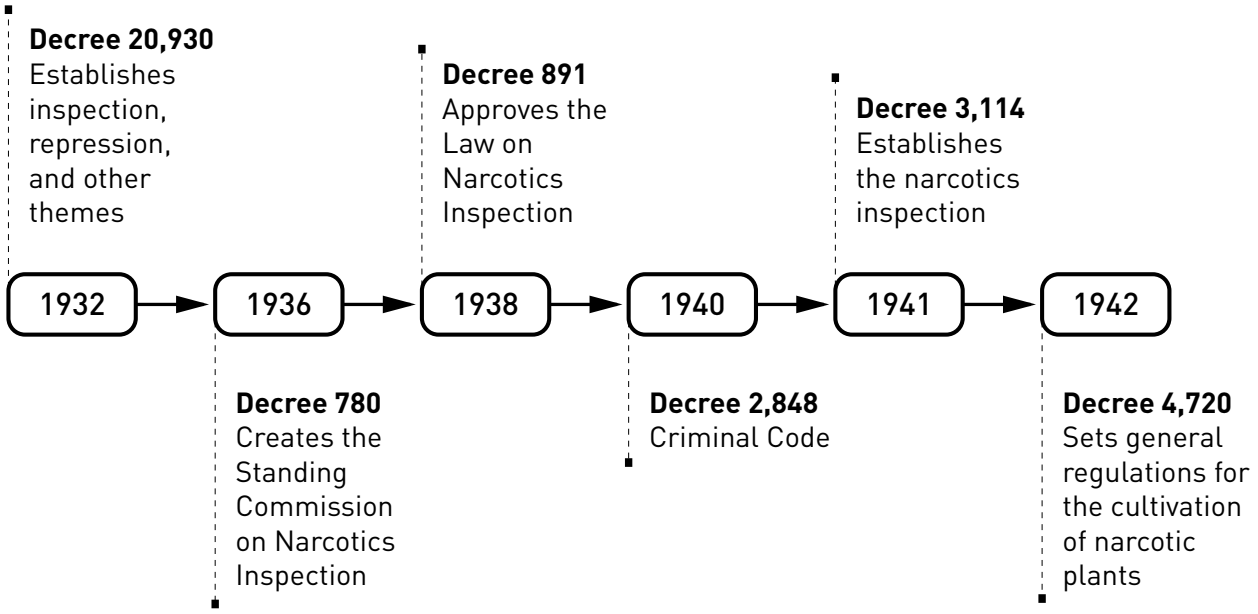
4 Opium was the central element of two wars between China and England (1839-1842 and 1856-1860). Defeated in both conflicts, China was forced to accept the foreign exploitation of opium in its territory (Escohotado, 1989; Gamella, 2003; Torcato, 2016).

5 The legislation criminalized cannabis (a drug associated with Latin American immigrants), making its possession a federal crime. This is yet another episode in which the US Government used anti-drug policy as a mechanism of social control and repression over subaltern groups (Escohotado, 1989; Rodrigues, 2006; Shecaira, 2012).

to combat trafficking and facilitate the extradition of those convicted (determinations ratified by Decree 2,994/1938). This normative process was consolidated in 1940, when the Criminal Code (Decree-Law 2,848/1940) established the crime of drug trafficking in article 281, with a penalty of one to five years imprisonment.

For authors such as Carvalho (2014), the regulations enacted throughout the 1930s and 1940s marked Brazil's adherence to the international model of drug control, institutionalizing prohibitionist policies as its basis for action, with bureaucratic structures that are present to this day. From the discursive perspective, repression was consolidated as an ideational set to guide drug policies. Figure 1 presents the drug legislations enacted in Brazil during the "Vargas Era" (1930-1945).

FIGURE 1 – **PRIMARY FEDERAL DRUG LAWS DURING THE "VARGAS ERA"**



Source: Authors' own elaboration.

This basis would gain new momentum between the 1960s and the first half of the 1980s, during the civil-military dictatorship in Brazil. In this period, the political prominence of moral entrepreneurs linked to conservative, religious, social, and economic groups resulted in a restrictive agenda for rights to advance in the public debate (Rolim, 2011). In the case of drug policies, legislative production reinforced the prohibitionist ideology, aligning Brazil to the North American model of the "War on Drugs" (Batista, 1997; Rodrigues, 2006; Torcato, 2016).

In the early years of the dictatorial period, regulations that amended the Criminal Code and laid the foundations for a new frame for the prohibitionist model were enacted. In 1964, Law 4,451 included the verb "to plant" in the top line of article 281. In 1967, Decree-Law

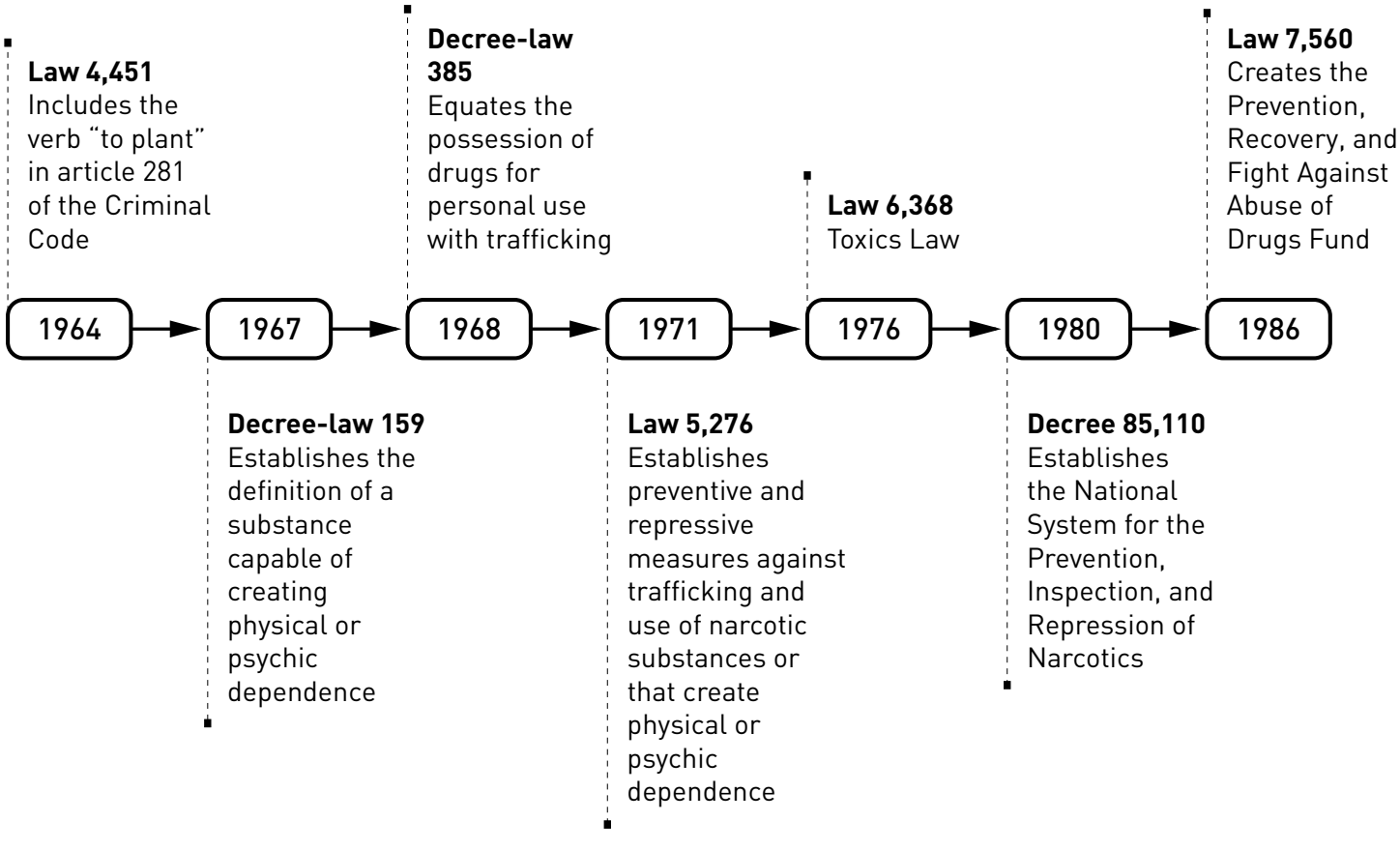
159 extended criminal treatment to conduct linked to substances that caused physical or mental dependence, even if they are not considered narcotics. In the following year, Decree-Law 385/1968 determined that equal penalties must be applied to drug users and traffickers. Imported from the US legal system, the measure became a tool of social control over groups challenging the regime, allowing the incarceration of young people linked to resistance collectives. Drug control policies proved to be useful tools for repressing internal enemies in both countries (Rodrigues, 2006).

In 1971, Law 5,726 increased the maximum sentence for drug crimes (from five to six years of imprisonment) and equated such offenses to crimes against national security and political/social order. Finally, in 1976, Brazil enacted Law 6,368 (Toxics Law). This instrument would remain in force for almost 30 years, consolidating the structures of the prohibition model. It reduced the prison sentence for users (6 months to 2 years) but significantly increased it for the crime of trafficking (from 6 to 15 years).

As an alternative to the imprisonment sentence for users, it enabled the compulsory hospitalization of chemical addicts in specialized establishments of the public health network. Such measures applied the medical approach to the problem, even if still within a clear security basis (Machado; Miranda, 2007). To ensure the implementation and governance of the new drug policy, the regulation created the "National Anti-Drug System", consisting of a set of federal, state, and municipal agencies that carried out activities for the prevention and repression of drugs, as well as the social reintegration of users.

In 1980, continuing the development of an institutions network focused on the governance of the National Drug Policy, the federal government enacted Decree 85,110, establishing the "National System for the Prevention, Supervision, and Repression of Narcotics", an arrangement that advanced the integration and the financing of public organizations network focused on the fight against and prevention of drugs. Figure 2 presents the drug legislations enacted in Brazil during the "Military Dictatorship" (1964-1986).

FIGURE 2 – **PRIMARY FEDERAL DRUG LAWS DURING THE "MILITARY DICTATORSHIP"**



Source: Authors' own elaboration.

3.2. POST-1988 CONSTITUTION

As previously discussed, resilient ideas stand the test of time; although they incorporate new elements to adapt to changes in context, they maintain the principles that structure them (Schmidt; Thatcher, 2013). The legislative production concerning drugs in Brazil demonstrates that, throughout the 20th century, the ideational set of prohibitionism survived historical, political, and social transformations, determining its definitive consecration in the 1988 Constitution. Contrary to the progressive sense emanated from other areas of public policy, the Constitution consolidates criminal repression as the primary line of state response to the supply and consumption of illicit drugs. However, it incorporates elements from alternative models into the legal system.

At the end of the 1980s, this movement aligned Brazil with the international rise of "law and order" movements, a repressive and moralistic political and criminal panorama fundamentally inspired by the United States (Rodrigues, 2006). In a regulatory context that had already established imprisonment for both traffickers and users (Law 6,368/1976), in 1990, came the enactment of the Heinous Crimes Law (Law 8,072). This device intensified the criminal and procedural response to trafficking, restricting guarantees and increasing the sanctions against it. Only one year later, in 1991, Brazil ratified the 1988 "United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic

Substances", considered a milestone in the internationalization of US repressive policy (Rodrigues, 2006).

However, the ideational scenario became more complex in the second half of the 1990s, when Brazilian legislation began to incorporate elements from two other models of drug control: depenalization and harm reduction.

3.2.1. The Depenalization Model

The depenalization, or "moderate prohibitionist", model proposes either the progressive and gradual reduction of criminal control over drug consumption or its replacement by administrative controls. The model is divided into two large subtypes:

a) **Decarceration of use and possession**: establishing the application of rights-restrictive penalties to the detriment of custodial sentences. It maintains criminal control over such conduct, however, removes the possibility of user arrest. It can be found in Germany, Austria, Belgium, Denmark, Ireland, United Kingdom, Switzerland, and, currently, Brazil.

b) **Decriminalization of use and possession**: total removal of criminal control over the consumption of certain narcotic drugs. This has been established in Portugal and Spain.

In Brazil, the procedural bases for implementing the decriminalization model (in its decarceration aspect) were established in 1995 with the publication of Law 9,099. The regulation created the Special Criminal Courts and, with them, the institutes of criminal transaction (possibility of immediate application of a rights-restrictive penalty or fines substituting imprisonment) and the procedural *sursis* (suspension of the proceedings for two to four years, with the possibility of extinguishing the punishment at the end of the period).

However, in criminal terms, the establishment of user decarceration in Brazil occurred only in 2006, with the publication of Law 11,343. Despite determining penalties from five to 15 years imprisonment for drug trafficking, the instrument includes alternative measures for drug possession for personal use. In article 28, the law no longer includes imprisonment for drug users, but the application of rights restriction (warning, community service, and educational intervention).

However, despite absorbing elements of the alternative model of user decarceration, the new drug law caused the opposite effect, massively increasing the number of incarceration, for drug crimes in Brazil. This is because the text does not offer objective criteria for operators of the Criminal Justice System to distinguish between what should be considered "possession of drugs for personal consumption" (article 28) and "drug trafficking" (article 33). According to the law, such distinction is up to the public agents involved, based on the observation of the following issues: nature and quantity of the substance seized; the location and conditions under which the action took place; *the social and personal circumstances of*

the subjects (emphasis added); and the conduct and antecedents of the agents (article 28, paragraph 1). In a country known for deep social inequalities, racism, and the desire for socio-spatial control of marginalized populations, the discretion given to police officers, prosecutors, and judges fostered the overrepresentation of marginalized populations among the subjects incriminated. While individuals from socioeconomic elites were covered by the provisions of article 28 (possession for use), the penalties for trafficking were reserved for those the system wished to incarcerate (Carvalho, 2014).[6]

Therefore, contrary to what was previously foreseen, Law 11,343/2006 contributed to a significant increase in the number of people arrested for drug crimes (Lemgruber *et al.*, 2021). According to the National Penitentiary Information Survey (Infopen, in Portuguese), in 2005, the year before these regulations were enacted, about 15% of the Brazilian prison population was imprisoned for drug-related crimes. In 2020, this percentage rose to 29.91%, making drug-related crimes the largest single cause of incarceration in the country (DEPEN, 2020).

Since Law 11,343/2006, a change in the classification profiles and processing for drug crimes can be observed, with fewer cases classified as "possession/personal use" and an increase in "drug trafficking" cases. A study conducted by Ribeiro, Rocha, and Couto (2017), for example, indicates that, in 2008, the new drug law instigated the development of a judicial instance meant solely to process drug crimes in a South-eastern Brazilian metropolis, and it was created simply to handle such increases in cases related to legislation. In Rio de Janeiro, a study by Grillo, Policarpo, and Veríssimo (2011) determined that instead of resulting in the softening of state control over drug use, the law was used by military police officers to negotiate with users over their release or arrest and removal to a police station.

In São Paulo, a study conducted by Jesus (2020) also notes the influence that military police officers exert over the classification of drug cases. According to the research, the narratives produced by officers on arrest forms are key to the formation of judicial truth, validated by prosecutors and judges in custody hearings, instructions, and judgments (according to the study, 74% of arrests during the commission of a drug crime have only police officers as witnesses).

Similarly, these studies indicate that "suspicion" constitutes an important factor for police judgment and, consequently, support the differential application of the drug law among Brazil's populational segments. As police suspicion tends to fall mostly on poor and

6 There is a vast academic literature in Brazil that analyses the effects of Law 11, 343; 2006 (Drugs Law) for the massive increase in the imprisonment of young, black, and poor people in the past few decades. See: Grillo, Policarpo and Veríssimo (2011); Souza (2014); Ribeiro, Rocha and Couto (2017); Campos (2019); Jesus (2020); Sinhoretto, Cedro and Macedo (2022); Reis and Ribeiro (2023).

marginalized populations, these groups find themselves subjected to a harsher penal treatment (that of a dealer). On the other hand, the "unsuspected" are free from penal control when carrying illicit drugs. This "criminal subjection" process (Misse, 2010) explains how, especially in Brazil, the label of trafficker has been historically linked to the idea of a *favela* inhabitant, someone who is poor and black.

As previously indicated, this is based on the premise that, to a large extent, the legislation and the ways in which they are operationalized by institutions reflect the socially predominant ideas which carry force at specific times in history. In this sense, it is clear that prohibitionist ideas do not end with the letter of the law, but also encompass the daily practices of the agents responsible for their execution. The mismatch between what Law 11,343/2006 proposed (aligned with the logic of decarceration) and its real practical effects (a massive increase in incarceration for drug crimes) proves such a process. The prohibitionist model is so ingrained in Brazilian organizations and their drug policies that it has enabled its survival, even in the face of a legislative change intended to mitigate it.

3.2.2. Harm Reduction and Therapeutic Communities

Based on individual autonomy, the model known as "harm reduction" prioritizes social reintegration and improvement of addicts' living conditions. In this sense, abstinence is not necessarily a goal to be achieved, although it can become a long-term goal (Rodrigues, 2017). The approach proposes viable options for people who do not want or cannot reduce their drug use and those who cannot access health services (Teixeira *et al.*, 2017).

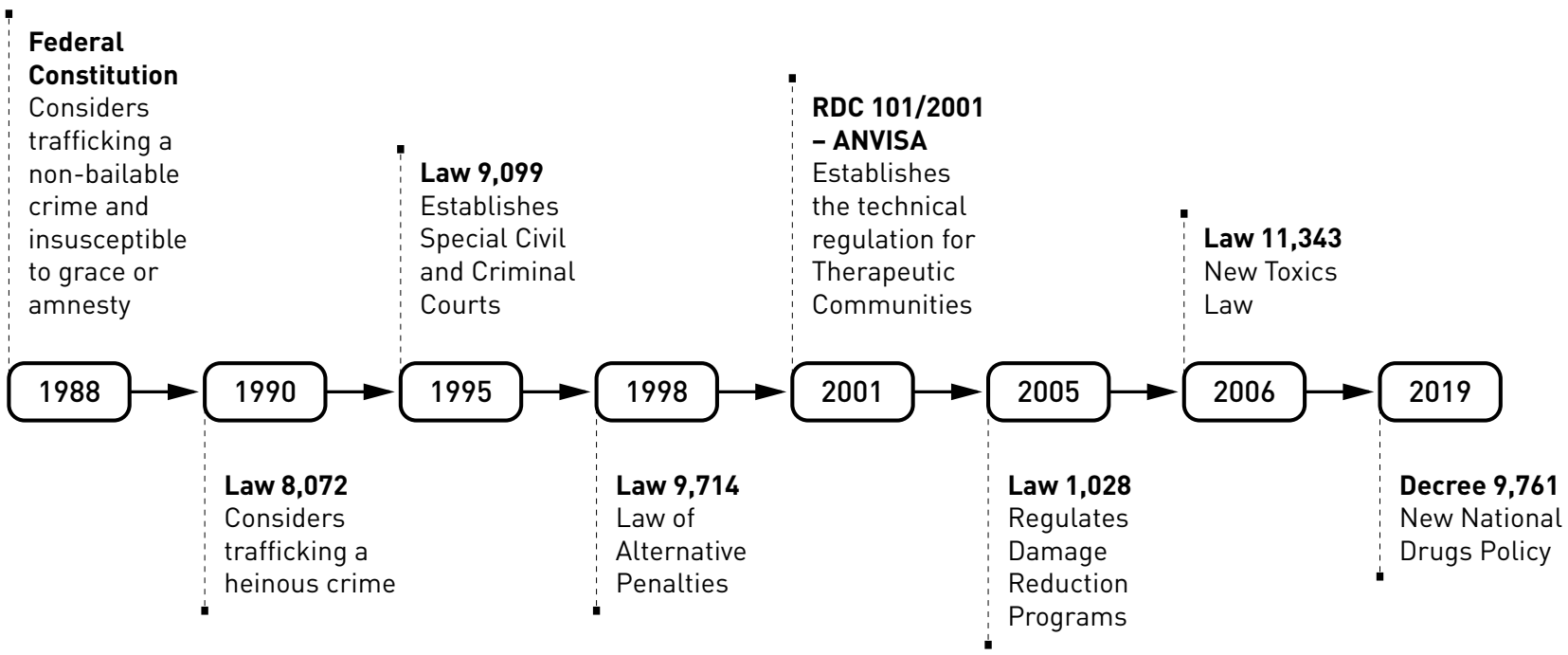
The model began to gain notoriety in Brazil in the late 1980s, with the installation of syringe exchange programs in Santos (State of São Paulo) to reduce the proliferation of blood-borne diseases among intravenous drug users (Andrade, 2011). Similar programs were also implemented in Bahia, Santa Catarina, and Rio de Janeiro in the second half of the 1990s, along with other cities in São Paulo State (Rodrigues, 2017).

In federal legislation, the principles of harm reduction were established only at the beginning of the 21st century due to the "psychiatric reform" movement. The approach defends a model of mental health care opposite to that of hospitalization and exclusion of the dependent from society (Teixeira *et al.*, 2017). Decree 4,345/2002, which determines the National Anti-Drug Policy, recognizes harm reduction as a preventive intervention to address health problems associated with narcotics abuse. The model was regulated by the Ministry of Health's Ordinance 1,028/2005, demonstrating that the drug issue moves through the discursive field of health policies and the ideational sphere of public security.

Still within the field of alternatives to criminal intervention concerning drugs, the therapeutic communities approach spread throughout the 1990s. Defending abstinence, these organizations propose treatments that imply the temporary removal of users from social life (Machado; Miranda, 2007; Teixeira *et al.*, 2017). There is no precise information on the emergence of the first TCs in Brazil. However, there has been a more systematic expansion

of the model since the 1990s, when units began to receive significant financial contributions from states and municipalities. On the other hand, these institutions began to be regulated only from the 2000s (Anvisa Resolution 101/2001), at which point the presence and importance of TCs began to continuously expand in the national political agenda. Starting in 2018, the approach reached strong predominance in the Brazilian political agenda, with an increase in the federal budget allocated to TCs. The CONAD (Brazil, 2021) report shows that the federal government financed 10,771 beds in TCs in 2020, at an annual cost of R$151 million. For 2021 and 2022, SISNAD aimed to expand the number of shelters and vacancies by 100%. Figure 3 presents the drug legislations enacted in Brazil between 1988 and 2020.

FIGURE 3 – **KEY FEDERAL DRUG LAWS** (1988-2020)



Source: Authors' own elaboration.

4. PROHIBITIONISM'S DOMINANCE OVER ALTERNATIVE MODELS

4.1. THE ADAPTABILITY OF PROHIBITIONISM

At first glance, the consolidation of the prohibitionist model in the Brazilian Constitution could have meant locking the political agenda out of the rise of alternative ideas in the discursive field of drug policies. However, the national normative framework became permeated by elements of the alternative models of depenalization and harm reduction, after intensifying the criminal and procedural response to the issue between the end of the 1980s and the first half of the 1990s.

In ideational terms, the possibility that drug users are the object of responses other than imprisonment has brought Brazilian policy closer to the experience of European countries, to the detriment of repressive premises disseminated by the US and UN over the past century. However, it is also necessary to observe that, even when led by actions developed in the health field, the advancement of these alternative approaches was based on strongly colonized interventions by traditional public security ideas.

On the one hand, the entry of health actors into the discursive field of drug policy did not weaken the prohibitionist ideal; the absorption of concepts from harm reduction was not reflected in a decrease in criminal intervention. On the other hand, it is also necessary to observe that the same shift from the discussion of drugs to the field of health originated from the solutions of therapeutic communities, an approach supported by security principles such as abstinence, control, and interdiction of subjects and their bodies, as well as the imposition of religious principles to those served. Such elements reflect the resilience of prohibitionist ideas, representing a cognitive model that adapts to political and social pressures, keeping its ideational core reasonably intact.

Where criminal policies are concerned, all Brazilian legislation from the 21st century maintained the repression of supply and consumption as central objectives of the state's response to the drug issue. This is evidenced by the maintenance of harsh imprisonment sentences for traffickers throughout all the laws enacted in recent decades and by the determination (in the most recent legislation) that it will be up to the operators of the Criminal Justice System to distinguish between users and traffickers (since the regulations do not present objective criteria to discern them). This results in an overrepresentation of black and poor people classified as traffickers, even when apprehended with smaller quantities of drugs.

4.2. The Interdiction of Alternative Agendas

In addition to absorbing and incorporating elements from competing alternatives, another aspect demonstrating the resilience of prohibitionist ideology is its prevalence over approaches that are frontally opposed to it. Normatively speaking, the model's strength can be observed when it is confronted by bills that, over the past decades, have attempted to propose the decriminalization or even legalization/regulation of drugs in Brazil.

Bill 5,824/2001, for example, proposed the partial decriminalization of the possession of up to five grams of marihuana (tetrahydrocannabinol) for personal use, amending article 16 of Law 6,368/76. Ideally, the project rejected one of the basic principles of prohibitionism – the use of drugs as a social problem. The bill's primary argument was that the consumption of marihuana would be an irrelevant act to criminal law, without causing problems to citizenship or public peace. Therefore, there would be no justification for moralizing ideas to prevail over individual freedom. However, the bill was archived at the end of the 51st Term of the Legislature (1999-2003).

Bill 7,270/2014, in turn, proposes to regulate the production, industrialization, and commercialization of the *Cannabis* genus plant and its derivatives. The proposal provides for the removal of the plant from the list of substances and drugs subject to special control by the Brazilian Health Regulatory Agency (ANVISA), authorizing its production and marketing through state regulation, encompassing registration, standardization, classification, inspection, and supervision similar to the ones in force for alcohol and tobacco. In addition, the bill also addresses all currently illicit drugs, proposing the amendment of article 28 of Law 11,343/2006, making acts related to possession, transportation, and cultivation for personal use lawful. The bill argues that the current prohibitionist regulations are ineffective in combating the use of narcotics, causing worse problems, such as the stigmatization of social groups and violence.

Similarly, bill 10,549/2019 suggests the removal of *Cannabis* and its derivatives from the lists of prohibited plants and substances, allowing possession and cultivation for personal use. Like the previous bill, the proposal determines control, supervision, as well as the regulation of production and trade. In addition, it proposes the amendment of article 28 of Law 11,343/2006, making the possession of drugs for personal use lawful at the maximum quantity established by the National Secretariat for Drug Policies (SENAD). According to the bill, the use of *Cannabis* and other drugs is an individual decision, with no justification for the application of public security material and human resources in its repression. Finally, bill 4,565/2019 aims to make the possession of up to 30 doses of illicit drugs or the cultivation of up to six plants lawful.

These proposals remove the incidence of criminal law on the possession of drugs for personal use, only differing in the definition of limits and substances in which possession would constitute trafficking. Some of the bills are more audacious, proposing the removal of criminal intervention on all acts linked to the chain of production, supply, and consumption of illicit drugs, providing for their economic exploitation through state regulation. Such proposals directly challenge the prohibitionist *Zeitgeist*, proposing its replacement by the concept that narcotic consumption is not a moral and social evil. Therefore, it is not the state's responsibility to intervene in individual behaviors without offensive potential. This substitution of the ideational background changes the definition of the drug problem, leading to proposition of solutions that are directly contrary to criminal intervention.

However, none of the four proposals was successful. The first was archived, others were attached to a project presenting measures opposed to decriminalization, and the most recent proposal is still in process. This legislative clash demonstrates the ideational resilience of prohibitionism, a model that systematically proves itself capable of hindering intervention alternatives that directly attack its structuring assumptions.

4.3. The survival of prohibitionism despite its flaws

Prohibitionism resisted social and political transformations in Brazil, reaching the third decade of the 21st century supported by a broad legislative base and operationalized by a

complex network of government organizations. The basic ideas of the model are resilient, dominating the discursive field, incrementally absorbing elements of alternative approaches, and hindering the rise of decriminalization proposals. In conclusion, a third attribute of the ideational resilience of prohibitionism is presented (Schmidt; Thatcher, 2013), also known as the ability to survive in the face of external pressures despite their flaws.

A challenge imposed on defenders of prohibitionist morality is to justify the permanence of the model in the face of the perverse effects arising from its implementation. Devos and Marcarello (2020), for example, point out that prohibitionism failed in its alleged proposal to address public health problems resulting from drug use, revealing itself as a form of socio-spatial control of marginalized populations. Rodrigues (2017) points out that, in addition to not preventing drug consumption, prohibitionism has led to a lucrative illegal market, as prohibition itself inflates the market value of narcotics. Carvalho (2014) notes that social costs and secondary effects of criminalization (social stigmatization of users, cost of the repressive system, increase in incarceration, etc.) far outweigh the primary effects concerning the nature of drugs (public health problems).

A study by Silva, Lima, and Teixeira (2016) indicates that prohibition is ineffective in reducing drug consumption and supports the formation of large-scale illicit markets, financing criminal networks involved in arms trafficking, robbery, extortion, murder, and money laundering. Even the field of state violence is greatly enhanced by prohibition, with a significant number of deaths caused by the police associated with the "war on drugs" (FBSP, 2021).

Finally, in addition to the loss of life, prohibitionism also imposes high costs on the public budget. A survey by Lemgruber *et al*. (2021) revealed that, only in 2017, prohibition cost R$ 5,2 billion to the public coffers of Rio de Janeiro and São Paulo, considering only the expenses of police and judicial actions to suppress drug trafficking.

Final Remarks

All investigations show that, despite its flaws and perverse effects, prohibitionism remains the primary ideational background of the discursive field of drug policies in Brazil, regardless of the existence of alternative models. From the perspective of collective moral philosophies, such prevalence has always been sustained by the clear and collectively shared premise that intoxication through psychoactive substances is morally and socially reprehensible. Over the course of a century, a consensus that the state must intervene in the drug problem has been consolidated in Brazil within this *Zeitgeist*.

This cognitive framework paved the way, especially starting in the second half of the 20th century, for the discursive, political, and institutional fields of public responses to the matter of drugs to be practically hegemonized by the prohibitionist model, which calls for the criminalization of certain substances and for criminal intervention on their chain of production, marketing, and consumption.

In Brazil, the trajectory of consolidating prohibitionism in the normative and institutional spheres has always been deeply aligned with the prevalence of the model in the international context. However, it is necessary to be clear that such a process has never exclusively concerned drug issues and their effects on the sphere of public health. Especially in Brazil, prohibitionism has always helped to compose the ideational framework that was historically responsible for justifying and sustaining strategies of social and political control of marginalized populational segments.

Authors such as Campos and Azevedo (2020), for example, discuss how (especially after the enactment of the 1988 Constitution) governments of different political orientations, legislators, actors within the Criminal Justice System, and part of civil society invested in the punishment and incarceration approaches as preferred ways of containing and changing behaviors and practices classified as "reprehensible" (and, by extension, of controlling the populational groups associated with them). Throughout the past decades, it was that ideational premise that sustained the penal and legislative enforcement that resulted in broadening the spectrum of criminalized conducts, especially in the field of narcotics policies (Campos; Azevedo, 2020). Consequently, the public debate on drugs issues is mostly evidenced in the narrative sphere of public security, ensuring the prevalence of the security approach (Garland, 2008) as well as its permanence over time, despite its flaws and inability to create positive social results.

Prohibition has always dialogued and found deep resonance with a vast history of repression policies and socio-spatial control of marginalized classes, surveillance over racialized bodies and their practices, segregation, stigmatization, and criminalization of marginalized social groups. Therefore, the model discusses ideational traits very firmly rooted in the process of the Brazilian political and social constitution.

This is why the prohibitionist normative apparatus has always proved capable of absorbing attempts at legislative changes, maintaining its repressive nuclear premises almost untouched. The best recent example of such resilience is the *de facto* (*prático*) strengthening of prohibitionism after the enactment of Law 11,343/2006, an act whose manifest objective was to promote user decarceration and, therefore, mitigate the criminal treatment of the subject. The regulation caused the opposite effect when operationalized by police organizations cognitively oriented by the "war on drugs" ideology: it massively increased the incarceration of people caught with small amounts of narcotics.

In conclusion, despite the legal and institutional changes experienced by Brazil in recent decades, the ideology that currently sustains most drug policies is fundamentally the same that outlined the first National Drug Law (Decree 4,294/1921) in 1921. Prohibitionism is so firmly rooted in the legal and institutional frameworks that it either hinders the circulation of alternative ideas through public debate or limits it to the incremental scope of existing repressive public interventions. Despite the space recently conquered by harm reduction and decarceration practices, it is possible to affirm that such approaches have not yet proved capable of overcoming the framework of drugs as a moral and criminal problem.

CHART 1 – **THE PROHIBITIONIST IDEATIONAL SET**

LEVEL OF IDEATIONAL SET ABSTRACTION	COGNITIVE/DISCURSIVE FRAMING AND PROBLEM DEFINITION
BROAD (PUBLIC PHILOSOPHIES OR *ZEITGEIST*)	INTOXICATION THROUGH THE USE OF PSYCHOACTIVE SUBSTANCES IS A MORAL AND SOCIAL PROBLEM.
INTERMEDIARY (PROBLEM DEFINITION)	SOCIETY AND THE STATE MUST INTERVENE IN THE CHAIN OF PRODUCTION, MARKETING, AND CONSUMPTION OF NARCOTICS.
NARROW (POLITICAL SOLUTION)	CERTAIN PSYCHOACTIVE SUBSTANCES SHOULD BE CRIMINALIZED (DEFINITION THAT IMPOSES CRIMINAL RESPONSES).
	OTHER SUBSTANCES MUST HAVE THEIR ABUSIVE USE CONTROLLED AND DISCOURAGED (DEFINITION THAT IMPOSES PUBLIC HEALTH RESPONSES).
	IMPRISONMENT FOR SUPPLIERS OF ILLICIT DRUGS.
	RIGHTS-RESTRICTIVE PENALTIES FOR ILLICIT DRUG USERS.
	DAMAGE REDUCTION (APPLICABLE TO THE ABUSE OF LICIT AND ILLICIT DRUGS).
	ABSTINENCE (APPLICABLE TO THE ABUSE OF LICIT AND ILLICIT DRUGS).

Source: Authors' own elaboration.

REFERENCES

ANDRADE, Tarcísio Matos de. Reflexões sobre políticas de drogas no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online], Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p. 4665-4674, 2011.

ARRETCHE, Marta. Trinta anos da Constituição de 1988: razões para comemorar? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 395-414, Sep./Dec., 2018.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 129-146, Oct./Dec., 1997.

BRAZIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública; Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas. *Análise Executiva da questão de drogas no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2021.

BRAZIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Centro Gráfico, 1988.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Pela metade*: a lei de drogas do Brasil. São Paulo: Annablume, 2019.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 28, n. 73, p. 2--19, 2020.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7th. ed. revised, updated and extended. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Relatório estatístico anual (jul-dez 2020) – Nacional*. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2020.pdf. Acesso em: 4 jun. 2024.

DEVOS, Bryan Alves; MASCARELLO, Marcela de Avellar. A legislação penal de drogas no Brasil e no México: análise comparada desde uma perspectiva crítica ao proibicionismo. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 775-807, 2020.

ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*. Madrid: Alianza Editorial, 1989.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). *Anuário brasileiro de Segurança Pública*: 2022. São Paulo: FBSP, 2021.

GAMELLA, Juan F. Drogas y control social: una excursión etnohistórica. *In*: VARGAS, Luis Pantoja (ed.). *Drogas, sociedad y ley*: avances en drogodependencias. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003. p. 77-120.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia Revan, 2008.

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. A "dura" e o "desenrolo": efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 135-148, Oct., 2011.

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

LEMGRUBER, Julita (coord.) *et al*. Um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. *Relatório da primeira etapa do projeto "Drogas: Quanto custa proibir"*. Rio de Janeiro: CESeC, 2021.

MACHADO, Ana Regina; MIRANDA, Paulo Sérgio Carneiro. Fragmentos da história da atenção à saúde para usuários de álcool e outras drogas no Brasil: da Justiça à Saúde Pública. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos* [online], Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 801-821, Sep., 2007.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política. *Revista de Sociologia e Política* [online], Curitiba, v. 16, n. 31, p. 121-142, Nov., 2008.

MEHTA, Jal. From "Whether" to "How": The Varied Roles of Ideas in Politics. *In*: BELAND, Daniel; COX, Bob (eds.). *How Ideas Matter*: Reframing Political Research. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 79, p. 15-38, 2010.

MOZZATO, Anelise Rebelato; GRZYBOVSKI, Denise. Análise de conteúdo como técnica de análise de dados qualitativos no campo da Administração: potencial e desafios. *Revista De Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 15, n. 4, p. 731-747, Jul./Aug., 2011.

PERISSINOTTO, Renato; STUMM, Michelli Gonçalves. A virada ideacional: quando e como ideias importam. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 25, n. 64, p. 121-148, Dec., 2017.

REIS, Daniely; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. O perfilamento racial nos processos de tráfico de drogas: um estudo de caso em Belo Horizonte. *Tempo Social* [online], São Paulo, v. 35, n. 2, p. 189-217, 2023. Disponível em: https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2023.210799. Acesso em: 4 jun. 2024.

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

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Modelos de controle de drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. *In*: FIGUEIREDO, Regina; FEFFERMANN, Marisa; ADORNO, Rubens (orgs.). *Drogas e sociedade contemporânea*: perspectivas para além do proibicionismo. São Paulo: Instituto de Saúde, 2017. p. 183-201.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas:* o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 p. Thesis (PhD in Law) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ROLIM, Rivail Carvalho. Drogas e juventude no pensamento jurídico-penal durante o regime militar. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26, 2011, São Paulo. *Anais...* São Paulo: USP, 2011.

RUESCHEMEYER, Dietrich. Why and How Ideas Matter. *In*: GOODIN, Robert E.; TILLY, Charles (eds.). *The Oxford Handbook of Contextual Political Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 227-251.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas e criminologia. *In*: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2012. p. 183-202.

SCHMIDT, Vivien A.; THATCHER, Mark. Theorizing Ideational Continuity: The Resilience of Neo-Liberal Ideas in Europe. *In*: SCHMIDT, Vivien A.; THATCHER, Mark (eds.). *Resilient Liberalism in Europe's Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 1-50.

SILVA, Adriano da Nóbrega; LIMA, Pedro Garrido da Costa; TEIXEIRA, Luciana da Silva (coords.). *Impacto econômico da legalização da* cannabis *no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

SINHORETTO, Jacqueline; CEDRO, André S. S.; MACEDO, Henrique L. S. New Technologies and Racism in Ostensive Policing in São Paulo. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 803-826, Sep./Dec., 2022.

SOUZA, Tadeu de Paula. O nascimento da biopolítica das drogas e a arte liberal de governar. *Fractal: Revista de Psicologia*, Niterói, v. 26, n. 3, p. 979-997, Sep./Dec., 2014.

TEIXEIRA, Mirna Barros *et al*. Tensões paradigmáticas nas políticas públicas sobre drogas: análise da legislação brasileira no período de 2000 a 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 5, p. 1455-1466, May, 2017.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. *A história das drogas e sua proibição no Brasil*: da Colônia à República. 2016. 371 p. Thesis (PhD in History) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

José Guilherme Magalhães e Silva

Master's Degree in Public Administration from Fundação João Pinheiro (FJP). Bachelor's Degree in Law from Federal University of Minas Gerais (UFMG). Auditor at UFMG.

joseguilhermesilva.mg@gmail.com

Luís Felipe Zilli

Doctorate and Master's Degree in Sociology from Federal University of Minas Gerais (UFMG). Bachelor's Degree in Social Communication with a Major in Journalism from Pontifical Catholic University of Minas Gerais (PUC MINAS). Researcher in Applied Sciences and Public Policies at Fundação João Pinheiro (FJP) and Researcher Member of the National Institute of Science and Technology of Comparative Studies in Institutional Conflict Administration (INCT/INEAC).

felipe.zilli@fjp.mg.gov.br
zilli.felipe@gmail.com

Letícia Godinho de Souza

Doctorate and Master's Degree in Political Science from Federal University of Minas Gerais (UFMG). Bachelor's Degree in Law from UFMG. Researcher in Applied Sciences and Public Policies at Fundação João Pinheiro (FJP). Professor at the School of Government and Coordinator of the Master's Program in Public Administration at FJP.

leticia.godinho@fjp.mg.gov.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 23.01.2023
Aprovado: 24.01.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202419

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
TRÊS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO *DESK REVIEW*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
DECISÃO EDITORIAL FINAL.

1 Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Pará, Belém, Pará, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-7664-4281

A degeneração da política federal de regularização fundiária na Amazônia

THE DEGENERATION OF THE FEDERAL LAND REGULARIZATION POLICY IN THE AMAZON

LA DEGENERACIÓN DE LA POLÍTICA FEDERAL DE REGULARIZACIÓN DE TIERRAS EN LA AMAZONÍA

Domingos Daniel Moutinho[1]

Resumo
Este artigo está inserido no campo do direito agrário e ambiental e tem como objetivo saber se e em que medida a política de regularização fundiária na Amazônia tem sido capaz de alcançar seu propósito de cumprir a função social da propriedade. Para tanto, o artigo, inicialmente, aborda toda a disciplina normativa da regularização fundiária federal, a partir da Constituição Federal de 1988. Em seguida, enfrenta os efeitos dessa política na prática, a partir de um recorte amostral na região do Vale do Jamanxim, no sudoeste paraense. Nesse contexto, analisa o cenário da ocupação das terras federais, os destinatários efetivos da regularização fundiária, a dimensão das áreas regularizáveis, a dinâmica do desmatamento, os preços pagos pelas terras e o tema da segurança jurídica diante dos "títulos" expedidos. Os resultados encontrados militam no sentido de que a política de regularização fundiária tem fomentado a reconcentração fundiária e o desmatamento, uma vez que é voltada, na prática, para atender majoritariamente, em termos de áreas, grandes e médias propriedades; além disso, a permanente expectativa da regularização incentiva a continuidade do uso das terras e a supressão de sua cobertura florestal. Conclui-se, assim, que a política de regularização fundiária de terras públicas na Amazônia se degenerou a ponto de servir ao avesso do atendimento à função social da propriedade, estimulando a grilagem, a degradação ambiental e os conflitos inerentes a elas.

Palavras-chave
Regularização fundiária; Amazônia; função social; grilagem; desmatamento.

Abstract
This is a paper on Agrarian and Environmental Law and aims to understand if the land regularization policy in the Amazon has been able to achieve its purpose of fulfilling the social function of property. The work, first, addresses the entire discipline of federal land regularization, since the 1988 Brazilian Federal Constitution. Then, it faces the effects of this policy in practice, from a sample cut in the region of the Jamanxim Valley, in the State of Pará. In this context, it analyses the scenario of federal lands occupation, the numbers concerning who tend to be the effective recipients the policy, the dimension of the areas that can be regularized, the dynamics of deforestation, the prices paid for the lands and the issue of legal certainty concerning the "titles" issued. The results found show that land regularization has fostered land reconcentration and deforestation, since it is aimed, in practice, at serving, mostly, large and medium-sized properties, as well as the permanent expectation of regularization encourages the continuity of land grab. It concludes, therefore, that the land regularization policy in the Amazon has degenerated to the point of serving the opposite of the social function of property, encouraging land grabbing, environmental degradation and the conflicts concerning to them.

Como citar este artigo
MOUTINHO, Domingos Daniel. A degeneração da política federal de regularização fundiária na Amazônia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2419, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202419

Keywords
Land Regularization; Amazon; social function of property; land grab; deforestation.

Resumen
Este artículo está inserto en el campo del Derecho Agrario y Ambiental, y su objetivo es conocer si y en qué medida la política de regularización de tierras en la Amazonía ha logrado su propósito de cumplir la función social de la propiedad. Con ese fin, el trabajo aborda primero toda la disciplina normativa de la regularización federal de tierras, a partir de la Constitución Federal brasileña de 1988. Luego, enfrenta los efectos de esa política en la práctica, a partir de un corte de muestra en la región del Vale do Jamanxim, en el sudoeste de Pará. En ese contexto, analiza el escenario de ocupación de tierras federales, los destinatarios efectivos de la regularización de tierras, el tamaño de las áreas sujetas a regularización, la dinámica de la deforestación, los precios pagados por la tierra y el tema de la seguridad jurídica en relación con los "títulos" emitidos. Los resultados encontrados militan en el sentido de que la política de regularización de tierras ha favorecido la reconcentración de tierras y la deforestación, ya que está orientada, en la práctica, a atender mayoritariamente, en términos de superficie, a las grandes y medianas propiedades, así como a la expectativa permanente de la regularización favorece la continuidad del uso del suelo y la supresión de su cubierta forestal. Concluye, por lo tanto, que la política de regularización de la tenencia de tierras públicas en la Amazonía ha degenerado al punto de cumplir lo contrario de cumplir la función social de la propiedad, fomentando el acaparamiento de tierras, la degradación ambiental y los conflictos inherentes a ellas.

Palabras clave
Regularización de tierras; Amazonía; papel social; el acaparamiento de tierras; deforestación.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução

A história da ocupação de terras públicas na Amazônia é marcada por processos desordenados e ilegais, de maneira que o cenário fundiário rural na região é repleto de episódios conflituosos, quase sempre fruto da pouca ou nenhuma governança estatal. Eventualmente, o Estado utiliza mecanismos que pretensamente visam sanear essa realidade, sob o pretexto da segurança jurídica, geralmente por meio de ciclos de políticas públicas voltadas para a regularização das ocupações de terras até então ilegais. O que chama atenção, porém, nos programas de regularização fundiária é o seu desvirtuamento histórico como política de cunho social e a aparente degradação de seus propósitos anteriormente postos. O presente estudo debruça-se sobre a história recente e a realidade da regularização fundiária de terras públicas federais na Amazônia no contexto aqui mencionado.

Este artigo está dividido em duas seções, para além desta introdução e da conclusão: a primeira seção aborda toda a disciplina normativa legal e infralegal dos programas de regularização fundiária de terras públicas federais na Amazônia, a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Trata-se de vasta pesquisa legislativa e documental que, nesse contexto, enfrenta, ainda abstratamente, a situação das regras sobre regularização fundiária e sua e(in)volução normativa, em especial quanto àquelas relacionadas à área máxima suscetível de regularização, à data de início das ocupações regularizáveis, à exigência das vistorias prévia e final nos imóveis, ao preço a ser pago pelas terras e ao seu modo de exploração para que se as admitam nos programas.

Na segunda seção, entretanto, as pesquisas mergulham na realidade agrário-ambiental na qual a política de regularização fundiária estatal se insere e interfere. Nesse contexto, são abordados aspectos fáticos a respeito da região amazônica, essencialmente, a partir de um recorte amostral no sudoeste paraense. Traçadas essas premissas, inicialmente, apresenta-se, a partir de dados extraídos de bases oficiais, como o Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural (Sicar), o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e o Terra Legal, um cenário da ocupação generalizada das terras federais na região. Em seguida, aborda-se quem são os destinatários dessa política na prática, utilizando-se a obra de Torres, Doblas e Alarcon (2017). Enfrenta-se também a questão da dimensão das áreas que precisam ser regularizadas na prática, bem como dos preços irrisórios pagos por elas, conforme os métodos apontados nas subseções pertinentes. A partir dos dados do Projeto de Monitoramento do Desmatamento na Amazônia Legal por Satélite (Prodes), analisa-se também em que medida os marcos de regularização estariam relacionados ao desmatamento na região e como o fim das vistorias dos imóveis pode comprometer a política de regularização. Por fim, verifica-se se, na forma como a política é executada, ela é capaz de trazer segurança jurídica, oportunidade em que se recorre a dados coletados pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Toda essa abordagem, primeiro teórica e depois bastante prática, presta-se a responder à pergunta consistente em saber em que medida os programas de regularização fundiária

das terras públicas federais na Amazônia atingem os propósitos que deles se devem esperar como política notadamente voltada para o atendimento à função socioambiental da propriedade. Trata-se de saber se esses programas têm sido eficazes no sentido, por exemplo, de conter a concentração fundiária rural, atender à demanda de pequenos produtores, conter a degradação florestal e promover a paz e a segurança jurídica no campo. As respostas são encontradas nas análises amostrais realizadas ao longo do artigo, especialmente quando relacionadas às mudanças normativas promovidas em matéria de regularização fundiária federal na Amazônia.

1. Análise da e(in)volução da disciplina da regularização fundiária na Amazônia

1.1. A regularização fundiária da ocupação de terras públicas sob a CF/88

A sucessão de leis sobre a destinação das terras públicas rurais no Brasil denota um ciclo marcado pelo favorecimento clientelista e pouco atento aos interesses de populações tradicionais e carentes. Com a redemocratização em 1988, a Constituição pareceu instituir um novo regime para a destinação das terras públicas, especialmente em razão do disposto em seus arts. 186 a 191. A submissão da propriedade à necessidade de atender à sua função social, a destinação das terras públicas em termos compatíveis com as políticas agrícola e de reforma agrária e a vedação à usucapião de terras públicas pareciam conferir à política fundiária contornos finalmente republicanos. Contudo, acerca das inovações em matéria agrária trazidas pela Constituinte, Maués (2022) afirma que a CF/88 não afetou o cenário de concentração fundiária que marca a ocupação de terras no país. Segundo dados citados pelo autor, o índice de Gini no Brasil (0,73) ainda denota um alto grau de concentração, na medida em que "os 10% maiores imóveis ocupam 73% da área agrícola do Brasil, enquanto os 90% menores imóveis ocupam somente 27% da área" (Maués, 2022, p. 193).

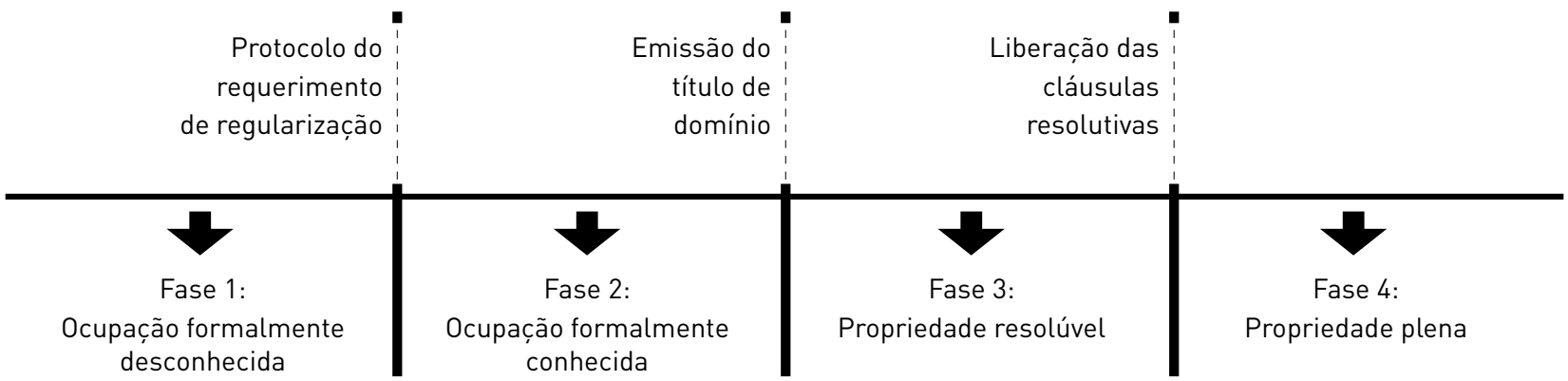
Quando a CF/88 foi promulgada, estava em vigor a Lei n. 6.383/1976 (Brasil, 1976), que tratava do Processo Discriminatório das Terras Devolutas. Essa lei previa, em seu art. 29, a possibilidade da legitimação da posse, permitindo a regularização de ocupações em terras públicas limitadas a até 100 hectares (ha). Depois disso, houve uma contínua degradação dos propósitos da regularização fundiária, fato que findaria por corroborar a frustração do combate à concentração de terras no país.

1.2. Regularização fundiária: da identificação das glebas à titulação

O planejamento da regularização fundiária precede a instauração dos processos individuais de titulação. Ele começa com a identificação das glebas federais com vocação e necessidade de regularização, seguida pela identificação de seus ocupantes. Após isso, são adotados os procedimentos específicos a cada um dos imóveis. O processo até a titulação definitiva pode

ser resumido, com algumas variações normativas, em quatro fases: ocupação formalmente desconhecida, ocupação formalmente conhecida, propriedade resolúvel e propriedade plena (Figura 1).

FIGURA 1 – **AS FASES DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**



Fonte: Elaboração própria.

A primeira fase designa-se como ocupação formalmente desconhecida, porque, em tese, ainda não é de conhecimento do Estado que aquela ocupação ocorre. O emprego do vocábulo "formalmente" não é aleatório, visto que, em muitos casos, apesar de não haver conhecimento formal da ocupação, o Estado sabe de sua existência, seja por ser ela notória, seja por estar consignada em outros registros oficiais, como o Cadastro Ambiental Rural (CAR) e o Sistema de Gestão Fundiária (Sigef).[1]

A fase da ocupação formalmente conhecida inicia-se pela formalização do requerimento de regularização fundiária, indicando que o Estado não mais pode assentar seu desconhecimento sobre a ocupação. Optou-se por usar "ocupação conhecida" em vez de "ocupação reconhecida" para deixar claro que não há, por parte de Estado, qualquer assentimento ou

1 O CAR "é um registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais referentes às Áreas de Preservação Permanente (APP), de uso restrito, de Reserva Legal, de remanescentes de florestas e demais formas de vegetação nativa, e das áreas consolidadas, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento" (Brasil, *s.d.*a). Já o Sigef "é uma ferramenta eletrônica desenvolvida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) para subsidiar a governança fundiária do território nacional" (Brasil, *s.d.*b).

outorga de direitos enquanto não houver deliberação sobre a viabilidade da regularização. Na prática, porém, muitos imóveis passam a ser tratados como se já estivessem titulados assim que o requerimento de regularização é protocolado, devido às inúmeras deficiências que acometem os sucessivos regimes de regularização fundiária.

Após a deliberação sobre o pedido de regularização, concluindo o órgão competente pela sua viabilidade, é emitido o título de domínio. Os títulos emitidos nessa fase conferem a seus titulares uma propriedade ainda precária, porque está sujeita às condições resolutivas inscritas nas cláusulas do título. A Instrução Normativa (IN) n. 46/2008 (Brasil, 2008a) trazia em seu Anexo I, conforme a Figura 2 a seguir, o modelo dos títulos de domínio e das cláusulas em que estabelecia as suas condições resolutivas, entre as quais a de inalienabilidade pelo prazo de dez anos.

FIGURA 2 – **MODELO DE TÍTULO DE PROPRIEDADE RESOLÚVEL**

ANEXO I

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO - MDA

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA

01 – CARACTERÍSTICAS DO TÍTULO				
ESPÉCIE: **TÍTULO DE DOMÍNIO, SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA**				
Nº DO TÍTULO	DATA	LOCAL DE EMISSÃO	UF	PROCESSO ADMINISTRATIVO
02 - OUTORGANTE INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA, Autarquia Federal criada pelo Decreto-lei nº 1.110, de 9 de julho de 1970, alterado pela Lei nº 7.231, de 23 de outubro de 1984, CGC nº 00.375.972/0001-60, sede e jurisdição em todo território nacional .				
03 – MULHER OUTORGADA				Termo de Compromisso Ambiental – TCA ( ) Sim ( ) Não
NACIONALIDADE	**ESTADO CIVIL**	**PROFISSÃO / ATIVIDADE PRINCIPAL**	**Nº RG / ÓRGÃO EXPEDIDOR**	
CPF/CGC	**DATA DE NASCIMENTO**	**NATURALIDADE**	**UF**	**CÓDIGO DO BENEFICIÁRIO**
HOMEM OUTORGADO				
NACIONALIDADE	**ESTADO CIVIL**	**PROFISSÃO / ATIVIDADE PRINCIPAL**	**Nº RG / ÓRGÃO EXPEDIDOR**	
CPF/CGC	**DATA DE NASCIMENTO**	**NATURALIDADE**	**UF**	**CÓDIGO DO BENEFICIÁRIO**
04 - FUNDAMENTAÇÃO LEGAL				
Art. 189 da Constituição Federal; Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964; Lei nº 4.947, de 06 de abril de 1966; Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 e Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e alterações posteriores.				
05 - CARACTERÍSTICAS E CONFRONTAÇÕES DO IMÓVEL				
IDENTIFICAÇÃO DO IMÓVEL		NÚMERO DO LOTE	DENOMINAÇÃO DA GLEBA	
IMÓVEL	MUNICÍPIO DE LOCALIZAÇÃO	UF	CÓDIGO DO IMÓVEL NO SNCR	ÁREA DO IMÓVEL (ha)
ÁREA OUTORGADA POR EXTENSO				
CONFRONTAÇÕES:				
PLANTA E MEMORIAL DESCRITIVO, EM ANEXO, INTEGRAM O PRESENTE TÍTULO E DEVERÃO, IGUALMENTE, COMPOR O REGISTRO DE IMÓVEL CORRESPONDENTE				
DATA	RESPONSAVEL PELA MEDIÇÃO/DEMARCAÇÃO	IDENTIFICAÇÃO DO CREA	NÚMERO DA CERTIFICAÇÃO	
REGISTRO DO IMÓVEL				
PROPRIETÁRIO	MATR./TRANSC/REGISTRO	OFÍCIO	LIVRO	FOLHA/FICHA	COMARCA	UF
06 - PREÇO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO				
VALOR DO HECTARE	VALOR DO IMÓVEL	VALOR DO GEORREFERENCIAMENTO	VALOR TOTAL	CONDIÇÃO DE PAGAMENTO
Nº DE PRESTAÇÕES	FREQUÊNCIA DE PAGAMENTO	VALOR DA 1ª PRESTAÇÃO	DATA DO VENCIMENTO DA 1ª PRESTAÇÃO	
O PRESENTE TÍTULO REGE-SE PELAS CLÁUSULAS E CONDIÇÕES ESPECÍFICADAS NO VERSO				

ANEXO I

DAS CLÁUSULAS E CONDIÇÕES

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, na qualidade de OUTORGANTE, com fundamento na legislação federal e após regular procedimento administrativo que atesta o cumprimento de todos os requisitos necessários à expedição de título de domínio, por este ato aliena ao OUTORGADO, qualificado no quadro 03, o imóvel descrito no quadro 05, por meio de concessão do presente TÍTULO DE DOMÍNIO, SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA, pelo preço e forma de pagamento especificados no quadro 06, atendidas as seguintes Cláusulas:

Cláusula Primeira: O OUTORGANTE transmite ao OUTORGADO o domínio do imóvel descrito no quadro 05 deste instrumento, condicionando a validade da alienação ao cumprimento das cláusulas resolutivas constantes do presente termo e demais requisitos impostos pela legislação específica.

Cláusula Segunda: O imóvel alienado deve ser destinado à exploração agropecuária ou outra modalidade de exploração aprovada pelo Incra.

Cláusula Terceira: Sob pena de resolução da alienação e conseqüente retomada do lote, o OUTORGANTE compromete-se a: a) explorar o imóvel de forma continua e racional; b) manter a destinação agrícola consoante o estabelecido na cláusula segunda; c) preservar o meio-ambiente, inclusive as áreas de reserva legal e preservação permanente, na forma da legislação ambiental federal e estadual vigentes; e f) pagar o valor fixado no quadro 06 nas condições ajustadas.

Cláusula Quarta: É vedado ao OUTORGADO alienar ou transmitir a qualquer título a posse ou o domínio do imóvel, pelo prazo de 10 (dez) anos contados da expedição do título, ressalvada a possibilidade de transmissão por sucessão *causa mortis*.

Cláusula Quinta: O OUTORGADO se obriga a averbar, à margem do registro do imóvel, a área de reserva legal prevista na legislação ambiental.

Cláusula Sexta: O valor fixado para o imóvel poderá ser pago à vista ou a prazo, em até 7 (sete) prestações anuais e sucessivas, com carência de três anos.

As prestações serão corrigidas pela variação do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI), da Fundação Getúlio Vargas, ou por outro índice que vier a substituí-lo, além da incidência de juros de 6% (seis por cento) ao ano.

O OUTORGANTE concederá ao OUTORGADO a redução de 50% (cinqüenta por cento) da correção monetária incidente sobre a prestação anual caso o pagamento seja efetuado até a data de vencimento da parcela.

Cláusula Sétima: Resolve-se a alienação, tornando-se nula de pleno direito, independente de ato especial ou de qualquer notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, se: a) o OUTORGADO não cumprir qualquer das obrigações assumidas neste Título, especialmente as constantes da **Cláusula Terceira , Cláusula Quarta e da Cláusula Sexta**; e b) se o OUTORGANTE exercer o direito que lhe é assegurado pela cláusula décima terceira.

Cláusula Oitava: Na hipótese de resolução da alienação conforme o disposto na cláusula sétima, o domínio e a posse do imóvel serão revertidos ao OUTORGANTE, procedendo-se o cancelamento do registro de imóvel, na forma do art. 250, item III, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, instruído o requerimento do OUTORGANTE com laudo técnico ou documento que comprove a causa da resolução.

Cláusula Nona: Em caso de resolução da alienação e a conseqüente reversão do domínio e da posse do imóvel ao OUTORGANTE, o OUTORGADO fará jus a indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias existentes; e a restituição das importâncias pagas ao OUTORGANTE, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais.

Os valores recebidos pelo OUTORGADO de acordo com o disposto nesta cláusula deverão ser aplicados prioritariamente na liquidação ou amortização de empréstimos bancários obtidos com garantia real incidente sobre o imóvel.

Cláusula Décima: É facultado ao OUTORGADO liquidar integralmente o valor de seu débito perante o OUTORGANTE, a qualquer tempo, após a data da emissão deste título, sendo mantido a obrigação de cumprir as demais exigências constantes da cláusula terceira, bem como mantida a inalienabilidade pelos 10 (dez) anos prevista na cláusula quarta.

Cláusula Décima Primeira: O OUTORGANTE autoriza expressamente a constituição de hipoteca, em garantia de financiamentos concedidos por entidades de crédito, para exploração e/ou melhoria do imóvel objeto deste Título.

Em caso de execução da hipoteca, a instituição de crédito deverá cientificar o OUTORGANTE, previamente.

Cláusula Décima Segunda: Contra os credores hipotecários mantêm-se as cláusulas resolutivas e de inalienabilidade constante deste Título.

Cláusula Décima Terceira: O OUTORGANTE se reserva o direito de remir, se lhe convier, a hipoteca constituída nas condições referidas na cláusula décima primeira.

Cláusula Décima Quarta: Extingue-se a condição resolutiva, quando cumulativamente: a) o OUTORGADO liquidar integralmente o valor de seu débito perante o OUTORGANTE; b) decorridos dez anos da emissão do Título em face do estabelecido no art. 189 da Constituição Federal; c) houver cumprido as obrigações constantes da cláusula terceira; d) estiver em dia com o pagamento do ITR; e e) estiver o perímetro do imóvel demarcado, georreferenciado e certificado de acordo com a legislação em vigor.

Cláusula Décima Quinta: o não pagamento do valor estabelecido no quadro 06 autoriza o OUTORGANTE a proceder a inscrição do OUTORGADO em dívida ativa, para fins de cobrança administrativa ou judicial, sem prejuízo da resolução prevista na cláusula sétima.

Cláusula Décima Sexta: Os casos omissos no presente Título resolver-se-ão com base na legislação em vigor.

Cláusula Décima Sétima: O OUTORGADO se compromete a recuperar as áreas degradadas existentes no imóvel especificado no quadro 05 do presente Título, por meio de Termo de Compromisso Ambiental – TCA, parte integrante deste Título e anexo a este instrumento.

O presente TÍTULO, firmado em duas vias, tem plena força e validade de escritura pública, a teor do art. 7º, do Decreto-lei nº 2.375, de 24 de novembro de 1987 não sendo admitidas rasuras ou correções, aceitando o OUTORGADO, expressamente, as cláusulas e condições dele constantes, eleito o foro da cidade sede da Superintendência Regional de localização do imóvel, com renúncia de qualquer outro, para dirimir questões que resultem deste.

OUTORGANTE

CNPJ:

(NOME DO (A) OUTORGADA (O))

NOME DA TESTEMUNHA
RG
CPF:

(NOME DO (A) OUTORGADA (O))

NOME DA TESTEMUNHA
RG
CPF:



Fonte: Brasil (2008a).

Somente após o decurso do prazo em que as condições resolutivas são observadas e mediante a declaração de seu atendimento pelo órgão fundiário é que o titular do imóvel poderia exercer plenamente seu domínio sobre ele, razão pela qual essa fase se denomina "propriedade plena".

1.3. O CONTÍNUO AUMENTO DA ÁREA SUSCETÍVEL DE REGULARIZAÇÃO

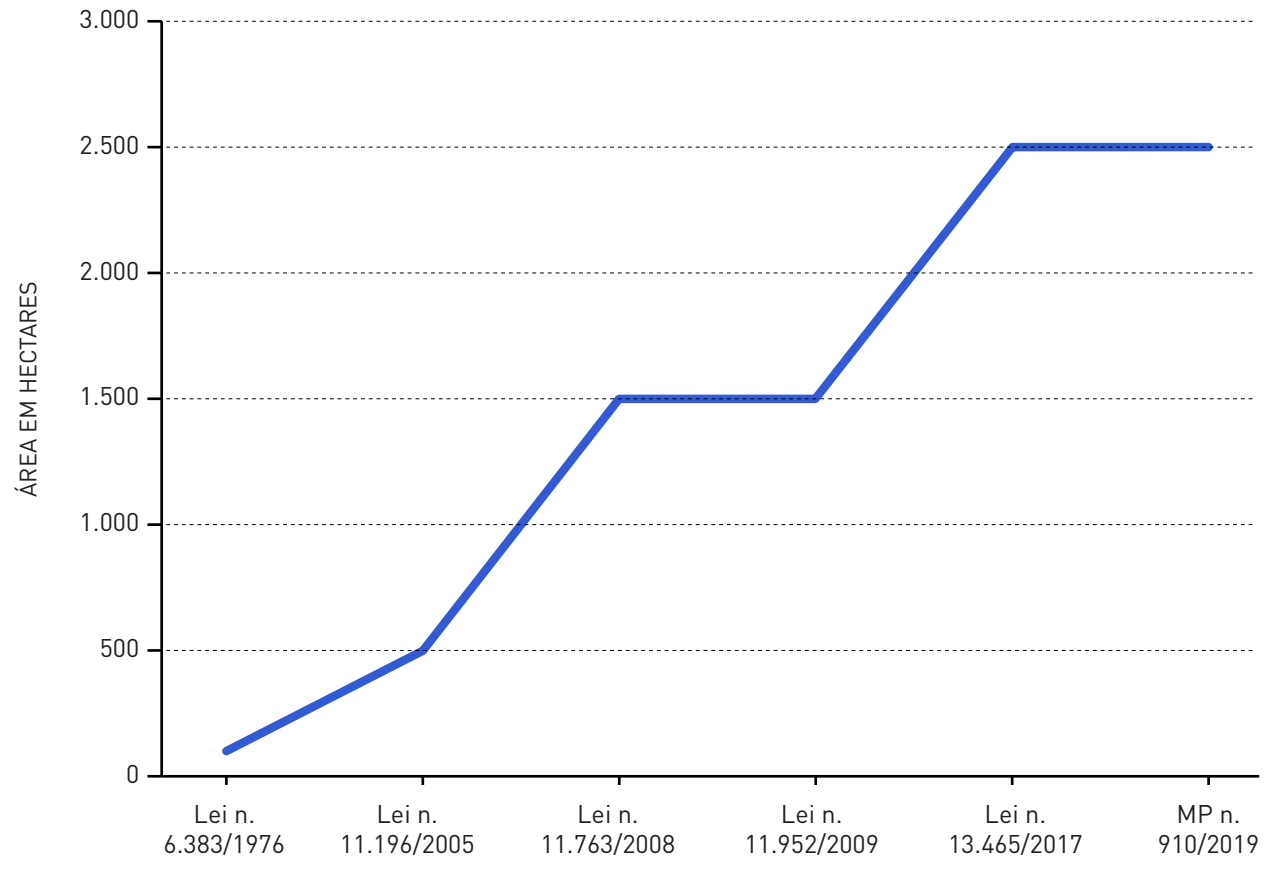
A dimensão inicial permitida para a regularização de ocupações irregulares era de 100 ha, de acordo com o art. 29 da Lei n. 6.383/1976 (legitimação da posse). Nos imóveis de dimensões superiores a 100 ha e limitados ao teto constitucional de alienação de terras públicas, somente poderia ocorrer a regularização após a aprovação do Plano Integrado de Destinação de Terras Públicas (PID), o que, na prática, nunca aconteceu (v. *caput* e § 4º, I, da Norma de Execução n. 29/2002 [Brasil, 2002]).

A edição da Lei n. 11.196/2005 (Brasil, 2005) promoveu alterações na Lei n. 8.666/1993 (Brasil, 1993), mantendo o teto de 100 ha para a legitimação de posse. No entanto, agora, a lei estabelece expressamente que imóveis de até 500 ha podem ser regularizados por meio de venda direta, dispensando licitação. Acima desse limite, a alienação dos imóveis deve ocorrer somente mediante concorrência pública, conforme determinado no regulamento do Poder Executivo (art. 17, § 2º, II, e § 2º-B, II, da Lei n. 8.666/1993). As regras sobre cada uma das modalidades encontram-se na IN n. 31/2006 (legitimação da posse até 100 ha) (Brasil, 2006a), na IN n. 32/2006 (regularização fundiária até 500 ha) (Brasil, 2006b) e na IN n. 41/2007 (concorrência para imóveis até 1.500 ha) (Brasil, 2007).

A Lei n. 11.763/2008 aumentou mais uma vez os patamares das áreas regularizáveis, uma vez que conferiu nova redação para o inciso II do § 2º-B do art. 17 da Lei n. 8.666/1993, instituindo que a regularização das áreas de até 1.500 ha se daria por dispensa de licitação (Brasil, 2008b). Os normativos que regiam esse novo regime eram a IN n. 45/2008 (legitimação da posse até 100 ha) (Brasil, 2008c) e a IN n. 46/2008 (regularização fundiária até 1.500 ha) (Brasil, 2008a).

Em 2009, foi criado o Programa Terra Legal, que visa institucionalizar a regularização fundiária e conferir-lhe arcabouços normativo e organizacional próprios. A Lei n. 11.952/2009, em sua redação original, mantinha o patamar máximo de até 1.500 ha ou 15 módulos fiscais (§ 1º do art. 6º) (Brasil, 2009a), porém, em 2017, a Lei n. 13.465/2017 alterou essa previsão, para fixar um novo teto de 2.500 ha para as áreas regularizáveis (Brasil, 2017). Esse novo patamar já alcança o máximo previsto no art. 188, § 2º, da CF/88 como limite para a alienação de terras públicas. Por essa razão, tanto a Medida Provisória (MP) n. 910/2019, que perdeu eficácia sem sua conversão em lei, quanto o Projeto de Lei (PL) n. 2.633/2020, que tramita no Congresso Nacional a fim de alterar a Lei do Terra Legal, adotam esse mesmo paradigma máximo para a regularização fundiária (Brasil, 2019, 2020d). O Gráfico 1, a seguir, consolida esse histórico de incremento das áreas máximas passíveis de regularização fundiária.

GRÁFICO 1 – **A EVOLUÇÃO DA ÁREA MÁXIMA PARA TITULAÇÃO**



Fonte: Elaboração própria.

1.4. A SUCESSIVA APROXIMAÇÃO DAS NOVAS DATAS DE INÍCIO DA OCUPAÇÃO

O regime da legitimação da posse (art. 29 da Lei n. 6.383/1976), experiência original aqui considerada para fins de regularização fundiária, não previa uma data máxima para caracterizar as ocupações como regularizáveis, o que se justificava ante a diminuta área elegível de regularização, limitada a 100 ha. Foi a Lei n. 11.196/2005 que, pela primeira vez, instituiu um limite temporal para o início das ocupações a serem regularizadas. A Lei n. 8.666/1993, art. 17, § 2º-A, I, inseriu regra que instituía que tanto a legitimação da posse (área de até 100 ha – art. 29 da Lei n. 6.383/1976) quanto a regularização fundiária (áreas de até 500 ha – art. 17, §§ 2º e 2º-B, II, da Lei n. 8.666/1993) somente se aplicariam "às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004" (Brasil, 1993).

A Lei n. 11.763/2008 mantém esse paradigma temporal para as áreas de até 1.500 ha (regularização fundiária). Apesar disso, a IN n. 45/2008 libera a legitimação da posse (áreas de até 100 ha – art. 29 da Lei n. 6.383/1976) para as ocupações iniciadas depois desse marco, desde que obtida uma Licença de Ocupação com prazo mínimo de quatro anos (art. 20 da IN n. 45/2008).

Na criação do Programa Terra Legal, a Lei n. 11.952/2009, em sua redação original, mantinha, mais uma vez, a data de 1º de dezembro de 2004 como início máximo das ocupações

(art. 5º, IV). Menos de uma década depois, porém, foi editada a Lei n. 13.465/2017, que alterou a redação do referido dispositivo legal para estabelecer como requisito para a regularização fundiária a comprovação do "exercício de ocupação e exploração [...] anterior a 22 de julho de 2008" (Brasil, 2017).

Contudo, há um detalhe relevante na Lei n. 13.465/2017 a respeito da data-limite para o início das ocupações: ela inseriu, entre as disposições finais da Lei do Terra Legal (art. 38, I, parágrafo único), a possibilidade de regularização, por meio da venda direta, de áreas ocupadas havia mais de cinco anos até 22 de dezembro de 2016 (data da edição da MP n. 759 [Brasil, 2016]), desde que mediante o pagamento do valor máximo do preço de referência. Na prática, portanto, o referido dispositivo fixava em 22 de dezembro de 2011 a data final das ocupações regularizáveis.

Em 2019, foi editada a MP n. 910, a qual, entre outras tantas regras, alterava mais uma vez a redação do art. 5º, IV, da Lei do Terra Legal. Dessa vez, a data inicial máxima das ocupações a serem regularizadas passaria a ser 5 de maio de 2014. À semelhança da técnica já empregada na Lei n. 13.465/2017, a MP n. 910/2019 também incluía uma exceção no parágrafo único, I, do art. 38, no sentido da possibilidade de regularização por venda direta de ocupações ocorridas até um ano antes de 10 de dezembro de 2019 (data em que entrou em vigor a MP n. 910), também mediante o pagamento do valor máximo do preço de referência. Na prática, portanto, o referido dispositivo fixava em 10 de dezembro de 2018 a data final das ocupações regularizáveis.

Como mencionado anteriormente, no entanto, a MP n. 910/2019 caducou sem que tenha sido convertida tempestivamente em lei, de modo que a redação legal instituída pela Lei n. 13.465/2017 é a que segue vigente. O PL n. 2.633/2020, em sua forma atual, não promove alterações nos marcos temporais de início das ocupações já previstos na Lei do Terra Legal (Figura 3).

FIGURA 3 – **A FIXAÇÃO DA DATA DE INÍCIO DA OCUPAÇÃO**



Fonte: Elaboração própria.

1.5. A FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE VISTORIAS

Sob a vigência do regime da legitimação da posse (art. 29 da Lei n. 6.383/1976), a vistoria prévia era indiscriminadamente exigida como instrumento de comprovação dos requisitos para a concessão do título (art. 12, VI, "b", da Norma de Execução n. 8/2001 [Brasil, 2001]). No regime de regularização de áreas superiores a 100 ha, era exigida a prévia aprovação do PID; além disso, o laudo de vistoria solicitava as exigências complementares previstas no inc. VII do mesmo artigo.

No regime seguinte (Lei n. 11.196/2005), em que a lei já diferenciava a legitimação da posse (até 100 ha) da regularização fundiária (até 500 ha), a vistoria prévia seguia sendo exigida para fins de instrução tanto de uma (art. 5º, parágrafo único, III, da IN n. 31/2006) quanto de outra (art. 7º, § 1º, II, e § 2º, da IN n. 32/2006), com a ressalva de que, para a segunda, havia exigências adicionais para o laudo respectivo. Nesse ponto, a IN n. 32/2006 chega a abordar, inclusive, a necessidade da realização de uma segunda vistoria, esta com vistas à eventual liberação das condições resolutivas do título (art. 13, § 2º).

Os normativos administrativos que regulamentariam a nova disciplina legal da regularização inaugurada em 2008 (Lei n. 11.763/2008) mantiveram a exigência geral de instrução

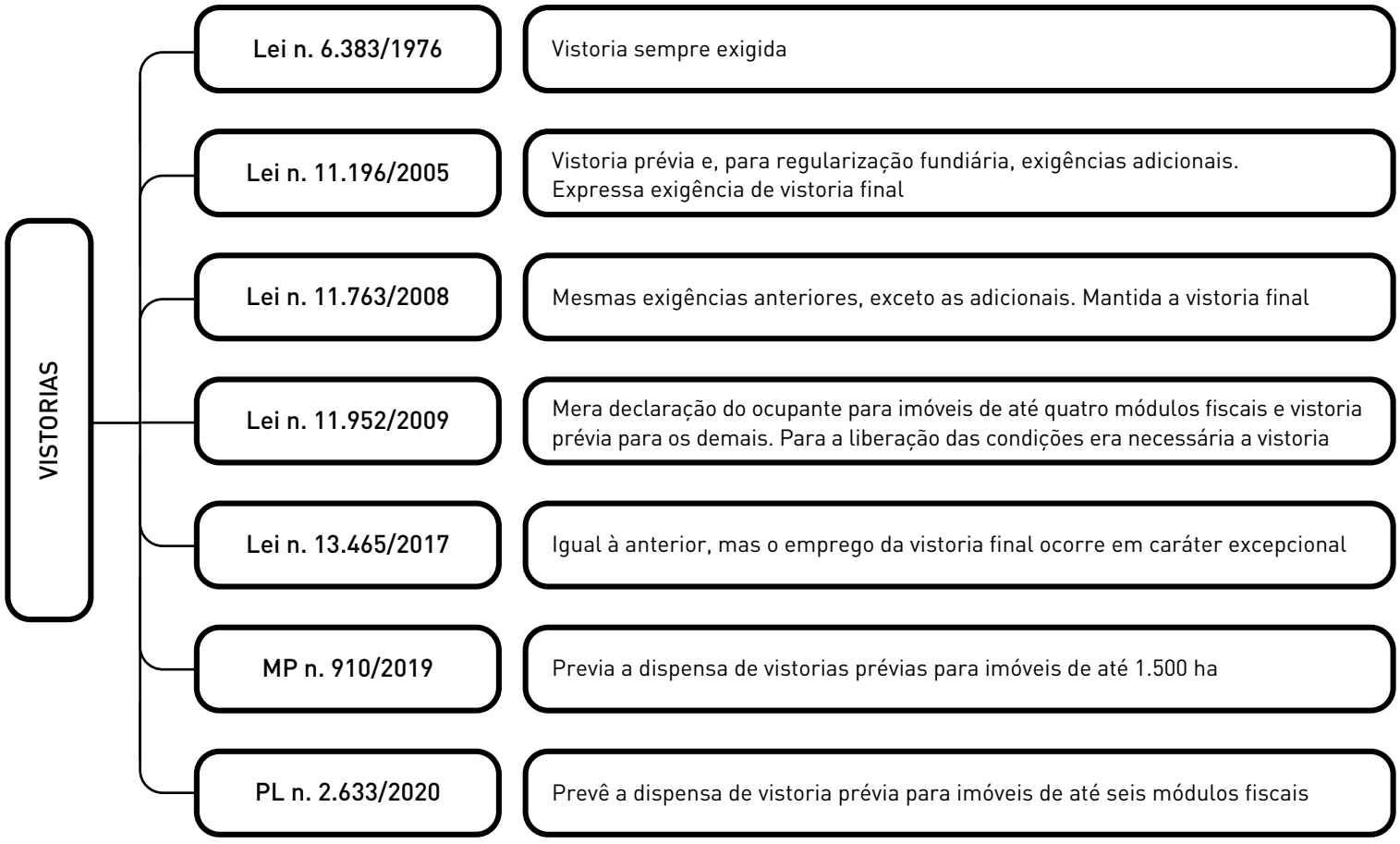
dos processos com laudos de vistoria, tanto para a legitimação da posse das áreas de até 100 ha (art. 11, III, da IN n. 45/2008) quanto para a regularização fundiária das áreas de até 1.500 ha (art. 11, III, da IN n. 46/2008). A principal mudança desse novo regime é a supressão das exigências adicionais que anteriormente eram aplicadas aos laudos de vistoria sobre áreas de maior extensão.

Entretanto, a ideia da supressão da vistoria prévia como requisito necessário à regularização fundiária tem início com a edição da primeira lei do Programa Terra Legal. A esse respeito, o art. 13 da Lei n. 11.952/2009 estabelece que "os requisitos para a regularização fundiária dos imóveis de até quatro módulos fiscais serão averiguados por meio de declaração do ocupante" (Brasil, 2009a). Assim, a vistoria prévia somente passava a ser exigida dos imóveis com área de mais de quatro módulos fiscais. De qualquer sorte, o art. 16 da Lei n. 11.952/2009 estabelecia indiscriminadamente para os imóveis a serem regularizados que "as condições resolutivas do título de domínio e do termo de concessão de uso somente serão [seriam] liberadas após vistoria" (Brasil, 2009a). Assim, apesar da dispensa parcial da vistoria prévia, era exigida a vistoria final de todos os imóveis.

A Lei n. 13.465/2017 não promoveu alterações quanto à exigência da vistoria prévia, de modo que foi mantida sua dispensa apenas para os casos de imóveis de até quatro módulos fiscais. A novidade da referida lei, porém, ficou por conta da alteração da redação do art. 16 da Lei do Terra Legal. Nesse sentido, se o artigo anteriormente tratava expressamente da necessidade de realização de vistoria para a liberação das condições resolutivas, sua nova redação não mais o faz, instituindo, em seu § 1º, que a averiguação do atendimento às cláusulas respectivas se dará "por meio de juntada da documentação pertinente" (Brasil, 2017). Sob esse novo regime, o emprego da vistoria final ocorre apenas em caráter excepcional, na insuficiência da checagem do atendimento às condições resolutivas a partir da análise documental.

A MP n. 910/2019, por sua vez, pretendia a significativa supressão da realização de vistorias prévias, dispensando-as para todos os imóveis de até 1.500 ha. Como mencionado, porém, a MP caducou, de modo que agora resta em tramitação o PL n. 2.633/2020, o qual pretende dispensar as vistorias prévias para a regularização de áreas de até seis módulos fiscais (Figura 4).

FIGURA 4 – **REGRAS SOBRE A (DES)NECESSIDADE DE VISTORIAS**



Fonte: Elaboração própria.

1.6. A GRADUAL MITIGAÇÃO DO PREÇO DA TERRA

No regime original da legitimação da ocupação de terras públicas (100 ha – art. 29 da Lei n. 6.383/1976), o preço pago pelo imóvel era o "valor histórico da terra nua". A partir da Lei n. 11.196/2005, que passa a distinguir a legitimação da posse (até 100 ha) da regularização fundiária (até 500 ha), para a primeira é mantido o critério do valor histórico da terra nua (art. 15 da IN n. 31/2006), enquanto para a segunda o valor deveria ser fixado de acordo com as tabelas aprovadas pelo Conselho Diretor do Incra (art. 11, parágrafo único, da IN n. 32/2006).

Sob a disciplina da Lei n. 11.763/2008, os normativos do Incra são mais claros ao diferenciar o preço pago na legitimação da posse (até 100 ha) e na regularização (até 1.500 ha): o valor histórico da terra nua (art. 23 da IN n. 45/2008) e o valor de mercado do imóvel (art. 24 da IN n. 45/2008), respectivamente.

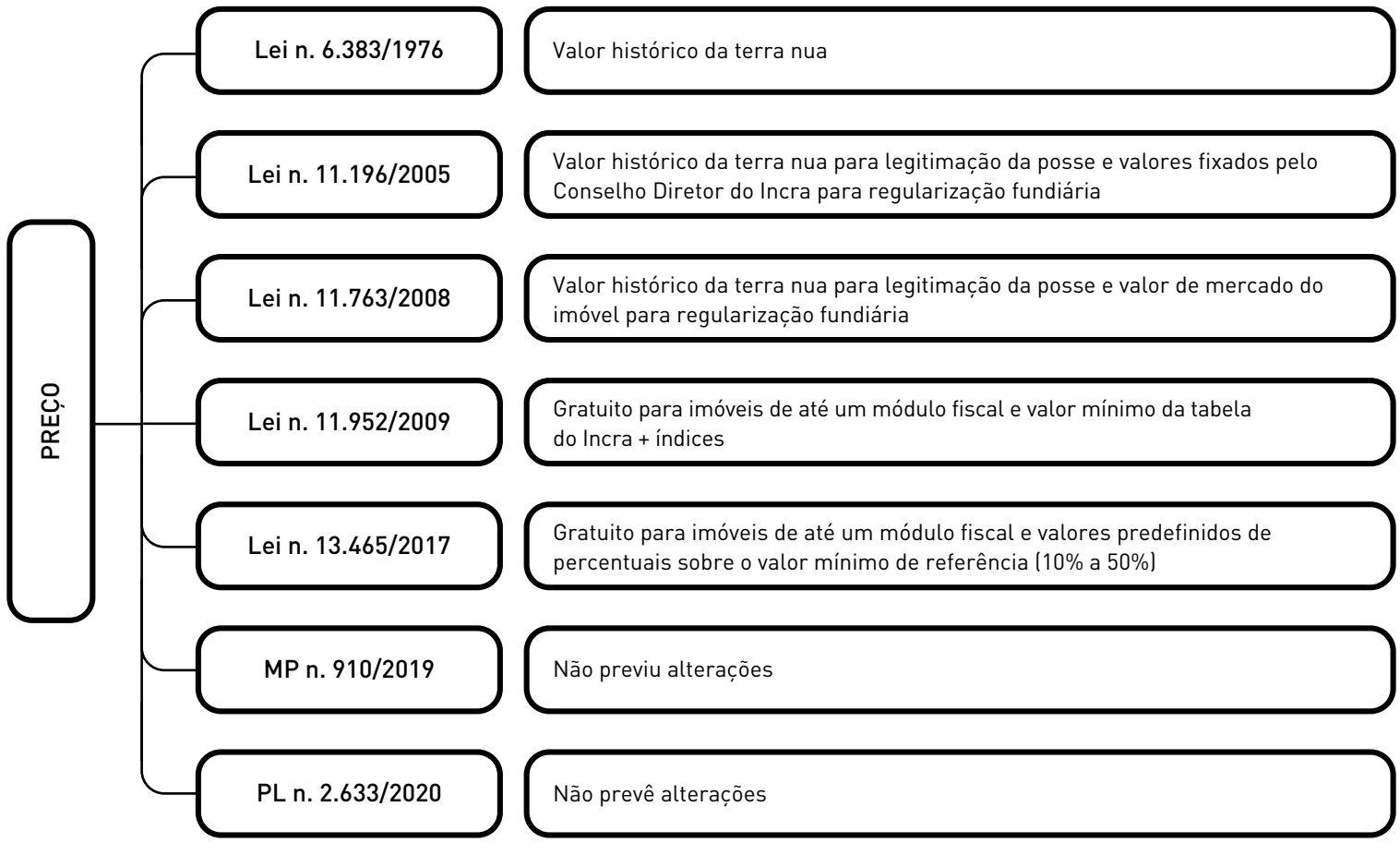
O Programa Terra Legal (Lei n. 11.952/2009) inaugura uma nova forma de fixação dos preços a serem pagos pela terra. Primeiro, a regularização das áreas de até um módulo fiscal passa a ser gratuita (art. 11). Já nas áreas superiores a um módulo fiscal, "a avaliação do imóvel terá como base o valor mínimo estabelecido em planilha referencial de preços, sobre o qual incidirão índices que considerem os critérios de ancianidade da ocupação,

especificidades de cada região em que se situar a respectiva ocupação e dimensão da área, conforme regulamento" (Brasil, 2009a).

A Lei n. 13.465/2017 mantém a gratuidade da regularização até um módulo fiscal, mas substitui o regime de incidência de índices definidos administrativamente sobre o valor mínimo de referência das tabelas do Incra pela predefinição legal de percentuais sobre o valor mínimo de referência, conforme disposto no art. 12, § 1º, da Lei do Terra Legal: "O preço do imóvel considerará o tamanho da área e será estabelecido entre 10% (dez por cento) e 50% (cinquenta por cento) do valor mínimo da pauta de valores da terra nua para fins de titulação e regularização fundiária elaborada pelo Incra" (Brasil, 2009a). O art. 23, § 1º, do Decreto n. 10.592/2020 escalona os percentuais incidentes sobre o valor mínimo da pauta de valores da terra nua nos seguintes termos: até um módulo fiscal, 10%; de um a quatro módulos fiscais, entre 10% e 30%; e acima de quatro módulos fiscais até 2.500 ha, 50%.

A MP n. 910/2019 não promoveu significativas modificações no que diz respeito ao modo de fixação dos preços da terra, e o PL n. 2.633/2020, com a redação que até então lhe era conferida, tampouco parece pretender promovê-las. A Figura 5, a seguir, consolida as mudanças normativas que dizem respeito ao tema.

FIGURA 5 – **REGRAS SOBRE A FIXAÇÃO DO PREÇO DA TERRA**



Fonte: Elaboração própria.

1.7. As mudanças qualitativas no modo de exploração da terra

Além das flexibilizações quantitativas promovidas nos requisitos para a regularização (área, data e preço), o Programa Terra Legal também foi significativamente ajustado em relação ao conceito de "exploração direta", requisito essencial previsto no art. 5º, IV, da Lei n. 11.952/2009. Os conceitos de "exploração direta" e de "exploração indireta" foram ambos alterados. O Quadro 1, a seguir, apresenta o comparativo entre a redação original do art. 2º, III e IV, e a redação que lhes foi conferida pela Lei n. 13.465/2017.

QUADRO 1 – **Comparativo das leis quanto à exploração direta das terras**

	REDAÇÃO ORIGINAL	**REDAÇÃO PELA LEI N. 13.465/2017**
EXPLORAÇÃO DIRETA	ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA EM IMÓVEL RURAL, PRATICADA **DIRETAMENTE PELO OCUPANTE** COM O **AUXÍLIO** DE SEUS FAMILIARES, OU COM A AJUDA DE TERCEIROS, AINDA QUE ASSALARIADOS	ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA EM IMÓVEL RURAL E **GERENCIADA DIRETAMENTE PELO OCUPANTE** COM O AUXÍLIO DE SEUS FAMILIARES, DE TERCEIROS, AINDA QUE SEJAM ASSALARIADOS, OU POR MEIO DE **PESSOA JURÍDICA DE CUJO CAPITAL SOCIAL ELE SEJA TITULAR MAJORITÁRIO OU INTEGRAL**
EXPLORAÇÃO INDIRETA	ATIVIDADE ECONÔMICA **EXERCIDA** EM IMÓVEL RURAL POR MEIO DE PREPOSTO OU ASSALARIADO	ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA EM IMÓVEL RURAL E **GERENCIADA**, DE FATO OU DE DIREITO, POR TERCEIROS, QUE NÃO SEJAM OS REQUERENTES

Fonte: Elaboração própria.

A alteração em questão criou um conceito de exploração "direta" que desafia a língua portuguesa. Enquanto a redação original previa a necessidade de que a atividade econômica fosse "praticada diretamente pelo ocupante", a nova redação admite que a atividade seja apenas "gerenciada diretamente pelo ocupante". Ademais, pode-se explorar a atividade até mesmo por meio de pessoa jurídica. Esse curioso conceito é reproduzido, a contrário senso, na definição da exploração indireta. Até a alteração legislativa, a atividade exercida por meio de preposto era tida como indireta. Agora, essa atividade praticada por meio de preposto não é necessariamente indireta caso seja "gerenciada" pelo ocupante, ainda que ele não participe diretamente da atividade.

Essa alteração qualitativa tem íntima relação com a mudança da redação do inc. V do art. 2º da lei, que define o conceito de "cultura efetiva", cuja nova redação suprimiu a exigência da finalidade de "subsistência dos ocupantes". Essa mudança, somada à possibilidade de que o ocupante não esteja envolvido diretamente na exploração da terra, mas sim na sua

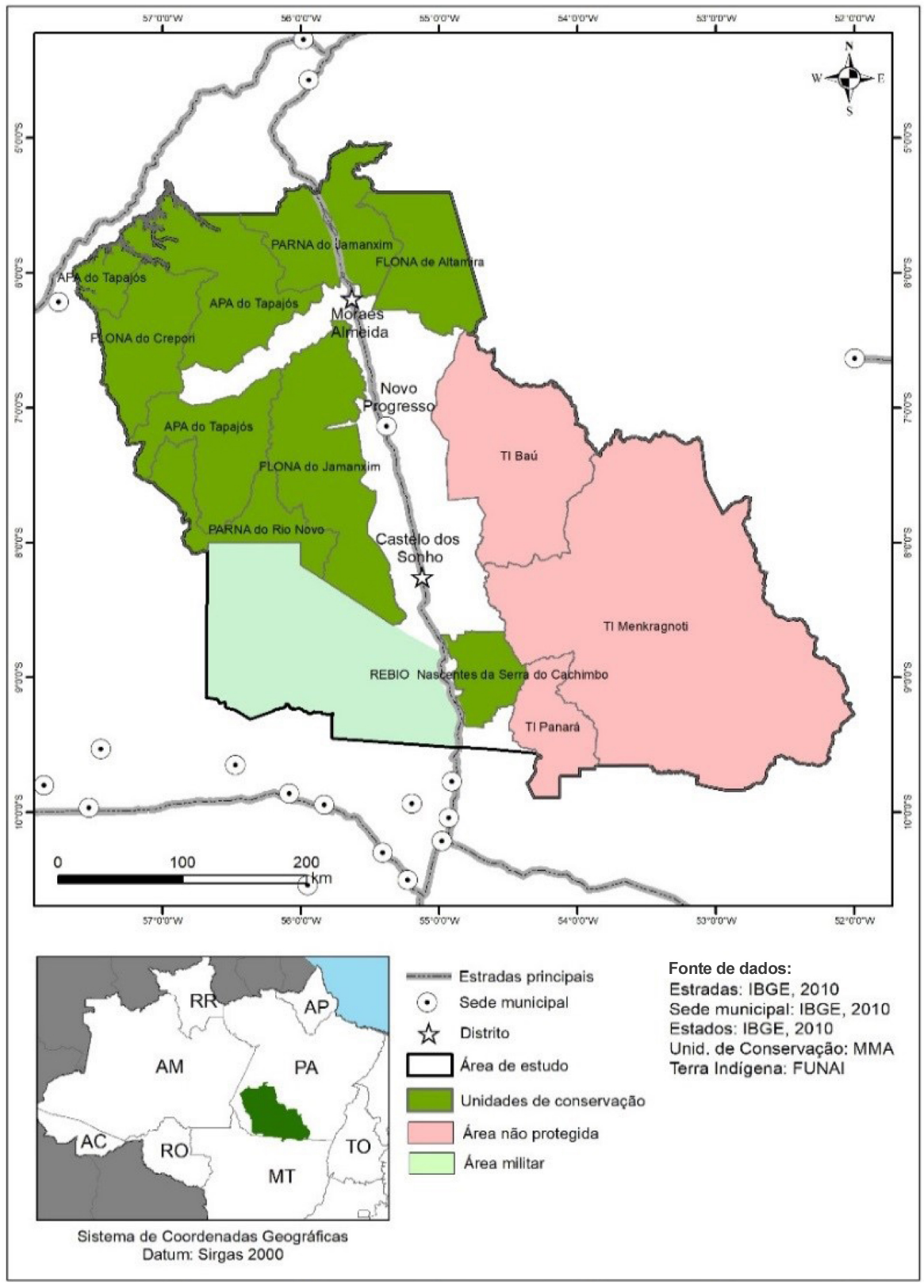
gestão, por intermédio, inclusive, de empresa rural, demonstra que o objetivo social da regularização fundiária como política pública foi completamente negligenciado.

2. A realidade fático-social em torno da regularização fundiária na Amazônia

2.1. A análise da realidade fática amazônica a partir de um recorte amostral: o Vale do Jamanxim

A análise da realidade é essencial para a compreensão do alcance da norma de vedação à usucapião de terras públicas no que diz respeito à sua pertinência diante da política de regularização fundiária. O espaço amostral escolhido é o vale do rio Jamanxim (Figura 6), delineado pelo distrito de Moraes Almeida, em Itaituba/PA; pelo município de Novo Progresso/PA; e pelo distrito de Castelo dos Sonhos, em Altamira/PA, todos situados às margens da BR-163 (Rodovia Santarém – Cuiabá), no extremo sudoeste do estado do Pará. A região é toda confinada entre áreas de especial proteção, como unidades de conservação e terras indígenas.

FIGURA 6 – **VALE DO JAMANXIM**



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2010); Fundação Nacional do Índio e Ministério do Meio Ambiente. Elaboração: Heron Martins.

Os dados fáticos a serem extraídos desse recorte, aliados à análise do histórico normativo que rege mais recentemente a política de regularização fundiária em terras públicas na Amazônia, servirão como prova da realidade da influência dessa política na dinâmica da exploração e ocupação dessas terras.

2.2. A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

A natureza da política pública da regularização fundiária impõe que seus procedimentos estejam umbilicalmente atrelados a mecanismos sociais de atendimento à função social da propriedade sobre os bens públicos, enquanto destinados de acordo com a política agrária esperada pela CF/88: justa e distributiva, a teor do art. 188. Os propósitos sociais esperados da política de regularização fundiária podem ser extraídos, em teoria, da exposição de motivos das leis que vêm regendo o Programa Terra Legal. Eles relacionam a adoção dos normativos a uma série de finalidades: reduzir a instabilidade jurídica, combatendo a grilagem de terras e reduzindo conflitos agrários; conter o desmatamento; fomentar a inserção produtiva de trabalhadores; evitar a reconcentração fundiária e a especulação imobiliária; conter o avanço da fronteira agrícola; priorizar a ocupação familiar; desenvolver a exploração sustentável dos recursos naturais; consolidar o ordenamento territorial.

Exposição de Motivos da MP n. 458/2009 (Brasil, 2009b, convertida na Lei n. 11.952/2009):

> Nestas áreas é possível implantar uma política de regularização fundiária, reduzindo os conflitos e permitindo segurança jurídica, inserção produtiva e acesso às políticas públicas para aqueles que hoje a ocupam.
> [...]
> 9. Os títulos resultantes desse processo conterão cláusulas resolutivas com prazo de 10 anos que preveem entre outras, a inalienabilidade das terras, a utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente. Com essas medidas entendemos que serão preservados os riscos de reconcentração fundiária, de especulação imobiliária e abertura desordenada da fronteira agrícola, contribuindo para o controle do desmatamento na Amazônia Legal.

Exposição de Motivos da MP n. 759/2016 (convertida na Lei n. 13.465/2017):

> 41. [...] A regularização fundiária nesta zona é importante do ponto de vista socioeconômico, por possibilitar a ocupação humana e a exploração sustentável dos recursos naturais; e também no que concerne à preservação ambiental, já que o resultado da não ocupação destas terras revelou-se catastrófico, com a proliferação de desmatamentos, queimadas, extração ilegal de madeira, dentre outras mazelas.
> [...]
> 44. Trata-se, também, de consolidar a política de ordenamento territorial, priorizando a ocupação familiar, a produção sustentável e o respeito ao meio ambiente.

Quando a aplicação prática da política de regularização fundiária é analisada, observamos que não apenas esses objetivos não foram alcançados, como também que a política pública em questão tem sido concebida, modificada e desenvolvida em sentido contrário a eles.

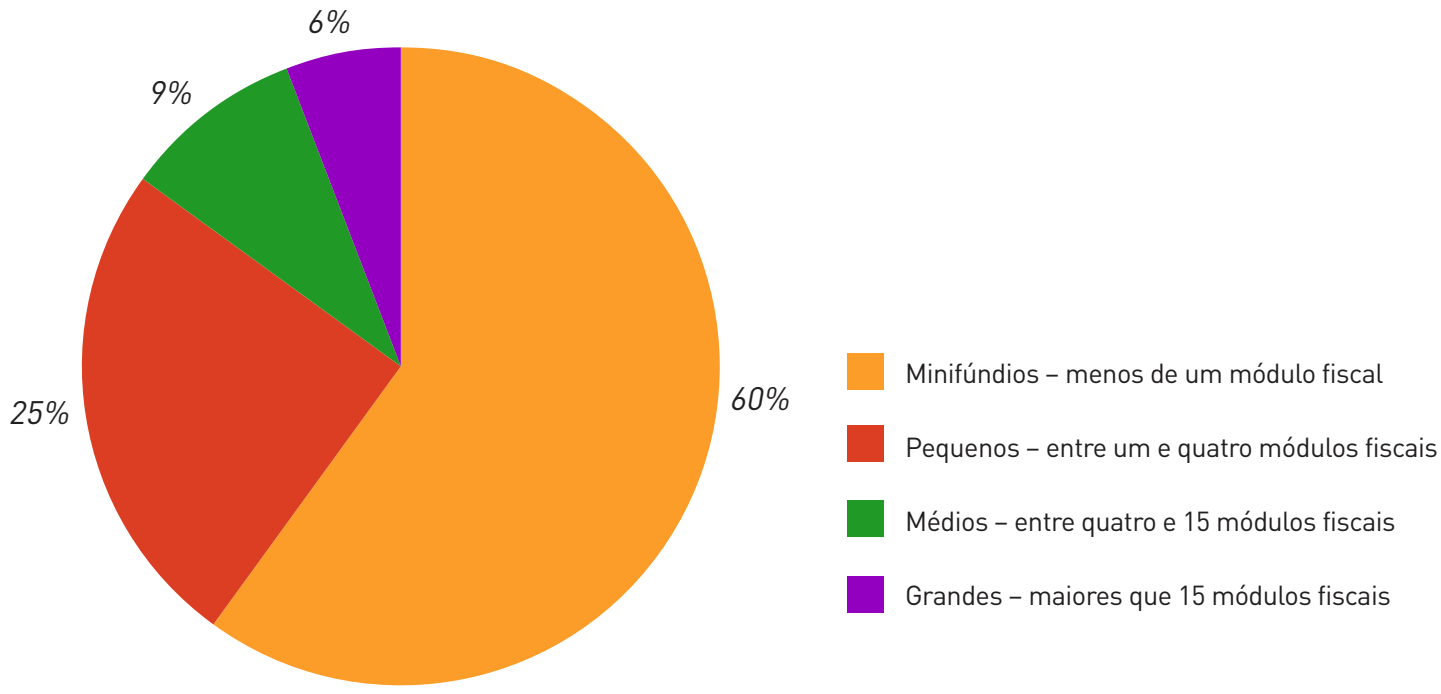
2.3. Quem é e quem deveria ser o público-alvo da regularização fundiária?

A ideia de distributividade na destinação das terras públicas como meio de se evitar sua concentração fundiária decorre do texto previsto no art. 188 da CF/88: "a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária" (Brasil, 1988). Logo, qualquer política que milite no sentido da concentração de terras públicas quando destinadas a particulares é contrária a esse postulado. Não raramente, a política de regularização fundiária é defendida sob o argumento do amplo atendimento aos pequenos produtores, que, teoricamente, deveriam ser o público-alvo dessa política. Em termos quantitativos, eles representam a maioria, mas, se for considerada sua participação percentual na área total de regularização, torna-se evidente o caráter concentrador da distribuição das terras (Gráficos 2 e 3).

Ao tratar da lei que criou o Programa Terra Legal, Torres, Doblas e Alarcon (2017, p. 16-17) esclarecem que,

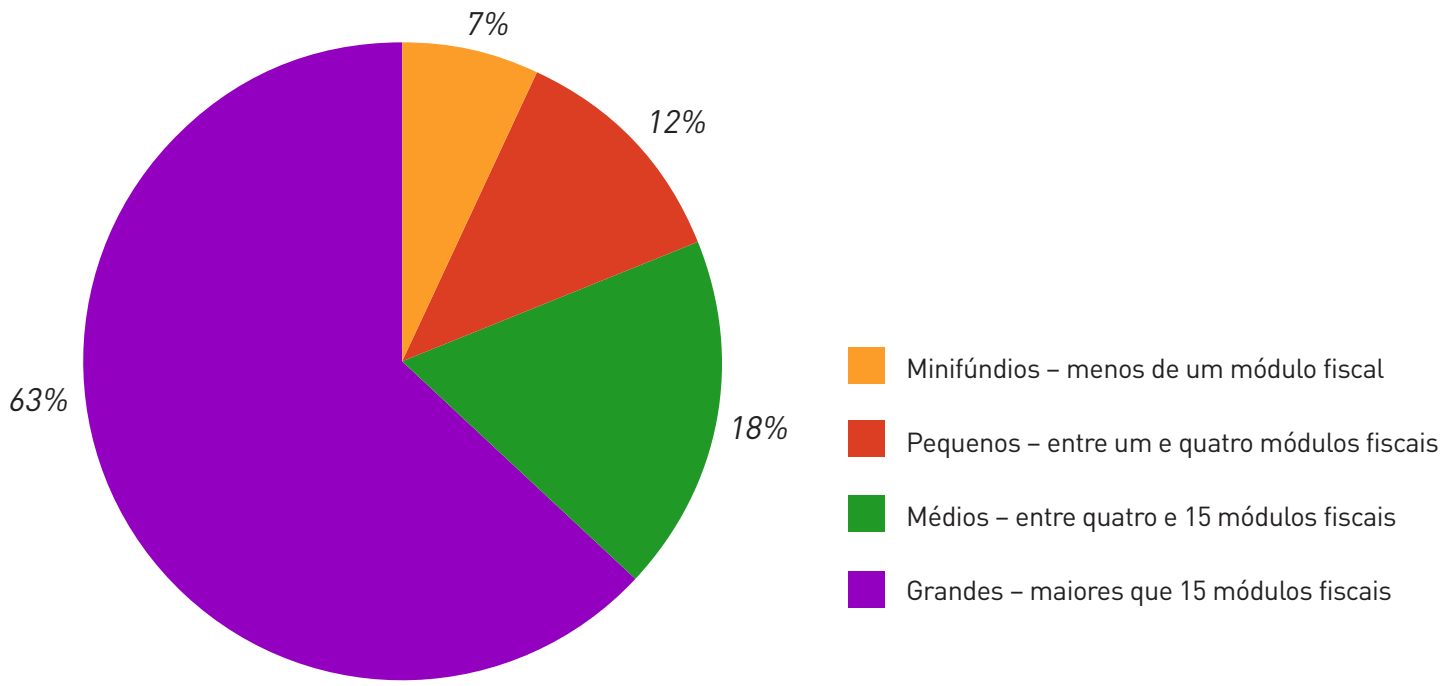
> [e]mbora os minifúndios e as pequenas posses, com até quatro módulos fiscais [...], representassem 85% do total das demandas por regularização, eles ocupavam apenas 15% da área a ser regularizada. Por sua vez, as médias e as grandes detenções de terras, que representavam apenas 19% do total de imóveis com intenção de serem regularizados, ocupavam 81% da área que seria regularizada.

GRÁFICO 2 – **Quantidade de imóveis cadastrados como "posses" na Amazônia Legal**



Fonte: Torres, Doblas e Alarcon (2017, p. 17).

GRÁFICO 3 – **ÁREA DOS IMÓVEIS CADASTRADOS COMO "POSSES" NA AMAZÔNIA LEGAL**



Fonte: Torres, Doblas e Alarcon (2017, p. 17).

As conclusões do autor são muito similares àquelas a que chegou o TCU no Acórdão n. 627/2015 (Brasil, 2015b), resultado de auditoria realizada no Programa Terra Legal:

> Embora os processos relacionados a áreas de até 1 MF correspondam a 70,5% do total, representam apenas 28,7% da área titulada. Inversamente, os processos referentes a áreas entre 4 e 15 MF, apesar de representarem apenas 7,4% do total de processos, abrangem quase o mesmo percentual de área titulada (28%).

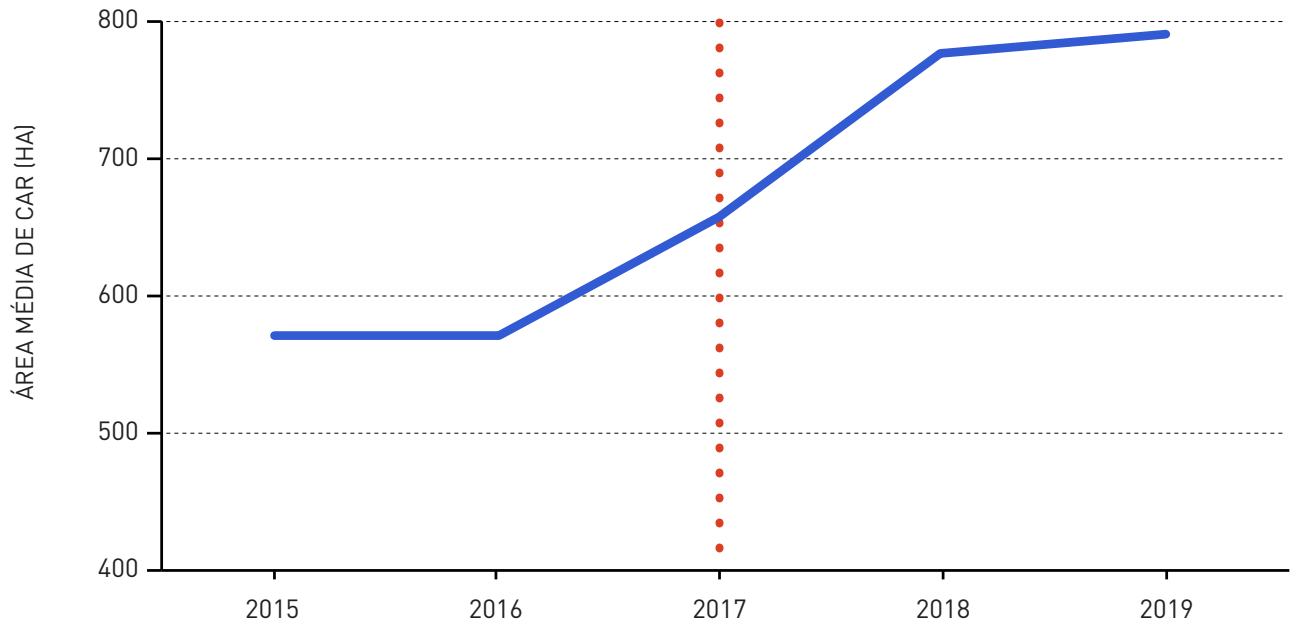
A grande quantidade de pequenos possuidores, aliada ao pequeno percentual que suas posses representam diante da área total regularizável, somente reforça as conclusões de que, mesmo que desconsiderados os casos de concentração viabilizados a partir de burlas ao programa, a tendência de seus resultados é de concentração das terras públicas destinadas à regularização.

2.4. A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA PARA ALÉM DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

A definição de pequenas, médias e grandes propriedades rurais é extraída do art. 4º, II e III, da Lei n. 8.629/1993. A primeira é aquela que não supera quatro módulos fiscais e a segunda é superior a quatro módulos fiscais, mas não excedente a 15 módulos. Por exclusão, considera-se grande propriedade rural todo imóvel superior a 15 módulos fiscais. Nos três municípios que compõem a região do Jamanxim (Itaituba, Novo Progresso e Altamira), o módulo fiscal é estabelecido em 75 ha, de modo que as pequenas propriedades rurais na região não excedam a 300 ha.

As sucessivas leis que tratam da regularização fundiária promoveram o aumento contínuo e significativo das áreas passíveis de regularização. Essas alterações legislativas, como mencionado, repercutem concretamente no tamanho das áreas ocupadas. A partir de dados do Sicar extraídos do Jamanxim, observa-se que o aumento do parâmetro dimensional máximo para a regularização, promovido pela Lei n. 13.465/2017 (de 1.500 ha para 2.500 ha), repercutiu, por exemplo, significativamente no tamanho das áreas de CARs registrados na região, conforme observado no Gráfico 4.

GRÁFICO 4 – **EVOLUÇÃO DO TAMANHO MÉDIO DOS IMÓVEIS NO SICAR ENTRE 2015 E 2019**



Fonte: Sistema Nacional de Cadastro Rural (2020). Organização: Heron Martins.

Torna-se evidente a concentração que a política de regularização fundiária, em lugar de combater, tem fomentado. Considerado o limite da pequena propriedade rural no Jamanxim (300 ha), o patamar atual de regularização (2.500 ha) excede em muito e injustificadamente as suas áreas.[2] Na realidade, excede não só os parâmetros da pequena propriedade rural, como também os da média propriedade rural. As sucessivas alterações legislativas, portanto, têm boicotado qualquer válido propósito de conter a concentração de terras públicas.

2 Mesmo que levado em consideração o maior módulo fiscal do país (110 ha), o máximo da pequena propriedade rural chega a apenas 440 ha.

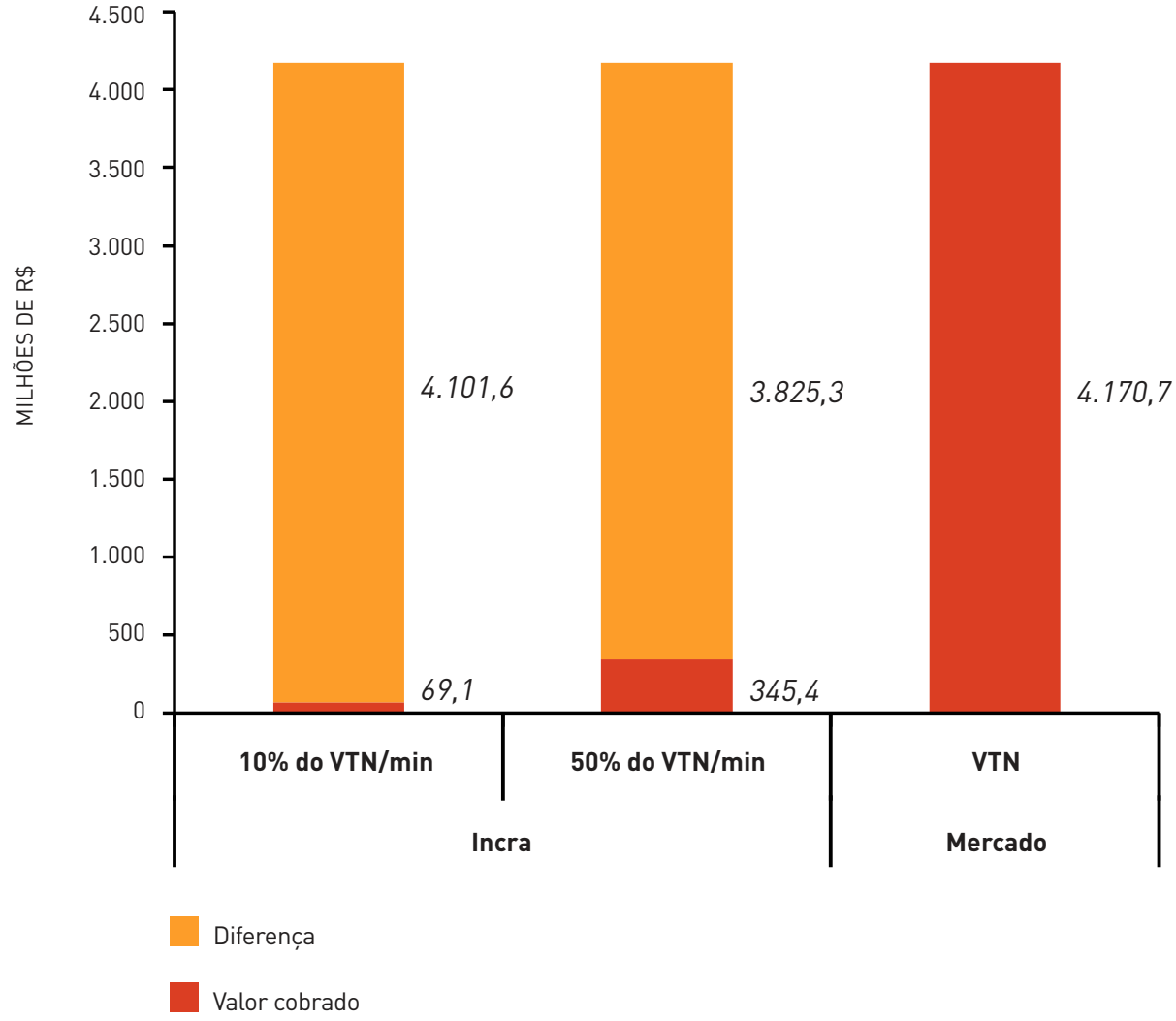
2.5. A "DOAÇÃO" DE TERRAS PÚBLICAS A GRANDES OCUPANTES

A lei que rege o Programa Terra Legal (Lei n. 11.952/2009, com as modificações introduzidas pela Lei n. 13.465/2017) estabelece a gratuidade para os imóveis de até um módulo fiscal, o que faz sentido ante o fato de se tratar de áreas muito inferiores até mesmo à pequena propriedade rural. Para os demais casos, inclusive para aqueles que excedem os limites da pequena e até da média propriedade rural, embora não prevista a gratuidade, a lei fixa preços irrisórios.

O parâmetro usado pela lei vigente é o "do valor mínimo da pauta de valores da terra nua para fins de titulação e regularização fundiária elaborada pelo Incra, com base nos valores de imóveis avaliados para a reforma agrária, conforme regulamento" (Brasil, 2009a). Sobre esse valor, que já considera um parâmetro abaixo do mercado, ainda incidem percentuais que variam de 10% a 50% (art. 12, § 1º, da Lei n. 11.952/2009). O resultado é que, mesmo os ocupantes de áreas consideradas grandes propriedades rurais, que pagarão 50% do valor mínimo da tabela do Incra, acabam por pagar valores irrisórios pela terra, se considerado seu real valor de mercado.

A partir de levantamento realizado a partir dos CARs da região do Jamanxim, no qual foram selecionados os cadastros situados fora das áreas protegidas e excluídas as sobreposições e os cadastros com área de até um módulo fiscal ante a sua gratuidade, constatou-se que, caso aplicado o percentual máximo de 50% do valor mínimo da tabela do Incra, o total arrecadado com regularização seria de R$ 345.440.153,24, ao passo que, segundo seu valor de mercado, apurado de acordo com o Anuário da Pecuária Brasileira (Anualpec), deveria ser necessário pagar por elas R$ 4.170.704.427,88 (Anualpec, 2019). O valor pago a título de regularização fundiária, portanto, representa apenas 8,28% do valor de mercado, isso se considerado o percentual máximo de pagamento (50%) (Gráfico 5).

GRÁFICO 5 – **COMPARATIVO ENTRE OS VALORES DE MERCADO E OS PAGOS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**



Fonte: Sistema Nacional de Cadastro Rural (2021). Organização: Pedro Henrique Sobania Gomes.

As mesmas conclusões no sentido da vultuosa renúncia patrimonial da parte da União, dessa vez estendidas a uma estimativa que abrange todos os estados da Amazônia Legal, são apontadas por Brito (2017) na nota técnica então editada a respeito das inovações introduzidas pela Lei n. 13.465/2017 no Programa Terra Legal. Nesse sentido:

> A nova regra para regularização fundiária na Amazônia, sancionada pelo Presidente Temer em 11 de julho, provocará uma perda ao patrimônio público de 19 bilhões a 21 bilhões de reais. Esse valor corresponde à diferença entre o valor médio de mercado dos imóveis em processo de regularização e o valor a ser cobrado pelo governo, de acordo com as novas regras após a sanção da Medida Provisória 759/2016, convertida na Lei nº 13.465/2017. Com essa quantia, o governo poderia beneficiar até 9,5 milhões de família ao longo de um ano por meio do Programa Bolsa Família, ou ainda cobrir 14 anos do orçamento destinado ao Ministério do Meio Ambiente em 2017 sem contingenciamento. O montante também

> equivale a sete vezes as doações internacionais já feitas ao Fundo Amazônia, que apoia projetos de conservação na região (Brito, 2017).

Enfim, são terras de vultuoso valor sendo vendidas a "preço de banana" sem nenhuma justificativa de cunho social, já que se está diante, em grande parte, de médias e grandes propriedades rurais, a denotar razoável capacidade econômica de seus titulares.

2.6. A dispensa das exigências e vistorias prévias e o fracionamento ilícito de lotes

A supressão da necessidade de vistorias prévias é também uma constante na sucessão de normativos sobre a regularização fundiária. Atualmente, estão dispensadas tais vistorias nos imóveis de até quatro módulos fiscais, a respeito do que o Supremo Tribunal Federal (STF), quando instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 13 da Lei n. 11.952/2009, apenas decidiu conferir-lhe interpretação "de modo a afastar quaisquer interpretações que concluam pela desnecessidade de fiscalização dos imóveis rurais de até quatro módulos fiscais, devendo o ente federal utilizar-se de todos os meios referidos em suas informações [...], para somente então ser possível a dispensa da vistoria prévia".[3]

Assim, a constitucionalidade da dispensa das vistorias prévias acabou confirmada, de modo que, na prática, o entendimento do STF não promoveu grandes mudanças na forma como o tema seria tratado: nos imóveis de até quatro módulos fiscais, não se realiza vistoria prévia. Essa chancela à dispensa das vistorias viria, adiante, a encorajar a dispensa de vistorias em áreas ainda maiores. O argumento utilizado pelo STF para admitir a supressão supostamente excepcional das vistorias foi citado na Exposição de Motivos da MP n. 910/2019 como justificativa para a autorização proposta de dispensar as vistorias em todas as áreas de até 1.500 ha:

> No que respeita ao § 2º do artigo 13, que prevê a dispensa de vistoria prévia das ocupações em regularização até o limite de 2500 hectares [...].
> **O dispositivo prescreve, a teor do decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.269, que a dispensa na realização da vistoria prévia não impede o poder fiscalizatório da Administração** (Brasil, 2019, grifo do autor).

Como se sabe, a MP n. 910/2019 caducou antes de sua conversão. Por isso, segue valendo a dispensa das vistorias até o limite de quatro módulos fiscais. Posteriormente, porém,

3 Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2689764.

foi editada a IN n. 105/2021 (Brasil, 2021) no âmbito do, assim chamado, programa Titula Brasil. Esse normativo permite, por meio dos Núcleos Municipais de Regularização Fundiária (NMRF), a delegação de todo o trato local dos processos de regularização, incluindo a realização das vistorias (art. 5º, V, da IN n. 105/2021).

Benatti e Silva (2022), sobre o programa Titula Brasil, esclarecem que os municípios firmarão acordos com o Incra a fim de implantar os tais núcleos locais de regularização, os quais, no fim das contas, funcionarão como verdadeiros escritórios avançados da autarquia federal fundiária de modo a transferir aos prefeitos toda a responsabilidade e a prerrogativa de definir quais imóveis rurais serão titulados.

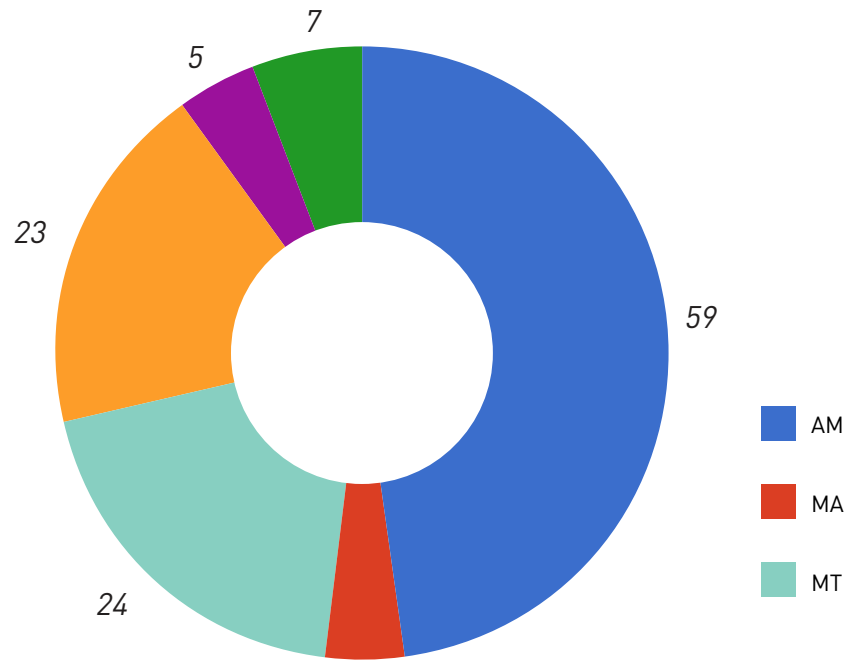
A respeito da validade do argumento no sentido da carência de capilaridade do Incra e do MDA, a delegação das vistorias prévias eleva o risco de sua precarização no sentido da autonomia técnica de sua realização. Essa delegação das vistorias aos municípios é excepcionalmente sensível, porque, segundo o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (Ipam) (2006, p. 40), as próprias prefeituras findam, muitas vezes, por destinar recursos "diretamente para a consolidação dos propósitos grileiros". Ainda de acordo com o Ipam (2006, p. 32), diversos são os municípios no Pará cujas emancipações foram frutos da ação de madeireiras e fazendas, cujos gerentes, não raramente, foram alçados a líderes políticos locais.

As vistorias prévias são a única garantia minimamente idônea de combate a uma das práticas mais comuns no âmbito da regularização fundiária: os aqui chamados "loteamentos grileiros". Trata-se, em suma, do emprego de "laranjas" (parentes, funcionários ou terceiros desconhecidos) com o objetivo de fracionar em tantos lotes quantos forem necessários ao total de uma área de maior dimensão, para que se permita a sua regularização a partir das dimensões individuais enquadráveis no teto do programa.

O fracionamento ilícito de lotes é uma realidade que chama atenção para a imprescindibilidade das vistorias prévias, mormente porque não há técnica de sensoriamento remoto capaz de constatar a unidade de exploração econômica (critério adotado pela consultoria jurídica do MDA) entre lotes contíguos. O sensoriamento remoto, no máximo, serve para apresentar indícios dessa técnica grileira, jamais para afastá-la concretamente. Isso somente a vistoria pode fazer. Essa realidade já foi constatada concretamente pelo TCU no Acórdão n. 727/2020, que mais recentemente auditou o Programa Terra Legal:

206. Verificou-se ainda indícios de fracionamento simulado de propriedades para a regularização, caracterizado por parcelas distintas apresentarem o mesmo estilo de gerência, ausência de cerca, entre outros; ou seja, parcelas de um mesmo imóvel rural foram registrados no Sigef em nome de detentores diferentes.
Tais indícios foram apontados nos laudos de geossensoriamento remoto contratados, conforme peça 113.

Figura 23 – Quantidade de imóveis com indícios de fracionamento simulado por estado



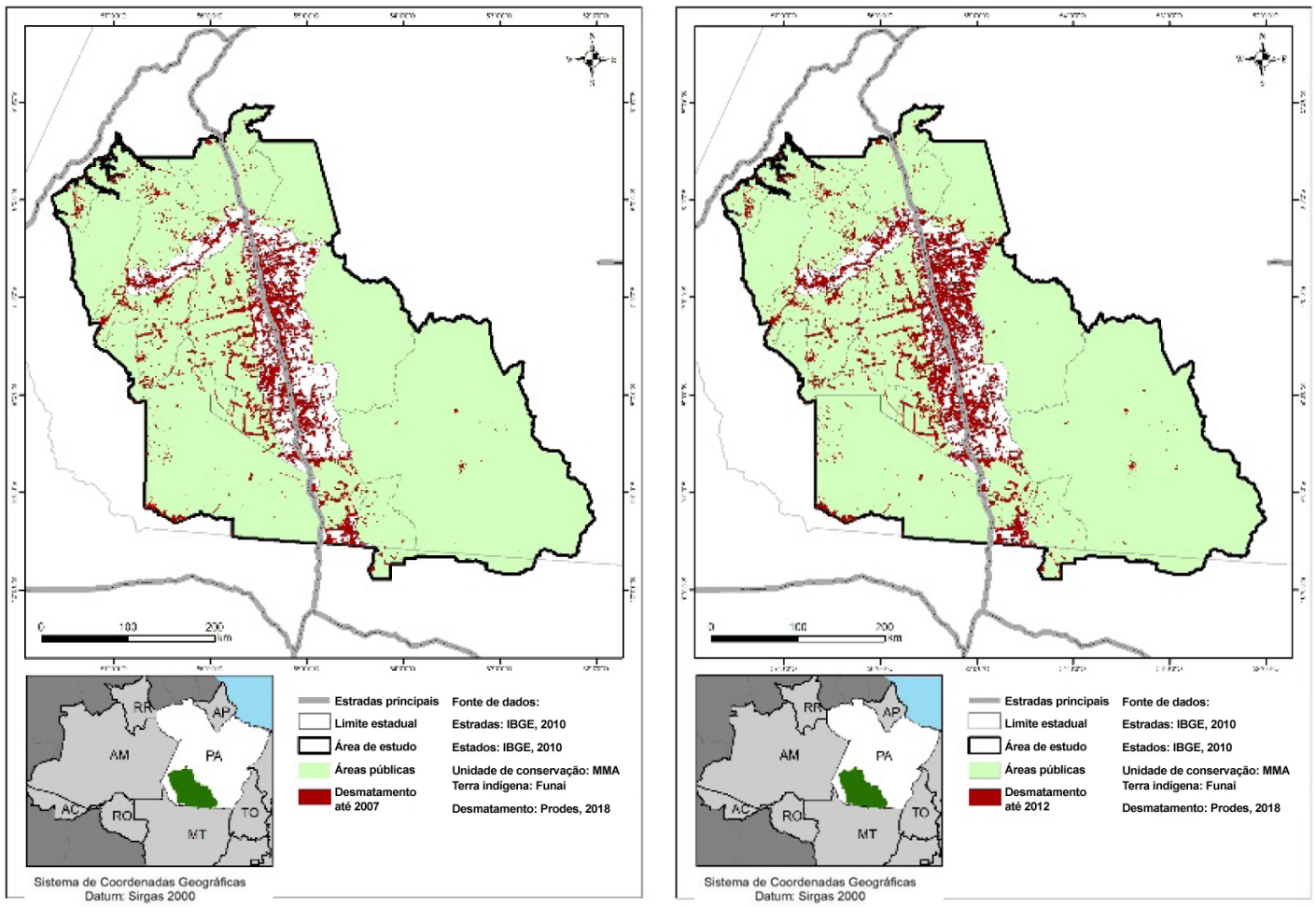
5

Fonte: Brasil (2020c).

2.7. A regularização conteve e conterá o desmatamento?

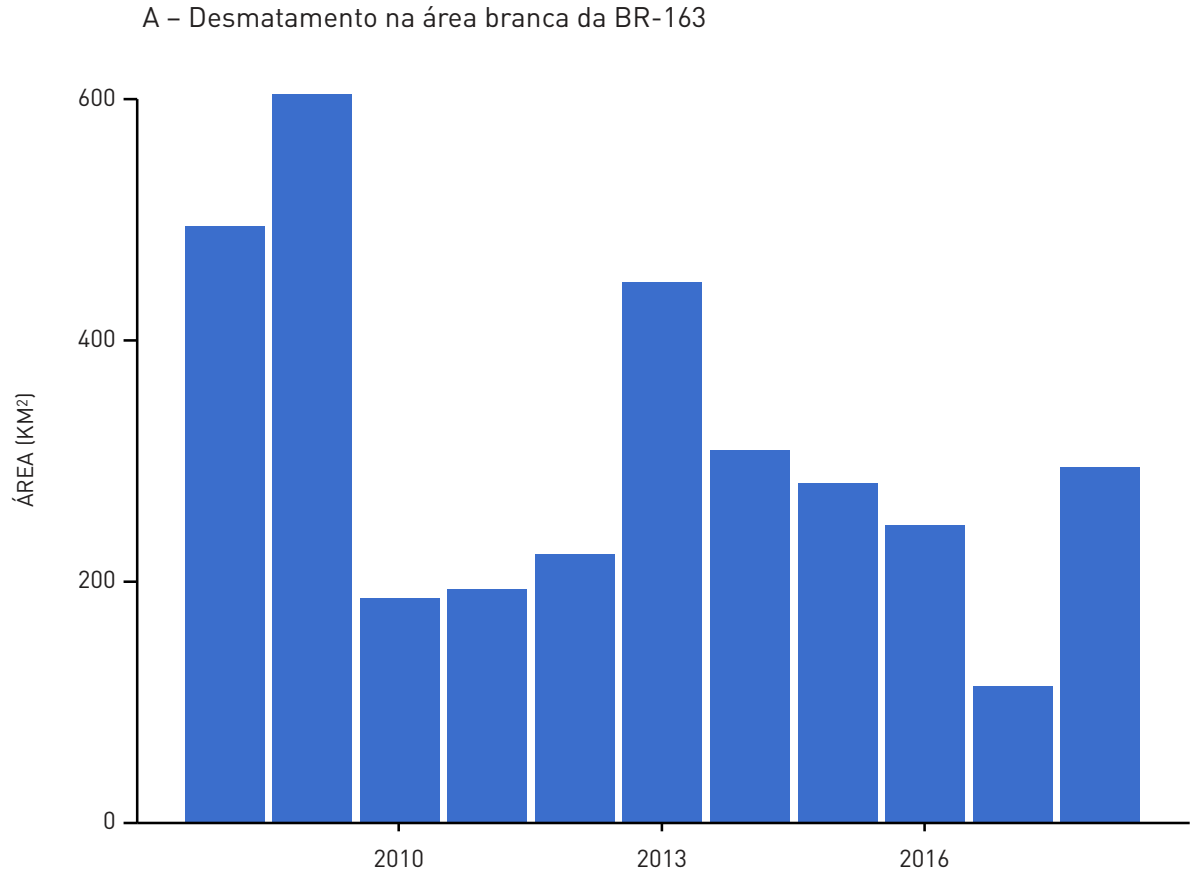
Há quem busque disseminar a ideia de que a regularização fundiária pode conferir segurança jurídica no campo e, assim, conter o avanço do desmatamento. Essa premissa faria sentido em um processo histórico e social de regularização fundiária bastante diferente do aqui analisado. Na realidade brasileira, os dados indicam o contrário. A análise da evolução do desmatamento no Jamanxim, mesmo após a primeira lei do Terra Legal (2009), não deixa dúvidas: o programa não foi capaz de conter o seu avanço, nem a sua oscilação, conforme demonstram a Figura 7 e o Gráfico 6, a seguir.

FIGURA 7 – **AVANÇO DO DESMATAMENTO CONSOLIDADO ENTRE 2007 E 2018**



Fonte: Prodes (2018).

GRÁFICO 6 – **ÍNDICES ANUAIS DE DESMATAMENTO NO JAMANXIM ENTRE 2008 E 2018**



Fonte: Prodes (2018).

O TCU (Brasil, 2020c) constatou a mesma realidade: o Programa Terra Legal não foi capaz de conter o desmatamento e ainda foi condutor da degradação ambiental nas terras de regularização. Em uma análise amostral, espelhada para todas as terras regularizadas na Amazônia, o TCU estimou um desmatamento total de 940 mil ha a partir da instituição do Programa Terra Legal:

Tabela 5 – Total do desmatamento na amostra avaliada (1.287 parcelas, com área de 1.400.450,47 ha) da Amazônia Legal em que houve o serviço de geossensoriamento remoto

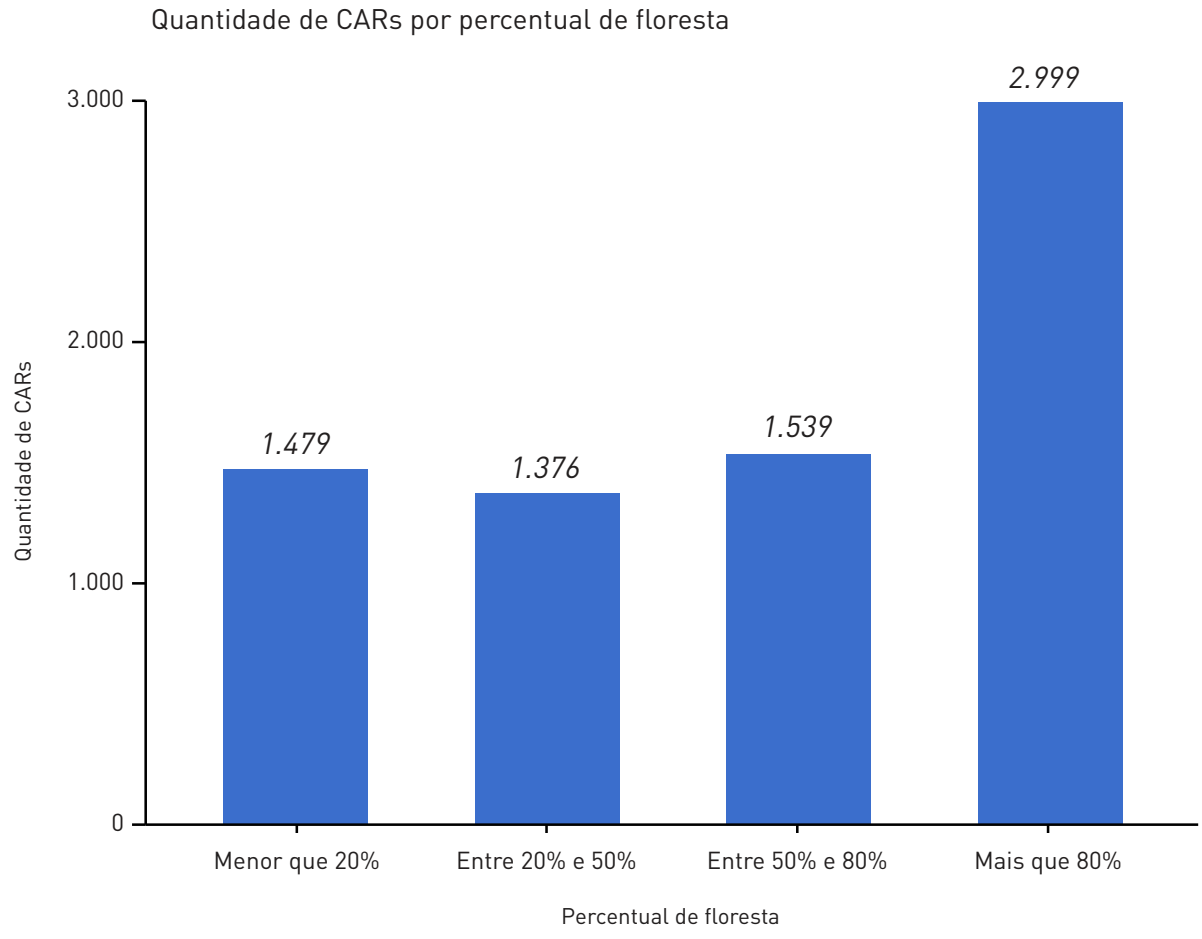
Estado	Quant. de parcelas	Área total mapeada	Área desmatada 2008 (ha)	Área desmatada 2017 (ha)	Diferença (2017-2008)
Acre	8	7.910,66	3.105,11	3.618,20	513,0858
Amapá	20	28.703,42	16.332,57	16.492,17	159,5978
Amazonas	445	504.991,79	68.400,55	104.251,72	35.851,17
Mato Grosso	209	216.537,75	137.310,80	144.896,40	7.585,60
Maranhão	71	32.414,32	23.526,32	26.779,11	3.252,79
Pará	440	504.208,25	146.725,73	175.979,63	29.253,91
Rondônia	46	68.165,89	36.213,56	39.281,96	3.068,40
Tocantins	48	37.518,40	30.421,26	32.780,02	2.358,76
Total	**1.287**	**1.400.450,49**	**462.035,89**	**544.079,20**	**82.043,31**

Fonte: Laudos consolidados dos estados.

181. Cabe ressaltar que, se a situação encontrada na amostra, desmatamento adicional de 82 mil hectares, seja também constatada no restante da área georreferenciada registrada no Sigef na Amazônia Legal de propriedade da União (superior a 16,1 milhões de ha), o desmatamento ocorrido em áreas públicas ou regularizadas por meio do programa, após 2008, seria de aproximadamente de 940 mil de hectares (Brasil, 2020c).

É possível antever que esse processo em que a regularização fundiária contribui para a degradação ambiental está longe de acabar. O Gráfico 7 a seguir revela que grande parte dos CARs registrados na região do Vale do Jamanxim ainda se sobrepõe a áreas com cobertura florestal. A regularização das detenções das referidas áreas e a sua convolação em propriedade inevitavelmente resultarão em maior exploração delas. Dos 7.393 CARs em que a presença de vegetação foi observada, 1.479 têm menos de 20% de sua área com cobertura florestal; 1.376 têm entre 20% e 50% de cobertura florestal; 1.539 têm entre 50% e 80% de cobertura florestal; e 2.999 têm cobertura florestal em mais de 80% de sua área.

GRÁFICO 7 – **CARs CLASSIFICADOS PELA ÁREA FLORESTADA**



Fonte: Sistema Nacional de Cadastro Rural (2020) e Terra Class (2014). Organização: Heron Martins.

Embora se possa supor que os titulares desses CARs não expandam as áreas já desmatadas devido às restrições decorrentes da reserva legal, a realidade é que em uma parcela significativa desses cadastros (2.999 CARs), mais de 80% da área do imóvel ainda é florestada. Mesmo que a legislação referente à reserva legal seja respeitada, ainda haverá áreas disponíveis para desflorestamento.

Enfim, a presunção de que a regularização fundiária poderá servir como instrumento de contenção do desmatamento é, no mínimo, infundada. A propósito, a relação intrínseca entre a oferta de terras na Amazônia, aqui tida como viabilizada pela perspectiva da regularização, e o desmatamento é bem demonstrada por Costa (2022, p. 9), ao afirmar que "a oferta de terras-sem-mata em um dado ano é equivalente ao desmatamento das terras-com-mata naquele mesmo ano". Os fatos pretéritos mostram que a corrida pelas terras, alimentada pela esperança da regularização futura, tem gerado o efeito contrário à contenção do desmatamento, de modo que, a tirar pela extensão de áreas com cobertura florestada que se revelam incluídas em CAR, essa lógica tende a se repetir com a mesma intensidade.

2.8. A SUPRESSÃO DA VISTORIA FINAL E O NÃO ATENDIMENTO ÀS CLÁUSULAS RESOLUTIVAS

A avaliação do cumprimento das condições resolutivas é tão importante quanto a aferição dos requisitos iniciais para o ingresso no programa de regularização. A inalienabilidade desses títulos é uma das condições estabelecidas, com um prazo de dez anos, conforme inspiração extraída do art. 189 da CF/88, que determina o mesmo prazo para os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária.[4] A supressão da vistoria final para garantir o cumprimento da cláusula de inalienabilidade e das demais condições resolutivas ao longo desse período representa um desafio ao combate à concentração de terras e à especulação imobiliária sobre terras públicas.

O art. 16, § 1º, da Lei n. 11.952/2009, com sua atual redação, eliminou a vistoria final, estabelecendo que "o cumprimento do contrato deverá ser comprovado nos autos, por meio de juntada da documentação pertinente" (Brasil, 2009a).[5] Segundo a Exposição de Motivos da MP n. 759/2016 (convertida na Lei n. 13.465/2017), as razões para a mudança legislativa residiriam nos seguintes fundamentos: "[...] as cláusulas resolutivas dos títulos a serem doravante emitidos foram adaptadas à necessidade premente de uma verificação mais eficaz e factível quanto ao seu cumprimento, notadamente por meio de análise documental".

As ponderações antes aduzidas sobre a vistoria prévia também cabem aqui sobre a vistoria final: não é possível verificar, por exemplo, por elementos meramente documentais, com o rigor que a titulação deveria requerer, se o imóvel segue explorado pela mesma pessoa, se a atividade agrária ainda lhe é efetiva, se as leis ambientais foram observadas e quais as condições a que estão submetidos os trabalhadores da unidade. E o singelo texto previsto no § 2º do art. 16 – "Caso a análise de que trata o § 1º não seja suficiente para atestar o cumprimento das condições resolutivas, deverá ser realizada vistoria" (Brasil, 2009a) – não é capaz de reverter essa realidade. O levantamento puramente remoto pode, no máximo, apontar o descumprimento de algumas das cláusulas, mas não pode assegurar o pleno atendimento a todas elas. O Acórdão n. 727/2020 constatou, em resumo, o generalizado desprezo às condições resolutivas impostas nos títulos analisados: em 95% das áreas auditadas, as condições resolutivas não são cumpridas. O desrespeito reside, essencialmente, na não manutenção da destinação agrária, na não observância da legislação ambiental e no não pagamento dos valores devidos. E a auditoria teve por base apenas o levantamento por geossensoriamento, de modo que somente uma vistoria seria capaz de atestar, concretamente,

4 Pode-se dizer que a regularização fundiária findou por concorrer com a reforma agrária como instrumento de pretensa pacificação no campo e de distribuição de terras. A demora na implementação de assentamentos conduziu, em muitos casos, os camponeses a optarem pelo processo individual de titulação.

5 A redação original do art. 16 estabelecia que "as condições resolutivas do título de domínio e do termo de concessão de uso somente serão liberadas após vistoria".

outros problemas, como a inobservância da cláusula de inalienabilidade. Eis o que consta do acórdão do TCU (Brasil, 2020c):

> 88. Não há cumprimento das cláusulas resolutivas, contidas no art. 15 da Lei 11.952/2009, dos incisos I (manutenção da destinação agrária) e II (respeito à legislação ambiental), em 95% das áreas tituladas do Programa Terra Legal selecionadas para a realização de procedimento de geossensoriamento remoto, que representam 89.970,85 ha. […].

Tabela 3 – Casos de descumprimento de cláusula resolutiva identificados pelo geossensoriamento remoto, por estado

UF	Quant. de parcelas tituladas com laudo de geossensoriamento	Quant. de parcelas tituladas com laudo de geossensoriamento que apresentou irregularidade	Irregularidade identificada				
			Desmat. RL e APP entre 2015 e 2017	Sem CAR	Desmat. indevido após 2008	Ocupação indevida > 20% e > *65%	Sem cultura efetiva
AM	34	32	17	12	18	19	2
AC	4	1	1				1
AP	2	2		1			1
MA	57	57	9	40	38	56	1
MT	41	41	6	7	15	40	1
PA	39	35	15	8	22	35	
RO	2	2	1	1	1	2	
TO	29	28	6	11	24	27	
	208	**198**	**55**	**80**	**118**	**56**	**6**

Fonte: Elaborado a partir dos laudos de geossensoriamento e da análise da questão 4, risco 7, das auditorias nos estados.

* Limite de ocupação do bioma cerrado. Pertencem a esse bioma: 1 parcela no MA, 4 no MT e 17 no TO.

Como observado, apenas pelo geossensoriamento o TCU identificou o descumprimento das condições resolutivas em 95% dos casos analisados. Essa técnica é eficaz no sentido da prova do descumprimento das condições e, nesse ponto, não haveria necessidade de vistoria. Entretanto, nos processos em que não são atestados problemas quanto às cláusulas resolutivas remotamente, a vistoria torna-se o único mecanismo capaz de atestar seu atendimento.

2.9. O Terra Legal como programa permanente: segurança jurídica para quem?

Uma ideia insistentemente colocada enquanto fundamento para a política de regularização fundiária é a de que o programa se presta, essencialmente, a conferir segurança jurídica às situações. As exposições de motivos das três últimas medidas provisórias referentes ao Terra Legal fazem uso de expressões que denotam a presença teórica desse objetivo: "instabilidade jurídica", "riscos de reconcentração fundiária, de especulação imobiliária", "permitindo segurança jurídica", "reconhecimento jurídico de uma situação de fato", "consolidar a política de ordenamento territorial", "consolidação de um direito fundamental do indivíduo", "maior segurança jurídica".

Isso poderia ser verdadeiro em um cenário em que essa política fosse empregada no sentido de colocar um "ponto final", ao menos a médio prazo, na realidade da ocupação desordenada de terras públicas na Amazônia aliada à degradação da floresta. Contudo, a política de regularização fundiária conduzida pela União na Amazônia está longe de alcançar ou sequer buscar esse resultado. A regularização fundiária tem servido muito mais para fomentar a ocupação desordenada do que para coibi-la.

No cerne dessa constatação está o fato de que o Programa Terra Legal, que deveria servir como marco pontual e temporal, transformou-se em programa permanente, com o fim do prazo de cinco anos inicialmente a ele cominado na redação original do art. 33 da Lei n. 11.952/2009. Também é motivo para esse cenário a sucessiva atualização das datas de início das ocupações que serão sujeitas a regularização. Como podemos esperar a consolidação de uma situação de fato quando, a cada período relativamente curto, novas chances de regularização são concedidas aos novos ocupantes?

Outrossim, a enxurrada de documentos, ainda que precários, que a regularização fundiária federal tem oferecido ao mercado tem sido o motor, em muitas localidades, da especulação imobiliária sobre imóveis localizados em terras federais. Novamente, trata-se de um achado do TCU na auditoria que culminou no Acórdão n. 727/2020:

33. No mercado informal/ilegal de comercialização de imóveis que não possuem título válido qualquer documento ou informação governamental oficial que possa ser adicionado ao contrato particular de compra e venda agrega valor às parcelas comercializadas, conforme exemplificam os 134 anúncios de venda de imóveis rurais não titulados localizados na internet, acompanhados da informação de que as terras foram georreferenciadas, possuem Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) e/ou processo de regularização em andamento, como elemento de agregação de valor, conforme tabela a seguir:

Tabela 1 – Pesquisa de anúncios públicos de imóveis rurais não titulados na internet

UF	Quantidade de anúncios	Declaração de que a área foi georreferenciada	Declaração de processo de regularização em andamento	Declaração de que o imóvel possui CCIR*
AC	30	3	1	
AM	46	10	4	43
AP	15	1		
MA	5	5		5
MT	13	13		13
PA	51	25	1	4
RO	39	27	22	
Total	**199**	**84**	**28**	**65**

Fonte: Análises de uso do Sigef como sistema gerencial para identificar ocupações irregulares de áreas na Amazônia Legal, nos processos conexos.
* Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR).

Tanto os documentos precários quanto o CCIR têm sido utilizados para legitimar posses ainda não exaustivamente reconhecidas pela União, além de permitir a especulação imobiliária sobre os respectivos imóveis. Por um lado, a regularização fundiária fomenta novas ocupações; por outro lado, legitima a especulação imobiliária. Nessa política, não há segurança jurídica alguma.

Conclusão

O total desvirtuamento da política federal de regularização fundiária na Amazônia é a conclusão inevitável da análise concreta da realidade da região. Os dados coletados nos mostram

que a regularização fundiária como política pública de cunho social teve seus procedimentos, requisitos e comprovações completamente degenerados, de modo que, ao final, acabou por se consagrar como simples programa de titulação de terras públicas pela posse e pelo decurso do tempo.

O histórico normativo em torno da regularização fundiária em âmbito federal tem sido marcado pela simplificação dos requisitos para o ingresso na política pública, especialmente quanto ao contínuo aumento das áreas suscetíveis de titulação, às sucessivas atualizações das datas de início das ocupações, à supressão gradativa da exigência de realização de vistorias nos imóveis, à significativa mitigação dos preços a serem pagos pelas terras e à retirada da finalidade social, direta e de subsistência, da atividade explorada.

A fixação do teto da regularização fundiária, para muito além da pequena e da média propriedade rural, somada à cobrança de valores irrisórios, que representam cerca de 10% do valor de mercado das terras, inclusive para os imóveis de maior dimensão no programa, tem contribuído para que a política propicie a concentração de terras públicas. Na prática, isso se reflete no fato de que as médias e grandes propriedades representam mais de 80% das áreas a serem tituladas, enquanto os pequenos "proprietários" compõem mais de 80% dos interessados no programa. Ou seja, 80% dos requerentes acabam recebendo apenas 20% das terras.

A dispensa da exigência de vistorias prévias abre espaço para a inclusão de imóveis que não atendem aos requisitos do programa, o que inclui a possibilidade de uso de fracionamentos ilegais de lotes (loteamentos grileiros) mediante o emprego de "laranjas", prática amplamente constatada pelo próprio TCU em suas auditorias. Além disso, a dispensa da vistoria final no processo inviabiliza a aferição do efetivo cumprimento das condições resolutivas do título, especialmente aquela relativa à inalienabilidade pelo prazo de dez anos, que é essencial para prevenir a especulação de terras e a reconcentração fundiária. No mais, a transformação do Terra Legal em programa permanente, com o término do prazo estipulado, junto com as sucessivas atualizações das datas de início da ocupação das terras a serem regularizadas, passa a simplesmente impor determinado decurso de tempo para a titulação sobre a terra.

O atendimento à função socioambiental da propriedade foi prejudicado sob todos os seus aspectos no cenário aqui delineado. A política de regularização fundiária de imóveis na Amazônia em âmbito federal degenerou-se a ponto de servir ao avesso do atendimento à função social da propriedade, fomentando a grilagem e a degradação ambiental. As terras públicas federais na Amazônia encontram-se no cerne do caos fundiário no campo, sendo ocupadas de forma desordenada e completamente alheia aos propósitos que deveriam ser alcançados por meio de uma política minimamente presente de governança estatal.

REFERÊNCIAS

ANUALPEC. *Anuário da Pecuária Brasileira*. São Paulo: Instituto FNP, 2019. p. 248-250.

ARAÚJO, Elis *et al*. *Unidades de Conservação mais desmatadas da Amazônia Legal (2012-2015)*. Belém: Imazon, 2017.

BENATTI, José Heder; SILVA, Antonio Felipe Cunha da. Os direitos territoriais das comunidades tradicionais e a lei de regularização fundiária: impactos do programa Titula Brasil na Amazônia brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 50, p. 78-103, dez. 2022.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Instrução Normativa 105, de 2021*. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/instrucao-normativa. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Pauta de Valores de Terra Nua para Titulação*, 28 jan. 2020a. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/assuntos/governanca-fundiaria/pauta-de-valores-de-terra-nua-para-titulacao#:~:text=A%20Pauta%20de%20Valores%20de,de%20que%20trata%20o%20art. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.837/2020*. Auditoria que teve por objetivo avaliar a eficiência e a eficácia da atuação da entidade na regulação, na outorga e na fiscalização do regime de PLG (Permissão de Lavra Garimpeira). Relatora: Ana Arraes, 15 de julho de 2020b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1893520192.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=4d3b3870-cb8f-11ea-b989-3b859cb63d49. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 727*. Auditoria realizada sob a forma de fiscalização de orientação centralizada (FOC) que teve por objetivo avaliar a conformidade do Programa Terra Legal, na Amazônia Legal. Relatório de consolidação. Relatora: Ana Arraes, 1º de abril de 2020c. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A727%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei 2.633, de 14 de maio de 2020*. 2020d. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2252589&fichaAmigavel=nao. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Medida Provisória n. 910, de 10 de dezembro de 2019. Altera a Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv910.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 set. 2017. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Medida Provisória n. 759, de 22 de dezembro de 2016. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.215*. Monitoramento. Arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle. Oportunidades de melhoria e deficiências de procedimentos (baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no Cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. [...]. Relator: Raimundo Carreiro, 20 de maio de 2015a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1215%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 627/2015*. Fiscalização de orientação centralizada. Programa Terra Legal. Irregularidades. Oportunidades de melhoria. Determinações. Monitoramento. Arquivamento. Relator: Weder de Oliveira, 25 de março de 2015b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A627%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.665*. Monitoramento. Arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle. Identificação de oportunidades de melhoria e deficiências de procedimentos (baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no Cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. [...]. Relator: Raimundo Carreiro, 25 de junho de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.

tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1665%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 482/2012*. Relatório de monitoramento. Arrecadação de multas administrativas aplicadas por órgãos e entidades federais. Baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no Cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. Risco de prescrição dos créditos. Redução da eficácia da ação de controle a cargo das entidades e órgãos analisados. [...]. Relator: Raimundo Carreiro, 7 de março de 2012. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A482%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jun. 2009. 2009a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11952.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Medida Provisória n. 458, de 10 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 fev. 2009. 2009b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Mpv/458.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Instrução Normativa 46, de 2008*. 2008a. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/in_46_2008.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Lei n. 11.763, de 1º de agosto de 2008. Dá nova redação ao § 2º-B do art. 17 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o inciso XXI do *caput* do art. 37 da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 ago. 2008. 2008b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11763.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Instrução Normativa 45, de 2008*. Fixa os procedimentos para legitimação de posses em áreas de até 100 (cem) hectares localizadas em terras públicas rurais da União. 2008c. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/instrucao-normativa. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Instrução Normativa 41, de 2007*. Estabelece critérios e procedimento administrativos referentes à alienação de terras públicas em áreas acima de 500 (quinhentos) hectares, limitadas a 15 (quinze) módulos fiscais, mediante concorrência pública. 2007. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/instrucao-normativa. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Instrução Normativa 31, de 2006*. Dispõe sobre as diretrizes e fixa os procedimentos para legitimação de posse em áreas de até cem hectares [...]. 2006a. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/instrucao-normativa. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Instrução Normativa 32, de 2006*. Dispõe sobre as diretrizes e fixa os procedimentos para regularização fundiária de posses em áreas de até quinhentos hectares [...]. 2006b. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/instrucao-normativa. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 nov. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Norma de Execução 29, de 2002*. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/norma-execucao. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Norma de Execução 08, de 2001*. 2001. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/norma-execucao. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 jul. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

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 maio 2024.

BRASIL. Lei n. 6.383, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 dez. 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6383.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Cadastro Ambiental Rural. *O que é o CAR?*, [*s.d.*a]. Disponível em: https://www.car.gov.br/#/sobre. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Sistema de Gestão Fundiária. *Apresentação*, [*s.d.*b]. Disponível em: https://sigef.incra.gov.br/sobre/apresentacao/. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRITO, Brenda. Nota Técnica sobre o impacto das novas regras de regularização fundiária na Amazônia. *Imazon*, 20 jul. 2017. Disponível em: https://imazon.org.br/publicacoes/nota-tecnica-sobre-o-impacto-das-novas-regras-de-regularizacao-fundiaria-na-amazonia/#:~:text=Nota%20T%C3%A9cnica%20sobre%20o%20impacto%20das%20novas%20regras%20de%20regulariza%C3%A7%C3%A3o%20fundi%C3%A1ria%20na%20Amaz%C3%B4nia,-Home%20%2F%20Publica%C3%A7%C3%B5es%20%2F%20Nota&text=A%20nova%20regra%20para%20regulariza%C3%A7%C3%A3o,a%2021%20bilh%C3%B5es%20de%20reais. Acesso em: 4 jul. 2023.

CASTRO, Edna Maria Ramos de. *Sociedade, territórios e conflitos*: BR-163 em questão. Belém: NAEA, 2008.

COSTA, Francisco de Assis. Da estrutura fundiária à dinâmica do desmatamento: a formação de um mercado de terras na Amazônia (1975-2017). *Nota de Política Econômica*, [*s.l.*], n. 19, 1º abr. 2022.

GUIMARÃES, Jarsen Luis Castro. *Motivações do crime segundo o criminoso*: condições econômicas, interação social e herança familiar. 2012. 183 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2012.

INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA (IPAM). *A grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira*. Brasília: MMA, 2006. (Série Estudos, 8).

MARTINS, Heron; RIBEIRO, Júlia; SOUZA JR., Carlos. *Evolução da pressão Jamanxim (2006 a 2017)*. Belém: Imazon, 2017.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Constituição e desigualdade: direito de propriedade e reforma agrária no Brasil. *Lua Nova*, São Paulo, v. 115, p. 191-224, 2022.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. BR-163 Cuiabá-Santarém: geopolítica, grilagem, violência e mundialização. *In*: TORRES, Maurício (org.). *Amazônia revelada*: os descaminhos ao longo da BR-163. Brasília: CNPq, 2005. p. 67-184.

TORRES, Maurício (org.). *Amazônia revelada*: os descaminhos ao longo da BR-163. Brasília: CNPq, 2005.

TORRES, Mauricio; DOBLAS, Juan; ALARCON, Daniela Fernandes. *Dono é quem desmata*. São Paulo: Urutu-branco; Altamira: Instituto Agronômico da Amazônia, 2017.

TRECCANI, Girolamo Domenico. *Violência e grilagem*: instrumentos de aquisição da propriedade da terra no Pará. Belém: UFPA-ITERPA, 2001.

Domingos Daniel Moutinho

Mestre em Ciências da Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências da Sociedade da Universidade Federal do Oeste do Pará (Ufopa). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp e pela Universidade Católica Dom Bosco. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Juiz Federal na Seção Judiciária do Pará. Professor universitário.

d.daniel.moutinho@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 14.12.2022
Aprovado: 24.01.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202420

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
DUAS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO *DESK REVIEW*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
DECISÃO EDITORIAL FINAL.

1 Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Gioja Institute Law School, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
https://orcid.org/0000-0001-7668-5235

Argentina: Between Animal Rights Recognition and Animal Farming Intensification

ARGENTINA: ENTRE EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PARA LOS ANIMALES Y LA INTENSIFICACIÓN DE LA GANADERÍA

ARGENTINA: ENTRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS E A INTENSIFICAÇÃO DA PECUÁRIA

Silvina Pezzetta[1]

Abstract
The intensification of animal farming is a growing trend worldwide that poses serious environmental and animal rights challenges. In Argentina, it gained public attention for the first time after the government agreed with China to install intensive pig farms in the country in 2020. Although the environmental danger raised the most important concerns among the public, the opposition also came from animal rights advocates. This paper will offer a theoretical analysis of intensive pig farming from animal ethics and animal welfare perspectives. The analysis will include how some of the most recent advances in Argentinean case law, recognizing legal personhood for some animals, could influence the path to animal farm intensification and its regulation. The work is divided into four sections. In the first, a brief discussion of the contributions of animal ethics will be presented. The second section will describe the main concepts involved in animal welfare science. In the third section, the article will describe the life and death of pigs on intensive farms. Finally, the last section will survey Argentinean animal rights case law and animal law, highlighting the contrast between the contradictory trends: animal legal personhood recognition versus animal farming intensification.

Keywords
Animal law; animal ethics; animal welfare; intensive animal farming.

Resumen
La intensificación de la cría de animales es una tendencia creciente en todo el mundo que plantea graves problemas medioambientales y de violación a los derechos de los animales. En Argentina, atrajo la atención pública por primera vez después de que el gobierno acordara con China la instalación de granjas intensivas de cría de cerdos en el país en 2020. Aunque el peligro medioambiental suscitó la mayor preocupación entre el público, la oposición también provino de los defensores de los derechos de los animales. Este artículo ofrecerá un análisis teórico de la cría intensiva de cerdos desde las perspectivas de la ética y el bienestar animal. El análisis incluirá además una revisión de cómo algunos de los avances más recientes de la jurisprudencia argentina, que reconocen la personalidad jurídica de algunos animales, podrían influir en el camino hacia la intensificación de la cría de animales y su regulación. El trabajo se divide en cuatro secciones. En la primera, se presentará una breve discusión de los aportes de la ética animal. En la segunda, se describirán los principales conceptos implicados en la ciencia del bienestar animal. En la tercera sección, el artículo mostrará la vida y la muerte de los cerdos en granjas intensivas. En la última, se hará un repaso de la jurisprudencia argentina en materia de derechos de los animales y se destacará el contraste entre las tendencias contradictorias: reconocimiento de la personalidad jurídica de los animales frente a intensificación de la cría de animales.

How to quote this paper
PEZZETTA, Silvina. Argentina: Between Animal Rights Recognition and Animal Farming Intensification. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2420, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202420

Palabras clave
Derecho animal; ética animal; bienestar animal; cría intensiva de animales.

Resumo
A intensificação da pecuária é uma tendência crescente em todo o mundo e apresenta sérios desafios ambientais e de direitos dos animais. Na Argentina, ela ganhou a atenção pública pela primeira vez depois que o governo concordou com a China em instalar fazendas intensivas de suínos no país em 2020. Embora o perigo ambiental tenha levantado as preocupações mais importantes entre o público, a oposição também veio dos defensores dos direitos dos animais. Este artigo oferecerá uma análise teórica da suinocultura intensiva a partir das perspectivas da ética e do bem-estar animal. A análise incluirá como alguns dos mais recentes avanços da jurisprudência argentina, reconhecendo a personalidade jurídica de alguns animais, poderiam influenciar o caminho para a intensificação da criação de animais e sua regulamentação. O trabalho está dividido em quatro seções. Na primeira, será apresentada uma breve discussão sobre as contribuições da ética animal. Na segunda, serão descritos os principais conceitos envolvidos na ciência do bem-estar animal. Na terceira seção, o artigo mostrará a vida e a morte dos porcos nas fazendas intensivas. A última seção apresentará um levantamento da jurisprudência argentina sobre os direitos dos animais e da lei de animais e destacará o contraste entre as tendências contraditórias: reconhecimento da personalidade jurídica dos animais versus *intensificação da criação de animais.*

Palavras-chave
Direito dos animais; ética animal; bem-estar animal; criação intensiva de animais.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

The industrialization of animal farming is an expanding phenomenon that emerged in the Global North (Fraser, 2008, p. 5) to increase profitability. In peripheral countries, it advances slowly, however, steadily. Argentina is no exception to this trend, represented by the well-consolidated use of feedlots and intensive chicken farming.[2] Still, animal farm industrialization entered the public agenda and the mass media for the first time due to an agreement between the Argentine and Chinese governments in 2020 to build mega-pig farms. Much of the complaints about mega-farms focused on the significant environmental and public health impact produced by intensive animal husbandry—yet, there were also opposition campaigns from animal advocates (Pezzetta, 2022, p. 13). A protective action (*amparo*) was filed in Chaco, one of the Argentinean provinces in which the first mega-farm is set to be installed, claiming the mega-farm violates the constitutional right to a healthy environment. The opposition to the violation of animal rights does not have the same legal support as the constitutional right to a healthy environment. Defending the rights of pigs is more difficult, since there is not an easily identifiable and sufficiently protective animal rights law. Animal welfare standards—legally consecrated or not—are usually invoked to invalidate animal rights defense, making mega-farms disapproval more challenging. On the other hand, key animal ethics concepts, such as sentience, are generally unknown topics among lawyers and judges. Consequently, there is a gap between animal ethics and the law. The gap is evident, for example, in the absence of a robust legal theory of animal rights (Pezzetta, 2018, p. 166; Stucki, 2020, p. 534). But it is also ostensible, in the Argentinean contradiction, between a case law that benefited some animals by recognizing them as legal subjects and the trend towards animal farming intensification.

This article intends to narrow the gap through two different steps. The first shows how intensive pig farming could be legally assessed considering animal ethics (AE hereinafter) and animal welfare science (AW hereinafter) contributions. The second is a survey of the Argentinean legal system's reaction to the many claims of animal rights advocates (Méndez, 2020, p. 46), which ended in a progressive case law and legislation, recognizing animals' legal personhood by mixing animal ethics and animal welfare concepts. This case law, which protects animal rights, on the one hand, contradicts the intensification trend most visible in the case of the Chinese mega-pig farms, but on the other hand has the potential to influence

1 The author thanks the Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) for funding the research that led to this paper.

2 In Argentina, pig farming is mainly carried out under extensive or semi-intensive conditions. In this regard, you can see Argentina (*s.d.*).

the ongoing legal regulation of intensive animal farming. Intensive animal farming, as it will be further explained, increases animal suffering and animal rights violations. However, case law rationales, mainly based on animal sentience, can be extended to farm animals and, particularly, to the increased intensification based on the non-regression principle used in the human rights field. Furthermore, as will be further discussed, AW regulation already recognizes animal consciousness and sentience, enabling the debate about what we owe to animals to be less controversial from an empirical perspective.

The structure of this work is composed of four sections. The first one will examine the central ideas of the founders of animal ethics, Peter Singer and Tom Regan. The bibliography on the different currents of animal ethics goes beyond the limits of this paper. However, the authors and concepts conveyed herein not only will be enough to understand the background of animal rights claims, generally unknown by lawyers, but will also inform their non-speciesist normative position. The second section will describe the fundamental aspects of animal welfare science that are partially translated into legal regulation. Animal welfare is often confused with ethical positions, and this misunderstanding will be examined to clarify such misconception. The third section will describe intensive pig farming practices, as they are primarily unfamiliar to legal audiences. Understanding what happens in intensive farms is vital to evaluate which would be the fairest legal regulation. Finally the fourth section will bring a discussion of how Argentinean case law and new animal statutes have increased the protection of animals by rejecting—totally or partially, explicitly or implicitly—speciesism. The article will argue that some of these advancements could influence the legal regulation of intensive animal farming, such as future regulation of pig-farms and future litigation, aiming at reducing the contradictions in the Argentinean legal system.

1. Animal Ethics and the Rejection of Speciesism

The question of what we owe to animals strongly re-emerged (Cochrane, 2010, p. 10) after the Australian philosopher Peter Singer published *Animal Liberation* (1975). Singer analyzed the situation of the so-called "farm animals", animal experimentation, and the impact and inefficiency of transforming animals into food. This book evolved into a classic on the subject and initiated a strong criticism of animal exploitation. Primarily written for the general public, Singer made no explicit use of utilitarianism and presented his ideas in an accessible way to those unfamiliar with the philosophy. The first chapter offers a more robust theoretical analysis. This chapter explains why the interests of animals must be equally considered when we deliberate actions that may affect them. To illustrate his position, Singer introduced the term "speciesism", coined by Richard Ryder, which accounts for unjustified discrimination. Singer pointed out that, when we deliberate whether to carry out an action that will impact others, only morally relevant features should be considered.

Intelligence, autonomy, moral agency or species have no moral relevance when establishing who would suffer from physical injuries or pain because they are unrelated to the capacity to suffer.

The moral reasoning proposed by Singer states that any animal, human or not, with subjective experiences of pleasure and pain has, at least, an interest in avoiding adverse experiences and enjoying pleasurable ones. This capability is called "sentience" and represents a prerequisite for deciding if we are facing someone—instead of something—who has interests that must be respected. Speciesism is a form of unjustified discrimination whereby species is used as a criterion that displaces morally relevant capacities, such as sentience, to decide whether it is correct to cause harm or deprive an individual of a benefit. For example, faced with our desire to spend a recreational afternoon observing wild animals, which corresponds to an easily replaceable pleasure and does not constitute a non-vital activity, we end up being willing to sacrifice the interest of wild animals in captivity in a zoo to enjoy a free life. In this case, it is easy to appreciate the moral irrelevance of the species: the morally relevant feature represents the capacity of an individual to suffer harm from captivity. The same situation occurs in the face of other forms of exploitation of non-human animals. Speciesism allows humans' interests, no matter how superficial they may be, to prevail over the most fundamental interests of animals—for example, gastronomic pleasure above the interest of continuing life.

Among the views supporting speciesism (Horta, 2010, p. 11), some include selecting one or several characteristics to draw a demarcation line between humans and animals. This demarcation line would justify speciesism, legitimize human privileges, and deny rights to other animals. The problem is that such characteristics must be exclusively present in humans to function as exclusion criteria. Otherwise, we should deprive humans of certain rights or moral consideration in cases when they do not hold such criteria and assign consideration or rights to animals that actually do so. For example, if we assume that language or reason are essential characteristics for respecting interests and recognizing rights, we will note that not all human beings, throughout their lives, can use language or reasoning. At this point, the dilemma of choosing between not considering these humans or incorporating animals capable of reason—or language—into our circle of moral consideration emerges. Alternatively, other feature that does not have such shortcomings can be chosen instead. As the latter has been proven impossible, characteristics that have nothing to do with the harmfulness or benefits of the action under deliberation must be rejected.

Tom Regan, an author who defends the rights of animals from a Kantian perspective, also rejected speciesism in his book: *The Case for Animal Rights* (2016), following in Singer's steps. Regan introduced the concept of "subject-of-a-life" as the foundation of his theory. For Regan, every individual capable of having desires, beliefs, memories, perceptions, intentions, self-awareness, and a sense of future is considered a "subject-of-a-life", who must be treated with equal respect because they have inherent value. Postulating that every subject-of-a-life

has intrinsic value is the best possible explanation for our intuition that any subject-of-a-life, regardless of species, deserves to be treated with equal respect.[3] Being the subject-of-a-life is a sufficient condition—although not necessary—to have some moral rights derived from the individual's inherent worth. Unlike Singer, Regan developed a theory that revolves around animal moral rights due to his philosophical standpoint.

The works of Singer and Regan inspired the incursion of an extensive bibliography on AE. Scholars who work on speciesism usually rely on different frameworks, such as neo-Aristotelianism, critical animal studies, contractualism and the ethics of care. In addition to AE, social sciences disciplines have analyzed the "animal turn" and produced works that explore the intersection between different forms of oppression (Adams, 2010, p. 64; Anzoátegui, 2019, p. 35; González, 2019, p. 3). More recently, AE underwent a "political turn" thanks to the contributions of Donaldson and Kymlicka (2011, p. 50), Smith (2012, p. 126), O'Sullivan (2011, p. 25) and other authors. They reflect on the anthropocentric limits of the political community and the incorporation of sentient animals into it. None of these perspectives support morally intensive animal farming. For instance, in Regan's view, pigs are sentient, complex social beings, subjects-of-a-life, and go through subjective experiences. They are interested in avoiding suffering and, allegedly, continuing to stay alive. Therefore, raising pigs by targeting their meat is morally impermissible. The same is true under Singer's theory. Both theories reject animal farming as long as we do not need to eat animals to live. In other words, that is the normative position I defend in this work.

In short, what we owe to animals is a normative matter. However, there is a need for reliable scientific information to answer certain normative questions, such as how they should be treated, whether they can be moral and legal rights holders or not, and which rights belong to which animals. After all, terms such as "sentience", "interest", "suffering", and "subjective experiences of pleasure and pain", among other critical concepts of AE, originated in disciplines such as biology and AW. In fact, AW consists of a relevant discipline to examine the issue of intensive pig farming. AW concepts have a more direct impact on the legislation of different countries than animal ethics do. For example, in Argentina, the National Service for Health and Quality of Agricultural and Animal Products (Senasa hereinafter)—under the purview of the National Ministry of Agriculture, Livestock and Fisheries—issues standards based on AW science. Therefore, the following section will refer to AW as a scientific discipline based on biology and veterinary medicine, which describes measure indicators.

3 One of the meanings of being treated with equal respect offered by the author is to not be used as a means or instrument.

2. Animal Welfare Science

AE's foundations are the identification and rejection of speciesism and the emphasis on sentience—or some similar concept, such as "subject-of-a-life"—as a morally valid benchmark. Based on these precepts, Singer and those who follow his ideas have examined how different human practices affect animals' interests or rights. However, a decade before Singer's *Animal Liberation*, Ruth Harrison published a book called *Animal Machines* (Harrison, 1964), which was also highly significant in igniting the discussion about what we owe to animals. Her work caused a stir in the UK due to its documentation of how farm animals were actually treated: like machines. This book prompted such outrage among the public that the British government decided to commission an investigation, led by Professor Francis Brambell, to examine the new industrial conditions of animal husbandry and to establish standards for AW.

The investigation committee produced the Brambell Report in 1965 (Brambell, 1965), which achieved international notoriety and is considered the origin of the scientific discipline currently known as AW. The Brambell Report made two relevant scientific contributions beyond the development of the *five freedoms*. As Mench (2020, p. 308) points out, although it is now apparent, the report asserted that animals have "innate behavioral urges" that have been "little, if at all, bred out in the process of domestication" and that animals do "have feelings". In fact, the report (Brambell, 1965, p. 9) refers to animal welfare as:

> A wide term that includes both the physical and mental well-being of the animal. Any attempt to evaluate welfare, therefore, must take into account the scientific evidence available concerning the feelings of animals that can be derived from their structure and functions and also from their behavior.

In the report, the sentience of domesticated animals not only is acknowledged in the definition mentioned above but also in describing that animals can feel fear, pain, frustration, exhaustion, and other emotions. For example, in point 26 of the Brambell Report (1965, p. 9), it is argued that: "our understanding of their feelings is not different in kind, but rather in degree, from that which we form of a fellow human being. Animals show unmistakable signs of suffering ranging from pain, exhaustion, fright, frustration". Likewise, in point 27, it is maintained that:

> There are sound anatomical and physiological grounds for accepting that domesticated mammals and birds experience the same kinds of sensations as we do: the structure of a mammal's nervous system is essentially similar to that of a man and the function of the ductless glands is known to be comparable (Brambell, 1965, p. 9).

Although the Brambell committee did not properly define "AW", it did propose that AW exists when an animal is in harmony with nature or with its environment (Brambell, 1965,

p. 126). This concept has been criticized because it cannot be measured. What can be actually measured is a scale on how much harmony there is concerning the environmental challenges that the animal faces. Then, the concept of AW gradually ranges from very poor to very good animal welfare conditions. The gradualness is measured in specific situations, such as transport or slaughterhouse conditions.

The report established the relevant "five freedoms" that legal regulations worldwide further considered as standards. For example, at the international level, the benchmark institution in animal health, the World Organization for Animal Health (OIE), develops its standards based on the five freedoms. According to the OIE, animals under human control must be: 1. Free from hunger and thirst; 2. Free from fear and anguish; 3. Free from physical and thermal discomfort; 4. Free from pain, injury, and disease; 5. Free to manifest their natural behavior (Animal Welfare, *s.d.*). Nevertheless, this way of measuring AW has proven to be insufficient. It is no longer used in scientific studies due to its ambiguity and lack of precision in measuring the status of animals. In fact, the OIE only refers to them superficially while developing its handbooks in greater detail.

Although AW is a scientific discipline, there is still no agreement on defining AW beyond a gradual and measurable state of affairs. We can then start with Broom's definition and research different AW schools. For Broom (1986, p. 524), "the well-being of an individual is his state concerning his attempts to deal with his environment". Broom later enriched his definition and explained that "coping with the environment" means having "mental control and physical stability" that involves more than a mere adaptation and is not limited to biological functioning. Attempts and strategies to deal with the environment include behaviors, as well as physiological and immunological responses. Feelings can be part of strategies and represent central aspect of measuring animals' welfare. Under poor AW conditions, for example, the individual who cannot deal with the environment will suffer physical or psychological damage that can even lead to death.

These variables, and their relevance in the concept of animal welfare, have given rise to different schools of AW. The first distinction occurs between AW schools that use objective or subjective theories of AW. For example, the former identifies a condition or series of conditions that objectively determine if the animal can deal with the environment in which it is found—it does not get sick—or perform typical behaviors of the species. Thus, if these conditions are met, AW is still positive even if the animal is experiencing negative affective states. For their part, subjective theories hold that AW depends on the absence of negative feelings and the existence of positive ones.

This diversity of focuses has led some authors to develop comprehensive theories that include the parameters of the schools mentioned above. However, discussions about which variable has more importance—biological functioning, affective states, or behavior—to measure AW are still in progress. In turn, the theoretical disagreement converts into a practical conflict. For instance, if pigs, in an intensive farm, cannot feed themselves but are not

actually ill, how can their welfare be evaluated? What about early weaning? Hundreds of studies have been conducted on the everyday practices of intensive farming to assess their impact on AW. Nevertheless, studies and their results vary according to the AW theoretical framework used. The research on AW is not intended to solve moral problems, even if AW science arose from a moral concern for animal suffering. For example, Broom (2011, p. 122) explains that AW and AE consist of distinct issues:

> Animal welfare is an expression that describes a potentially measurable quality of a living animal at a particular time and is, therefore, a scientific concept. Much of the discussion about animal welfare refers to what we humans do or should do about it. The scientific study of animal welfare must be separated from ethics, but there is no possible application of science without understanding the arguments of the different ethical positions.

The aforementioned does not imply that AW scientists do not assume moral positions—generally welfarist views (Eisen, 2018, p. 488). Welfarism is AW's most common ethical standpoint, perhaps the most widespread moral position, consistent with common sense. Welfarism asserts that it is incorrect to cause unnecessary suffering to non-human animals. However, welfarism consists of a speciesist position, as what is considered to be necessary or not is exclusively defined on "human interest" grounds. Moreover, the impact of the welfarist position on AW research questions has been pointed out by many authors (Donaldson; Kymlicka, 2016, p. 2; Haynes, 2011, p. 106) in relation the frequent justifications AW scientists make for animal exploitation.

The standards and concepts of AW are often used to delegitimize any criticism of an ethical nature under the alleged superiority of science to address the matter. Consequently, it is suggested that animal exploitation is a scientific problem instead of a moral issue. However, AW cannot answer questions about what we should do about this; it can only measure a state of affairs. As previously noted, there is no agreement regarding what should be actually measured. Science describes phenomena and, hopefully, provides causal explanations for them. This information is of great importance but cannot guide us on how to act in the face of moral conflicts about which science can only provide us with quality data and explanations. To "translate" these data into ethical and legal standards, we should remember the differences between AW and AE. In other words, we need to recognize that AW offers no answers to questions such as whether killing animals is acceptable and what kind of restrictions and damages are permissible to inflict on them. These answers will further affect legal regulations. However, before analyzing how much AW and AE concepts and contributions impact legal regulation and case law, it is vital to provide a complete description of "pig" life and death on intensive farms and its legal regulation. Otherwise, it would not be easy to assess the impacts mentioned above.

3. Birth, Life, and Death of Pigs on Intensive Factory Farms and Its Legal Regulation

Papers on animal rights or animal ethics usually omit a description of painful and harmful practices inflicted upon animals (Peters, 2019, p. 176). It may seem that such descriptions are unnecessary after 40 years of study on AW and AE. However, lawyers and judges know very little about these practices, and any legal analysis requires a detailed description of them. Otherwise, it would be impossible to understand the AE criticisms of animal agriculture or how animal rights are systematically violated on a large scale in intensive animal farming—contradicting the progressive case law and animal rights statutes that will be further analyzed. Lack of knowledge about practices also makes it difficult to understand the contributions and limits of the AW science, as well as how the law can and should address such issues. However, before describing the lives of farm animals, it is necessary to recall that both AE and AW assume that pigs are sentient. In other words, they presuppose that pigs are individuals with the capacity to have subjective experiences of pain and pleasure. AW science and AE understand that pigs respond sophisticatedly to environmental and physical *stimuli* and experience feelings such as fear, frustration or pleasure (Broom; Sena; Moynihan, 2009, p. 1038). As this paper defends a non-speciesist normative position, it is important to evidence that a pig's right to life, its integrity and freedom, end up being violated by animal farming, mainly when they are raised in intensive farms.

All AW handbooks or papers describe each species' biological traits and history to comprehend the reason why AW sciences and regulations focus on specific practices and conditions: they are particularly harmful because of their biological characteristics. Pigs are domesticated animals that have been selectively bred for 9,000 years. In this process, they have acquired certain physical and behavioral traits to benefit humans. Often, these traits can cause damage to the animal. Developments in genetics have further expanded the ability to manipulate pigs by allowing for the selection of some features that are not easily inherited or that may cause certain problems, such as a low percentage of dorsal fat (Baxter *et al.*, 2018, p. 33). The most notable effects of domestication in pigs and other species are docility and the ability to reproduce under suboptimal conditions. On the other hand, other traits inherited from wild ancestors could not be eliminated with domestication, such as being a social species, pre- and postpartum isolation behavior and searching or foraging activity.

As pigs are social beings, they must satisfy their need to live in groups just as their ancestors used to do. In other words, isolation, alteration of groups or overcrowding have negative consequences that turn into aggressiveness, behavioral stereotypes and stress conditions that impact the animals' health. As for pre- and postpartum behavior, the sows isolate themselves two days before farrowing in nests they build for this purpose. After giving birth, they spend two more weeks in isolation before returning to the group. Weaning takes place at three or four months after the phase in which piglets learn from their mother to look for food while they are still breastfed. All of this constitutes needs that are not met on industrial farms.

Lastly, foraging and exploratory activities comprise a large percentage of the day of a non-domesticated pig. Domesticated pigs also need to forage and explore. Such unmet needs generate significant physical and mental problems in environments devoid of *stimuli* and suitable substrate, such as is the case of an industrial farm.

The life of domesticated pigs begins with artificial insemination (Pedersen, 2018, p. 4). Artificial insemination is used to achieve greater efficiency in pregnancy rates, semen use and genetic selection. In intensive farming, it is usual to use a hormone to regulate estrus—the female's fertile period—and thus achieve greater efficiency. Artificial insemination occurs once a day during the two or three fertile days. During such days, females are confined in cages where they cannot turn around—they can only stand up and lie down. The cage has a slatted floor, an inappropriate substrate for this species due to the anatomy of its feet. After this period, they will spend the rest of their pregnant days in a gestation pen with other sows or in the same cage before being transferred to a farrowing pen. The farrowing pen is slightly larger and prevents the sows from moving and crushing their piglets, since they are separated by bars.

A farrowing pen is for human comfort and control over the sow but offers no advantage for the animal. As previously mentioned, sows move away from their social group to the farrow and choose an isolated place to birth. They walk many kilometers to find a suitable location and build their nest. They can neither display this behavior in the farrowing pen nor isolate themselves. Unable to satisfy these needs, the sows redirect their behavior towards the components of the farrowing pen, such as biting the bars, for example. Frustration of needs and lack of control cause stress. After giving birth, wild sows make nose-to-nose contact with their pups and inspect them before lying down again, something that is not possible in the farrowing pen. In the wild, sows remain in their nest for two weeks, leaving for periods ranging from 20 to 40 minutes to forage. In contrast, lactation occurs in the farrowing pen until the piglets are weaned between 21 and 28 days after birth. If the sow is still "useful"—because the cycle of up to eight farrowings has not yet ended or the sow has not shown any inappropriate behavior as a mother—she will be sent back to the insemination section. Otherwise, she will be sent to the slaughterhouse if she is not productive anymore.

As for the piglets, before being weaned, they are subjected to three practices that generate pain and suffering: the castration of the males, tail docking and teeth clipping of all of the newborns. Castration, as recommended by Senasa, must be performed within seven days of birth and is performed without anesthesia and subsequent analgesia (Argentina, 2015, p. 51). It can be done later, but it is more comfortable to handle in smaller animals. It has been demonstrated that it is one of the practices with the most significant impact on animal welfare. Castration prevents the animal from producing a hormone that would otherwise give the meat a flavor which Western consumers reject. In addition, castration lowers the males' aggressiveness and improves the conversion rate—the amount of food transformed into meat. Regarding tail docking, it is a practice that Senasa recommends as a last resort in cases

of cannibalism (Argentina, 2015, p. 51). Crowded pigs or those without cognitive *stimuli* develop aggressive behaviors and stereotypies. Among the aggressive behaviors, tail biting stands out. Tail biting harms productivity because bites can cause infections. So, as preventive practice, pigs' tails are docked. Lastly, a typical stereotyped behavior is nose belling, resulting from early weaning. Wild pigs stop suckling at three or four months while they learn to eat with their group. Instead, for productivity reasons, domesticated pigs are weaned early. This is a stressful event; one possible consequence is pigs snuggling into the stomachs of other pups to nurse. Nuzzling can cause injuries, so piglets' teeth are clipped a few days after birth.

Once weaned, the pigs are grouped by sex and weight until they reach 15 kilos for the rearing stage. Because they are social animals, they must establish a hierarchy, which implies aggression. If the environment is not appropriate, aggressiveness can reach worrying levels. This situation is aggravated because the social groups are modified again for "completion", which represents the last stage. Pigs are regrouped by weight and sex until they are sent to the slaughterhouse at five or six months old. The process of loading, transportation and unloading at the slaughterhouse is complex due to the stress and suffering these activities cause. The movement from a known to an unknown environment impacts the animals, especially if their interactions with humans have been previously negative. The human staff use prods, blows, or shouting to move the pigs toward the truck or get them off it, even though these practices are discouraged by the protocols.

Before transportation, pigs are made to fast to prevent vomiting and diminish intestinal spillage during evisceration, with the consequent risk of bacterial contamination. Fasting, which Senasa (2015, p. 81) regulates, must last a minimum of 12 hours and a maximum of 24 hours, resulting in another stressful factor that increases aggressiveness. When they arrive at the slaughterhouse, the animals are placed in a rest area to recover from the journey and drink water. Transportation is one of the most stressful and damaging moments in the life of an animal used for human consumption, leading to intensive concerns. For example, in the *Senasa Animal Welfare Handbook*, counting dead and injured animals upon arrival at the slaughterhouse is highly recommended to remedy problems.

After arriving at the slaughterhouse and going through the resting period, the animals are transferred to the slaughtering sector, which causes fear and stress. Like many other animals, pigs suffer from "emotional contagion" (Pérez-Manrique; Gomila, 2022, p. 2). They will try to escape if they hear the fearful vocalizations of the animals that entered before them. In Argentina, as in most Western countries, desensitization is mandatory. According to Resolution 46/2014, stunning or desensitization is a legally required step (Argentina, 2014). Clause 18 of the Resolution states that stunning consists of "a state of insensitivity and unconsciousness". This step aims to achieve the loss of consciousness of the animal and prevent it from feeling pain and fear when being killed. Different methods are used depending on the species. In the case of pigs, there are three methods approved by Senasa. They are stunning by carbon dioxide-induced anoxia (gas chamber), electronarcosis (electrocution)

and mechanical penetrating bolt stunning. The last one is of scarce use because the anatomy of the pig's head makes it difficult to effectively apply it. The most used method in the country is electronarcosis. To place the electrodes for electronarcosis, it is necessary to immobilize the animal. This always generates fear and suffering and the consequent restraining of the animal's escape movement. If the electricity is not correctly applied, the animal will reach the throat-cutting step while still conscious. Likewise, the loss of consciousness is only temporary—a few seconds—so if there are delays in the slaughtering process, the animal will recover its senses again. The slaughtering also requires expertise to be effective and cause death before it regains consciousness.

The problems presented in the final stage of the life of animals are numerous, from transportation and the damage it causes—injuries, stress—to the violence used in unloading, animal handling leading to desensitization and the frequent ineffectiveness of desensitization. For example, studies show (Gallo *et al.*, 2003, p. 160) how training and correct equipment maintenance decrease the recovery of consciousness from 4.5% to 0.5%. These numbers are applied to millions of animals; hence it is not a minor issue. In short, the life and death of pigs on intensive farms are affected by actions that cause pain, fear, frustration and deprivations, harming their physical and mental health. In other words, human interests guide these practices to make animal farming more efficient and productive.

The agreement with China involves the installation of intensive pig farms throughout Argentina. On these farms, all the practices described above will take place on a daily basis. AW science and AE contributions allow us to rethink the fairness of how we treat pigs on intensive farms—and, more generally, the raising of animals for food. Animal rights advocates base their opposition to animal exploitation on those foundations. For example, they criticize animal farming, especially when it is done under intensive methods, in addition to campaigning against this agreement without much success. The Argentinean animal rights movement has previously succeeded in other areas, especially in obtaining legal personhood court recognition for animals. How could this case law influence the intensification of animal farming trends and cases, such as mega-pig farms? What role could it have in the current AW legal regulation process? What about the influence of other progressive animal laws recently passed? In the following section, advancements will be explored and some answers to these questions will be proposed.

4. The Judicial Recognition of Legal Personhood for Animals in Argentina: Possible Impacts on the Legal Regulation of Intensive Animal Farming

In recent years, Argentina has passed laws and administrative regulations representing significant advances in recognizing some animal rights. In addition, recent animal rights rulings are encouraging. The most relevant, which also gained international recognition, is the orangutan Sandra case. Therefore, it is essential to start this last section by briefly analyzing the case

law, acts and regulations. Their significance is, above all, that they suppose a weakening of the speciesism of Argentinean law. These advancements are a contradicting force against the undergoing animal farming intensification trend, such as the Chinese agreement to install pig mega-farms. In addition, by analyzing the foundations of these acts, regulations and case law, it is possible to understand how the AE and AW concepts interact to produce inspiring legal results. The section will start with an analysis of the Sandra case and then briefly describe some relevant statutes and events that account for social and legal changes that have improved animal legal status and lives. Second, it will review the specific administrative regulation regarding pig exploitation and animal agriculture, considering the advances and the impact of AW concepts on these animals. Finally, there will be an analysis of how AE can help us revise the pitfalls of AW and the relevance that it could have in the legal field regarding the legal recognition of animal rights, even for farmed ones.

As previously mentioned, the Sandra case is the most notable ruling regarding animal rights so far. The case has come a long way in court, beginning with a writ of *habeas corpus*. It led to a discussion of the possible commission of the crime of animal cruelty (art. 3, sub. 7, Act No. 14,346 [Argentina, 1954]) and ended in an *amparo* proceeding (Argentina, 2015-2016). Sandra was declared a non-human legal person twice and finally released from her captivity in the former Buenos Aires Zoo. Two issues were discussed in Judge Liberatori's ruling. The first was related to whether Sandra had rights or not and, consequently, if she was considered a non-human legal person; the second was about what kind of treatment should be given to her. Regarding the first issue, the ruling was based on the decision by Chamber II of the Criminal Cassation Chamber in the case "Orangutan Sandra s/Recurso de Casación s/*Habeas Corpus*", ruled on December 18th, 2014. In that ruling, judges stated: "[…] based on a dynamic and non-static legal interpretation, it is necessary to recognize the animal as a subject of rights since non-human subjects (animals) are subjects of rights, so their protection is imposed in the corresponding field of competence" (Federal Chamber of Criminal Cassation, 2014).

Liberatori's ruling sustained that the Sandra case falls under article 2 of the 2014 Civil and Commercial Code, which prescribes: "The law must be interpreted taking into account its words, purposes, analogous laws, provisions that arise from treaties on human rights, legal principles, and values, in a manner consistent with the complete legal system" (Argentina, 2015-2016). Next, the ruling resourced to Act No. 14,346, which criminalizes mistreatment and cruelty against animals and expressly recognizes them as "victims". According to the decision, Act No. 14,346 puts into crisis the status of "things" that the Argentinean Civil Code refers to animals. Finally, judge Liberatori underlined that a right could not be abusively exercised under the Civil and Commercial Code provisions in Article 10. Given that, Sandra was declared a non-human legal person, and the ruling further discussed which rights she should have. The decision provided extensive reasoning, considering Sandra's characteristics as a sentient and wild animal. It first established that: "[…] it is necessary to recognize Sandra's rights

as part of the obligation to respect life and her dignity of sentient being, a novel categorization that has been introduced by the reform of January 2015 of the Civil Code in France and to which we will refer later" (Argentina, 2015-2016).

It is worth remarking that Judge Liberatori inferred a right to life and dignity from sentience. Regarding the case of Sandra, the right to life was not considered. Sandra was an animal which used to be exhibited in a zoo. Although this institution does not rule out killing their animals if, for example, it has more individuals of a species than it needs, this was not relevant to the case of Sandra. Unfortunately, the recognition of dignity in the ruling is only mentioned in passing. Perhaps, the judge considered that dignity is violated by being exhibited as a thing, although there are no subsequent specifications. Moreover, the ruling unravels which other rights and treatment should be assured to Sandra. It is recognized as her primary right not to be a victim of mistreatment and cruelty under the terms of Act No. 14,346. Concerning more specific rights derived from being born in captivity, the ruling relied on the *Amici curiae* filed by experts. In this sense, the contributions of experts in primatology, biology and AW played a central role.

Héctor Ferrari, biologist and AW expert, introduced the concept of "behavioral needs" into the *amparo* proceeding. Following Ferrari's contributions, Judge Liberatori pointed out that Sandra "has the right to enjoy the highest quality of life as possible in her particular and individual situation" (Argentina, 2015-2016). As we have seen before, the needs of animals and their frustration or satisfaction were the focus of the Brambell Report and the subsequent development of AW science. In this decision, it is possible to evidence that the contributions of AW science concerning the establishment of captive wild animals needs supported the measures to improve Sandra's enclosure and assure her the right of freedom according to her situation: the right to be free in a sanctuary. Undoubtedly, this ruling sets a fundamental precedent and will have promising future effects.

One year later, among the immediate effects of the Sandra case, Cecilia, a chimpanzee that lived in the Mendoza Zoo, was sent to a sanctuary thanks to a successful writ of *habeas corpus* (Third Court of Guarantees of Mendoza [Argentina], 2016). There are references to the Sandra case and environmental legislation in the decision regarding Cecilia. Cecilia's ruling oscillates between maintaining that all animals, or only great apes, should be recognized as non-human legal persons. Beyond a general argumentative weakness and mentioning contradicting acts, rulings and doctrinal positions, the decision elucidated that Cecilia's case puts common sense knowledge regarding who can be considered a person into crisis. This knowledge often permeates without translation to the law, however, Cecilia's case revealed how inappropriate it could be. The ruling stated that Cecilia is a non-human person and further discussed which rights should be assigned to her. Finally, the judge sustained that it is not up to the judiciary to develop a catalog of rights: "I insist, it is not a question of assigning the great apes the rights enumerated in Civil and Commercial Code. Nor is it the function of this control body to create a catalog of rights of the great apes. It is about framing them

in the category of non-human legal persons where they really belong" (Third Court of Guarantees of Mendoza [Argentina], 2016).

The Sandra and Cecilia rulings consistently relied on AW references. In fact, the rulings mentioned Sandra and Cecilia's AW status several times as an essential standard, which their lawyers also cited. However, such an appeal to the data provided by the experts in AW did not displace, as often happens in other discussions on the matter, the most AE aligned considerations. For this reason, in both rulings, concepts such as "sentience", "interests", "non-human legal personhood" and "dignity" coexist with "animal welfare", "environmental enrichment" and "needs". In short, as previously seen in the second section on AW, their measurement indicators represent more than mere data. AW standards, commonly used in normative discussions, such as those regarding who is a legal person, do not inevitably lead to welfarism.

In addition to these rulings, other promising legal advances for animals have occurred in recent years. The sanction of Criminal Act No. 27,330, for instance, banned dog racing in 2016 (Argentina, 2016). Act No. 27,330 resulted from a long campaign, led by different activist groups, that ended the practice of greyhound racing. Along the same lines, the anti-zoo movement, introduced around 2015, made the debate over the justice of this institution public. After years of activism, the Mendoza, Luján, and La Plata zoos were finally closed, and the Buenos Aires Zoo was reconverted into an eco-park. In addition, the enforcement of Criminal Act No. 14,346, from 1954, became more common. This Act, used as part of the foundations in the Sandra ruling, which criminalizes mistreatment and cruelty against animals and refers to animals as "victims", was generally unknown to legal operators. The work of animal advocates and lawyers has also achieved rulings recognizing animals as subjects of rights[4] or members of multi-species families in criminal trials under Act No. 14,346.[5] Finally, the agreement between the Argentinean and Chinese governments for installing pig mega-farms also generated a significant reaction from animal rights advocacy groups.[6]

4 In 2018, a sentence was passed in the case of the Gitana mare and her offspring. Gitana was a mare victim of mistreatment under Criminal Law No. 14,346 (Argentina, 1954). In the ruling, they were both recognized as subjects of rights. The judge denied the restitution to the defendant, who have claimed his right of "ownership" over the animals. Correctional Court 4 of San Isidro (Argentina), (2018), Case 4285-P (Argentina, 2018).

5 On a trial for acts of intimidation, violence, and threats against a woman committed by her ex-husband, which included the retention of two dogs that were part of the family, the magistrate established that the animals were part of the multi-species family and ordered the restitution. Judgment on the occasion "B., NA c/ P., RJ s/ Family Violence", File No. 10022/2021-1 (Argentina, 2021).

6 The agreement was signed during the COVID lockdown, so the opposition was mainly held online and in social media.

4.1. Administrative Regulation of Animal Farming: Legalization of Harm and Recognition of Animal Consciousness

Is it feasible to think that the previously mentioned advances may have implications in the case of intensive animal farms? The fact that rulings and regulations have recognized that certain animals—great apes and wild animals in zoos, dogs or horses—are subjects of rights goes against the pervasive idea that legal personhood and rights are not suitable for animals. However, these were cases with very different social impacts from that of pig mega-farms. For example, even if the zoos in the cases of Cecilia and Sandra represented legal institutions, Judges Mauricio and Liberatori sustained that society has changed and that the legislation responsible for authorizing the keeping of animals in captivity is no longer acceptable. Raising animals for consumption, however, enjoys social legitimacy and consists of an economic activity involving thousands of people in the country. Therefore, appealing to the "dynamic" interpretation of the law considering social advances would not be appropriate. There is no conflict between positive law and social evolution concerning animal farming, as there is for animals in zoos.

Changing social attitudes towards animal farming will take time; however, the legal system can contribute to this (Andreatta, 2017, p. 51). In this work, the idea that the law is not a mere reflection of the beliefs and values prevailing in a society is endorsed. Not only does the Law represent a set of norms, practices and social values, but also ideals and principles, such as equality, non-discrimination and justice, that guide legal interpretations (Dworkin, 1978, p. 150; Nino, 2003, p. 245).[7] Furthermore, in the case of animal rights, values, ideals and principles play a central role—especially speciesism. However, it could be postulated that the intensification of farming would go against the principle of no cruelty against animals, which has arisen from the many acts designed to criminalize such actions or regulate the amount of suffering in our legal system—e.g., Act No. 14,346 quoted above. It is possible to appeal to the idea of progressivity of human rights law in order to apply it to animal rights and legislation and to oppose the intensification in animal farming. In fact, the recognition of animal rights in the aforementioned case law and statutes is a new benchmark that should guide future legislation. Since intensification means imposing more suffering on a larger number of animals, it would represent a regression in animal rights recognition at its

7 It is beyond the scope of this paper to get into a discussion over the concept of the law. It is still a controversial topic in legal philosophy, but I assume here the aforementioned position. After the rise of inclusive positivism and critical legal studies, even if different in every respect, it is hard to deny that legal systems, moral values, and political ideologies are intertwined. Speculations about whether it is possible, necessary or desirable to define what law actually means, without resorting to values, will probably not set definitive resolutions, similarly to several other philosophical problems. However, for the purpose of this work, I hope that such clarifications and assumptions are enough.

more basic level: the unnecessary cruelty principle. Most importantly, farm animals are all sentient beings, and the case law, especially that of Sandra the orangutan, has recognized that rights are derived from such capability.

Interestingly, the current legal framework for animal agriculture that AW assumes, without questioning, is that farmed animals are sentient beings who can suffer. In contrast to the debates that preceded the rulings and the new legislation that closed zoos or banned dog racing, the Argentinean legal regulation of animal farming—based on AW science—recognizes animals' morally relevant capabilities, according to AE, and presents it on the foundations of progressive animal case law and revised acts. This regulation is mainly issued by Senasa and is constantly evolving. In this sense, in 2014, an AW Chapter was added, through Senasa Resolution No. 46 (Argentina, 2014), which regulates products, by-products and derivatives of animal origin (Decree No. 4,238/1968 [Argentina, 1968]). However, the chapter only refers to slaughtering. At point 32, the chapter defines animal welfare by collecting variables that respond to the schools of functioning and natural behavior, leaving aside affective states: "Animal Welfare is understood as the state in which animals' needs concerning the habitat are satisfied so as not to affect the physical and behavioral integrity of the animals. Therefore, adequate accommodation, responsible treatment, and humane sacrifice must be guaranteed".

The Senasa regulations regarding animal exploitation, in general, and slaughtering, in particular, affirm that animals feel pain, stress and frustration. It is particularly relevant to note that the regulation which requires stunning before killing recognizes that animals are conscious beings. In point 32.18 of Decree No. 4,238/68, it is determined that:

> Only slaughter methods that reach a state of insensitivity and unconsciousness as quickly as possible can be used, using equipment authorized by SENASA for that purpose, which must be subjected to a daily maintenance plan. Each establishment will have a stunning team prepared for the slaughtering, a second replacement auxiliary team to define incomplete stunning, and another portable stunner for those cases that require slaughtering in the emergency room or involve sick or injured animals, fallen in alleys, pens, or transport vehicles.

Therefore, these regulations authorize activities that impose large amounts of pain, stress and frustration on animals, while recognizing that they are sentient beings with multiple needs. These contradictions reflect the gap between scientific knowledge about pigs and how the legal system regulates their lives and deaths, as well as how distant such regulations are from the new case law which recognizes animal rights. For example, the contradiction between what pigs need and how they are treated can be seen in the guidelines established by the *Senasa Animal Welfare Handbook*. These guidelines and recommendations are provided for all stages of animal exploitation and are adjusted to each species' needs, implying the recognition of animals' capacities, urges and emotions. The handbook, which uses the five freedoms, in

addition to other standards, sustains that: "[...] animals—including those destined for food production—have a brain structure that allows them to feel fear and pain in a similar way to humans. This feature is one of the most important causes of stress, generating lower production levels and quality of the products" (Argentina, 2015, p. 5).

Likewise, the handbook includes variables of the three schools of AW: the functionalist, the one that focuses on affective states and, finally, the one that advocates respecting the animal's natural behavior. Thus, the handbook elaborates 12 AW criteria, including indicators of the three AW schools. These criteria contain recommendations such as: "Negative emotions such as fear, anguish, frustration or apathy should be avoided, and positive emotions such as security and satisfaction should be promoted" (Argentina, 2015, p. 4). Moreover, in the case of pigs, it is described that the species has a predisposition toward stress. It also underscores that pigs have specific needs for "limited and separated space for resting, eliminating their waste and avoiding permanent contact with them, or humidity to maintain the suitable temperature, in addition to the adequate substrate to express their natural rooting behavior, or nest building in the case of females" (Argentina, 2015, p. 50). Finally, there is an explanation of the importance of proper nutrition, environmental enrichment, and care in grouping individuals to avoid aggression and stereotypies. According to the description of the life and death of pigs in intensive farming, it is hard to believe that compliance with these recommendations can be met.[8]

Oddly, Senasa resolutions often mention Criminal Act No. 14,346, in which stress is a mandatory application in animal farming. Resolutions emphasize that the Act does not distinguish among animal species. Such an aspect differs from the case of many countries where anti-cruelty animal laws do not include farm animals—for example, the US. However, it is suggested that the *Senasa Animal Welfare Handbook* advises against cruel practices—such as beating animals, yelling at them, not providing enough food, water, shelter from climatic conditions or using dogs against them—which could fall under Criminal Act No. 14,346. It can be inferred, from all these recommendations, that those practices are usual. Along the same lines, the foundations of Senasa Resolution 25/2013, which regulates and limits the application of prodding, demonstrate that the acts of cruelty described in Criminal Act No. 14,346, article 3, subsection 7, those "causing unnecessary suffering", are frequently perpetrated (Argentina, 2013). For example, in article 3, the Resolution prohibits

8 While the paper concentrates on intensive animal farming, it should not be inferred that extensive or semi-extensive systems are necessarily better for animals. As Mench points out, there are strong debates regarding how good or bad animal welfare is in different systems. Not all standards are worse in intensive farming. However, from an ethical perspective, they are all condemnable (Mench, 2020). Also, for a detailed study of animal welfare on extensive systems see Delsart *et al*. (2020).

using prods on the "eyes, mouth, ears, anus, belly and genital region". Nevertheless, Criminal Act No. 14,346 has not yet led to any criminal cases against livestock handlers.

Both in the Resolution incorporating Clause XXXII of AW into Decree No. 4,238/1968 and in the *Senasa Animal Welfare Handbook*, the justifications emphasize the importance of establishing standards to guarantee acceptable AW levels using different motives. In Decree No. 4,238/1968, the following are mentioned:

> 1) regulatory reasons, "because it is the foundation of the multilateral trade system (WTO), national legislation must be harmonized with the international reference standards of the OIE, and in this way exports of products of animal origin become legitimized"; 2) commercial reasons, because "it is a basic condition demanded by consumers, mainly from developed countries"; 3) productive reasons, because good AW increases productivity; 4) ethical reasons, "the proper treatment of animals as living beings is an intrinsic value of the human race that must be respected individually and collectively".

It is possible to evidence that the exclusive mention of ethics does not include the rights of animals, their intrinsic value or their interests. According to the regulation, ethics encompasses a predictable human behavior derived from the benefits of animal exploitation, and, from that, appropriate behaviors are expected to safeguard moral values. In other words, the impact of AE on the specific regulation regarding animal exploitation is non-existent. However, the importance of this regulation lies in the recognition regarding animal consciousness, animals' capacity to suffer physically and psychically, and the detailed description of the needs of each species. This recognition was absent in the legal regulations applied to solve the Sandra and Cecilia proceedings. In those cases, the judges relied on the experts called to inform the courts about the same aspects Senasa and AW science recognize as facts. In summary, it will be up to the lawyers to interpret and evaluate our legal system in future litigation cases and legislation proposals. While doing so, it is well worth noticing its internal inconsistencies and the gap between the progressive case law and the treatment of animals in agriculture, prompting the recognition of animal rights for all sentient beings, including farmed animals.

Conclusions

Developing a robust animal law requires integrating knowledge from different areas: AE, AW, the current legal regulation and pioneering case law. This work presented a review of the critical concepts of AE and AW to evaluate the project for installing mega-farms for intensive pig farming in Argentina. In addition, it described the life and death reality of pigs raised on those farms to make the analysis more straightforward. Finally, the case was examined in light of advances in the case law, current regulations and legislative consecration of

rights for some animals. Contrary to what happened in the Sandra and Cecilia rulings, in which certain discussions about the animals' capacities to have positive and negative conscious experiences were evidenced, the same is not under discussion in the case of farm animals. As previously reviewed, the AW science and the national regulation, which gather contributions from this field, recognize that these animals experience conscious affective states. Therefore, future interpretations of the current regulations and future legislation on animal farming, especially regarding its intensification, should take into consideration the new rationales expressed in the case law.

In addition to the criticism of the legal regulation of intensive pig farming, founded on the repudiation of speciesism as a violation of the principle of equality, and as a contradiction of the newest legal perspective on animals as rights bearers, it is worth exploring a more practical objection to animal farming, particularly in the case of intensive systems. It is the apparent impossibility of controlling compliance with standards that should be applied to thousands of animals distributed in a territory as large as the Argentinean one. The practices involve a massive number of individuals and occur in private spaces. The victims cannot report by themselves, and the human beings involved have interests that prevent them from reporting—from not losing their jobs to maintaining their regular income. All these variables render it almost impossible to effectively control animal farming. On the other hand, the sanctions for non-compliance with the regulations analyzed range from fines to closure. Nevertheless, these sanctions are not aimed, like Criminal Act No. 14,346 or Criminal Act No. 27,330, at protecting the integrity of animals, but rather at human health. A study of compliance of these Acts has not been done yet; therefore, their impact cannot be evaluated. Finally, looking to other regions with much more regulation and national resources, it does not prove that such controls lead to compliance (O'Sullivan, 2011, p. 669), nor that they reduce or end painful practices such as tail docking.

In short, animal rights are increasingly recognized in current animal law, and there is still a long way to go. As in other historical cases of recognizing and expanding rights for excluded groups, the law will play an essential, but not exclusive role. Along these lines, going to court or seeking legal reforms must be goals that belong to a broader agenda. The law must include understanding the contributions of AE and AW science on legal regulation, their scope, and providing a best interpretation in favor of expanding animal rights. It is possible to learn from the long tradition of struggles for human rights in our country and region. Speciesism is the last legal barrier to overcome, to make it possible to build more just societies and seek inspiration from past experiences in the search for greater fairness. The legal field must take speciesism seriously as an unjustified form of discrimination. It will allow us to interpret the law to continue on the revised case law path that benefits animals. Still, in a country that promotes animal farming and its intensification, ending the exploitation of animals for the purposes of consumption will undoubtedly be one of the most significant challenges for the consecration of animal rights.

REFERENCES

ANIMAL WELFARE. *World Organisation for Animal Health*, [*s.d.*]. Available at: https://www.oie.int/en/what-we-do/animal-health-and-welfare/animal-welfare/. Accessed on: Feb. 3rd, 2024.

ADAMS, Carol J. *The Sexual Politics of Meat:* A Feminist-Vegetarian Critical Theory. London: Continuum, 2010.

ANDREATTA, María Marta. ¿Veganos en riesgo? Un análisis de los cuestionamientos habituales a la calidad nutricional de la alimentación vegana. *In*: NAVARRO, Alexandra; GONZÁLEZ, Anahí Gabriela (eds.). *Es tiempo de coexistir*: perspectivas, debates y otras provocaciones en torno a los animales no humanos. La Plata: Editorial Latinoamericana Especializada en Estudios Críticos Animales, 2017. p. 50-73.

ANZOÁTEGUI, Micaela. Desplazamientos de los discursos hegemónicos en la teoría feminista: el feminismo ecológico y animalista como nuevas perspectivas. *Nomadías*, Santiago, n. 27, p. 33-50, 2019. Available at: https://revistas.uchile.cl/index.php/NO/article/view/54360. Accessed on: Dec. 13th, 2022.

ARGENTINA. Family, Adolescence, and Childhood Court. *Resistencia*. B., N. A. v. P., R. J. on family violence, May 18th, 2021. Case No. 10022/2021-1.

ARGENTINA. *Juzgado Correccional No. 4, San Isidro*. Silva on Law 14,346, October 24th, 2018 (Animal Mistreatment Complaint under Law No. 14,346).

ARGENTINA. Law No. 27,330, of November 16th, 2016. Animal Protection: Mistreatment and Acts of Animal Cruelty – Penalties. *Official Gazette of the Argentine Republic*, No. 17.767.

ARGENTINA. *Court No. 4 Contentious Administrative Court of CABA, (2015), File A2174-2015/0,"AFADA and others v. GCBA on Amparo"*. Chamber of Criminal, Misdemeanor and Misdemeanor Appeals of CABA, Room III, (2016), File 18491-00-00/14, "Responsible for the Buenos Aires Zoo on Criminal Act No. 14.346", 2015-2016.

ARGENTINA. National Service of Agrifood Health and Quality (Senasa). *Handbook of Animal Welfare*: A Practical Approach to the Proper Management of Domestic Species During their Care, Production, Confinement, Transport, and Slaughter. Buenos Aires: Senasa, 2015.

ARGENTINA. Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria. Resolution No. 46/2014, of January 30th, 2014. Ministry of Agriculture, Livestock and Fisheries. Regulation for the Inspection of Products, By-Products, and Derivatives of Animal Origin – Incorporation. *Official Gazette*, No. 32.820, Feb. 4, 2014.

ARGENTINA. National Service of Agrifood Health and Quality (Senasa). Resolution No. 25/2013, of December 10th, 2013. Ministry of Agriculture, Livestock and Fisheries. Amendment of Resolution No. 780/79. *Official Gazette*, No. 32,787, December 17th, 2013.

ARGENTINA. Decree No. 4,238, of July 19th, 1968. National Executive Power (P.E.N.). Animal Health: Regulation for the Inspection of Products, By-Products, and Derivatives of Animal Origin. *National Gazette*, August 26th, 1968.

ARGENTINA. Act No. 14,346, September 2nd, 1954. National Parliament. *National Gazzette*, No. 17.767, November 5th, 1954.

ARGENTINA. Ministerio de Agroindustria; Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA). *Manual de porcinos*. Buenos Aires: Ministerio de Agroindustria, Inta, [*s.d.*]. Available at: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual_de_produccion_porcina_3er_ano.pdf. Accessed on: Feb. 3rd, 2024.

BAXTER, Emma *et al*. Sow Welfare in the Farrowing Crate and Alternatives. *In*: ŠPINKA, Marek (ed.). *Advances in Pig Welfare*. Cambridge: Woodhead Publishing, 2018. p. 27-72.

BRAMBELL, Francis William Rogers. *Report of the Technical Committee to Enquire into the Welfare of Animals Kept Under Intensive Livestock Husbandry Systems*. London: [*s.n.*], 1965. Available at: https://edepot.wur.nl/134379. Accessed on: Aug. 10th, 2022.

BROOM, Donald M. A History of Animal Welfare Science. *Acta Biotheoretica*, [*s.l.*], v. 59, p. 121-137, 2011. Available at: https://doi.org/10.1007/s10441-011-9123-3. Accessed on: Oct. 15th, 2022.

BROOM, Donald M. Indicators of Poor Welfare. *British Veterinary Journal*, [*s.l.*], v. 142, n. 6, p. 524-526, Nov./Dec. 1986.

BROOM, Donald M.; SENA, Hilana; MOYNIHAN, Kiera. Pigs Learn What a Mirror Image Represents and Use it to Obtain Information. *Animal Behavior*, [*s.l.*], v. 78, n. 5, p. 1037-1041, Nov. 2009. Available at: https://doi.org/10.1016/j.anbehav.2009.07.027. Accessed on: Feb. 3rd, 2024.

COCHRANE, Alasdair. *An Introduction to Animals and Political Theory*. Hampshire: Palgrave MacMillan, 2010.

DELSART, Maxine *et al*. Pig Farming in Alternative Systems: Strengths and Challenges in Terms of Animal Welfare, Biosecurity, Animal Health and Pork Safety. *Agriculture*, [*s.l.*], v. 10, n. 7, 2020. Available at: https://doi.org/10.3390/agriculture10070261. Accessed on: Mar. 2nd, 2022.

DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. Linking Animal Ethics and Animal Welfare Science. *Animal Sentience: An Interdisciplinary Journal on Animal Feeling*, [*s.l.*], v. 1, n. 5, p. 470-546, 2016.

DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. *Zoopolis*: A Political Theory for Animal Rights. New York: Oxford University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EISEN, Jessica. Beyond Rights and Welfare: Democracy, Dialogue and the Animal Welfare Act. *University of Michigan Journal of Law Reform*, Ann Arbor, v. 51, n. 3, p. 469-547, 2018.

FEDERAL CHAMBER OF CRIMINAL CASSATION (Argentina). Room II, Ledesma, David, and Slokar, No. CCC68831/2014/CFC1, "Orangutan Sandra s/Recurso de Casación s/*Habeas Corpus*", 2014.

FRASER, David. *Understanding Animal Welfare: The Science in Its Cultural Context*. Vancouver: Wiley-Blackwell, 2008.

GALLO, Carmen *et al*. Mejoras en la insensibilización de bovinos con pistola neumática de proyectil retenido tras cambios de equipamiento y capacitación del personal. *Archivos de Medicina Veterinaria*, Valdivia, v. 35, n. 2, p. 159-170, Dec. 2003.

GONZÁLEZ, Anahí Gabriela. Animales inapropiados/bles. Notas sobre las relaciones entre transfeminismos y antiespecismos. *Revista Cuestión*, v. 1, n. 64, p. 1-12, Oct./Dec. 2019. Available at: https://doi.org/10.24215/16696581e236. Accessed on: Apr. 6th, 2022.

HARRISON, Ruth. *Animal Machines*. London: Vincent Stuart Publishers Ltd., 1964.

HAYNES, Richard P. Competing Conceptions of Animal Welfare and Their Ethical Implications for the Treatment of Non-Human Animals. *Acta Biotheoretica*, [*s.l.*], v. 59, n. 2, p. 105-120, Jun. 2011.

HORTA, Oscar. What is Speciesism? *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, [*s.l.*], v. 23, p. 243-266, 2010. Available at: https://link.springer.com/article/10.1007/s10806-009-9205-2. Accessed on: March 15th, 2021.

MENCH, Joy. Animal Welfare: Is Intensification the Problem? *In*: FISHER, Bob (ed.). *The Routledge Handbook of Animal Ethics*. New York: Routledge Publisher, 2020.

MÉNDEZ, Anahí. América Latina: movimiento animalista y luchas contra el especismo. *Revista Nuso,* n. 288, p. 45-57. Jul./Aug. 2020. Available at: https://nuso.org/articulo/america-latina-movimiento-animalista-y-luchas-contra-el-especismo/. Accessed on: May 31st, 2021.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2nd. ed. extended and revised. Buenos Aires: Astrea, 2003. (Colección Mayor Filosofía y Derecho, v. 5).

O'SULLIVAN, Siobhan. *Animals, Equality and Democracy*. London: Palgrave Macmillan, 2011.

PEDERSEN, Lene Juul. Overview of Commercial Pig Production Systems and their Main Welfare Challenges. *In*: ŠPINKA, Marek (ed.). *Advances in Pig Welfare*. Cambridge: Woodhead Publishing, 2018. p. 4-25.

PÉREZ-MANRIQUE, Ana; GOMILA, Antoni. Emotional Contagion in Nonhuman Animals: A Review. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science,* v. 13, e1560, 2022. Available at: https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdfdirect/10.1002/wcs.1560. Accessed on: Dec. 2nd, 2022.

PETERS, Anne. Between Trade and Torture: Animals in EU Law. *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, [*s.l.*], v. 22, n. 2, p. 173-196, 2019. Available at: https://doi.org/10.5771/1435-439X-2019-2-173. Accessed on: Feb. 3rd, 2024.

PEZZETTA, Silvina. The Path Towards CAFO in Argentina: The 2020 Argentina-China Agreement and the Absence of animal Welfare Considerations in the Intensification of Animal Agriculture. *Guidance Memo Prepared for Tiny Beam Foundation*, [*s.l.*], 2022, p. 1-29. Available at: https://www.issuelab.org/resources/40821/40821.pdf. Accessed on: Sep. 2nd, 2022.

PEZZETTA, Silvina. Una teoría del derecho para los animales no humanos. Aportes para la perspectiva interna del derecho. *Revista Bioética y Derecho* [online], Barcelona, n. 44, p. 163-177, 2018.

REGAN, Tom. *En defensa de los derechos de los animales*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2016.

SINGER, Peter. *Animal Liberation*: A New Ethics for Our Treatment of Animals. New York: Random House, 1975.

SMITH, Kimberly. *Governing Animals*: Animal Welfare in the Liberal State. New York: Oxford University Press, 2012.

STUCKI, Saskia. Towards a Theory of Legal Animal Rights: Simple and Fundamental Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 40, n. 3, p. 533-560, Jun. 2020. Available at: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7714088/. Accessed on: Aug. 16th, 2021.

THIRD COURT OF GUARANTEES OF MENDOZA (ARGENTINA). *File P-72.254/15*. "Presentation Made by AFADA Regarding the Chimpanzee 'Cecilia' – Non-Human Subject", 2016.

Silvina Pezzetta

Ph.D. in Law at Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Visiting Fellow Brooks McCormick Jr Animal Law & Policy Program, Harvard Law School. Visiting Fellow Max Planck Institute, Heidelberg, Germany. Tiny Beam Fellow. Senior Researcher at Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Argentina.

silvinapezzetta@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 22.09.2022
Aprovado: 01.03.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202422

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
TRÊS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO *DESK REVIEW*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
DUAS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO A DECISÃO FINAL.

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-3193-5621

2 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-7641-9738

Racismo creditício no Brasil e nos EUA: risco discriminatório no acesso a crédito

CREDIT RACISM IN BRAZIL AND THE USA: DISCRIMINATORY RISK IN ACCESS TO CREDIT

RACISMO CREDITICIO EN BRASIL Y ESTADOS UNIDOS: RIESGO DISCRIMINATORIO EN EL ACCESO AL CRÉDITO

Thiago Amparo[1] e *Viviane Muller Prado*[2]

Resumo
O acesso ao crédito tem funções econômicas e sociais relevantes diante das desigualdades brasileiras. Apesar do papel vital, a regulação jurídica no Brasil sobre discriminação no acesso ao crédito é esparsa em diversos diplomas jurídicos nas áreas de direito do consumidor, regulação financeira, direito internacional e legislações antidiscriminatórias. Considerando esse caráter fragmentado, o presente artigo, descritivamente, apresenta um mapeamento das normas que proíbem a discriminação no acesso ao crédito no Brasil e, analiticamente, avalia os riscos de discriminação associados ao uso de dados para concessão de crédito. Para isso, utilizam-se a literatura e a regulação dos Estados Unidos da América (EUA) como base comparativa, por existir nesse país legislação, práticas institucionais e mobilização social a respeito do tema há pelo menos meio século. A pesquisa sugere a possibilidade de discriminações direta e indireta contra pessoas negras nas decisões de concessão de crédito, incluindo o uso de algoritmos. A principal contribuição deste artigo é a apresentação de uma classificação dos dados em três categorias de risco de discriminação racial: risco baixo (dados de utilização a princípio aceitáveis), risco alto (dados a princípio inaceitáveis para avaliação do crédito) e risco incerto (dados que se enquadram em uma zona cinzenta).

Palavras-chave
Discriminação racial; acesso a crédito; igualdade; regulação financeira; direito antidiscriminatório.

Abstract
Access to credit plays significant economic and social roles in addressing Brazilian inequalities. Despite its vital importance, legal regulation in Brazil regarding discrimination in credit access is sparse across various legal statutes, in areas such as consumer law, financial regulation, international law, and anti-discrimination legislation. Considering this fragmented nature, this paper, descriptively, maps the norms prohibiting discrimination in credit access in Brazil and, analytically, presents an assessment of discriminatory risk in the use of data for credit allocation. It employs literature and regulation from the United States of America (USA) for comparison, given that, in this country, there has been legislation, institutional practice, and social mobilization on the topic for at least half a century. The research suggests the possibility of direct and indirect discrimination against Black individuals in credit granting decisions, including through the use of algorithms. The main contribution of this paper lies in presenting a classification of data into three categories of racial discrimination risk: low risk (data initially acceptable for use), high risk (data initially unacceptable for credit evaluation), and uncertain risk (data that fall into a gray area).

Contribuição de autoria

Thiago Amparo:
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; project administration; resources; software; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Viviane Muller Prado:
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; project administration; resources; software; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
AMPARO, Thiago; PRADO, Viviane Muller. Racismo creditício no Brasil e nos EUA: risco discriminatório no acesso a crédito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2422, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202422

Keywords
Racial discrimination; access to credit; equality; financial regulation; anti-discrimination law.

Resumen
El acceso al crédito desempeña funciones económicas y sociales significativas en el abordaje de las desigualdades en Brasil. A pesar de su importancia vital, la regulación jurídica en Brasil respecto a la discriminación en el acceso al crédito es dispersa en diversos estatutos legales, en áreas como derecho del consumidor, regulación financiera, derecho internacional y legislaciones antidiscriminatorias. Teniendo en cuenta esta naturaleza fragmentada, el presente artículo, de manera descriptiva, mapea las normas que prohíben la discriminación en el acceso al crédito en Brasil y, de manera analítica, presenta una evaluación del riesgo discriminatorio en el uso de datos para la asignación de crédito. Son utilizadas la literatura y la regulación de Estados Unidos de América (EE. UU.) como comparativo, dado que, en ese país, ha habido legislación, práctica institucional y movilización social respecto al tema durante al menos medio siglo. La investigación sugiere riesgos de discriminación directa e indirecta contra personas negras en las decisiones de concesión de crédito, incluyendo a través del uso de algoritmos. La principal contribución de este artículo radica en la presentación de una clasificación de los datos en tres categorías de riesgo de discriminación racial: riesgo bajo (datos inicialmente aceptables para su uso), riesgo alto (datos inicialmente inaceptables para la evaluación del crédito) y riesgo incierto (datos que caen en una zona gris).

Palabras clave
Discriminación racial; acceso al crédito; igualdad; regulación financiera; derecho antidiscriminatorio.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

O que há em comum nos seguintes fatos? Um estudante universitário consegue acesso a um cartão de crédito e a um limite maior em sua conta-corrente após mudar seu endereço para um local mais próximo da região central de São Paulo (Matsue, 2022); a avaliação por algoritmo pode resultar em uma chance 20 vezes menor de acesso ao crédito para mulheres em comparação aos homens (Adage, 2019; Marshall, 2021); um cliente obteve custo mais elevado de crédito na renegociação de financiamento imobiliário após informar ser negro (Olick, 2020); de maneira geral, as condições de acesso ao crédito (Rothacker; Ingram, 2012; CFPB [...], 2014), incluindo financiamentos imobiliários (Redlining, 2016) e de automóveis (Ficklin, 2016a; 2016b), são menos favoráveis e mais difíceis para negros e outros grupos historicamente discriminados. A semelhança entre esses relatos sugere a existência de discriminação racial no sistema financeiro, visto que as barreiras no acesso a produtos bancários não parecem resultar de uma análise de dados essenciais na avaliação do risco de crédito, mas sim de características pessoais dos clientes ou interessados envolvidos.

Para efeitos de clareza conceitual, é necessário diferenciar racismo e discriminação racial. Racismo, de acordo com Almeida (2019), é um sistema de desigualdade racial estrutural repetida, normalizada e impregnada em regras culturais, jurídicas, econômicas e sociais e fincada em ideologia de superioridade racial, enquanto discriminação racial é o ato específico de diferenciação e hierarquização com base, direta ou indiretamente, em critérios de raça/cor. A legislação já endossa esses termos. O Decreto n. 10.932, de 10 de janeiro de 2022, que promulgou no país a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, define *discriminação racial* como "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência" com base em "raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica" (art. 1º) (Brasil, 2022), ao passo que conceitua racismo como um sistema ideológico fundado na superioridade e que gera desigualdades raciais. A discriminação racial estrutural no acesso ao crédito, que inclui a repetição de práticas excludentes e a omissão no enfrentamento do risco discriminatório, é o que se denomina aqui de *racismo creditício*.

O acesso ao crédito tem funções econômicas e sociais relevantes, especialmente como uma ferramenta para redução de desigualdades da sociedade brasileira. A inclusão financeira[2] (Sarma; Pais, 2011; Paixão, 2017) possibilita a integração efetiva do indivíduo no sistema econômico como um todo. A ampliação do acesso ao financiamento impacta o acesso a

1 Este artigo é resultado de uma consultoria remunerada. Essa consultoria não interferiu de maneira alguma na substância do artigo.

2 Por inclusão financeira, considera-se o acesso e o uso dos serviços e produtos financeiros oferecidos pelo sistema formal.

produtos e serviços,[3] e aumenta a participação no mercado de consumo (Lopes, 1996; Marques, 2012). Há um potencial círculo virtuoso na democratização do crédito, como evidenciado pela política do Banco Central do Brasil (Bacen), que empreende "um conjunto de esforços a fim de mensurar e estimular a inclusão financeira no país" (Corrales, 2020, p. 20), inclusive por meio dos microcréditos (Banco Central, 2021).

A importância da inclusão financeira e o potencial círculo virtuoso da ampliação do crédito, no entanto, não eliminam a necessidade dos modelos de análise de risco na atividade bancária. A decisão sobre a concessão de crédito está no âmbito da discricionariedade das instituições financeiras e depende do seu modelo de negócio e da respectiva matriz de análise de risco. No segmento de clientes de varejo, é cada vez mais frequente que a decisão de concessão de crédito seja em grande parte baseada em análises e avaliações automatizadas de dados, por meio de métodos estatísticos para buscar simplificação, rapidez e maior eficiência decisória. É no tratamento desses dados que pode estar a origem de eventuais discriminações no acesso ao crédito ou a produtos e serviços financeiros.

Na literatura nacional que tangencia o tema deste artigo, há estudos que revelam a discriminação no acesso ao crédito (Paixão, 2017), que analisam e avaliam o impacto de iniciativas regulatórias no sistema financeiro para ampliar o acesso ao crédito (Kumar, 2004), e que examinam a dinâmica e as consequências de decisões autonomizadas na concessão de crédito e no tratamento de dados (Rebelo; Analide; Abreu, 2020), em especial, o risco de discriminação por meio de algoritmos (Mendes; Mattiuzzo, 2019; Pereira, 2018; Schippers, 2018). O debate no Brasil, no entanto, carece de uma análise abrangente dos riscos de discriminação no acesso ao crédito, que não se limite à discriminação algorítmica ou à importância do crédito para a economia. Apesar da crescente relevância do tema na literatura nacional, o país ainda precisa de uma abordagem, a partir do Direito, que organize as diferentes normas jurídicas brasileiras – esparsas em searas tão distintas quanto a proteção de dados, o direito do consumidor, a regulação financeira, o direito internacional e o direito antidiscriminatório. É justamente essa abordagem organizadora dos termos do debate que o presente artigo propõe, a fim de lidar atualmente no Brasil com o caráter fragmentado da regulação jurídica sobre acesso ao crédito e discriminação.

Para isso, analisamos, comparativamente, as principais lições e os avanços regulatórios da experiência dos Estados Unidos da América (EUA). Comparar o caso brasileiro ao dos EUA se justifica por algumas razões. Embora haja diferenças na estrutura de acesso ao crédito entre os dois países, há justificativas jurídico-regulatórias suficientes para essa comparação.

3 Não se ignoram os problemas que o acesso excessivo ao crédito, sem critérios para avaliação de capacidade financeira, pode gerar. O superendividamento, disciplinado na Lei n. 14.181/2021 (Lei do Crédito Responsável [Brasil, 2021a]), no entanto, não é objeto deste texto.

Primeiro, os EUA têm uma longeva legislação sobre o tema – *Equal Credit Opportunity Act* (EUA, 1974) –, o que permitiu um acúmulo de debates sobre o tema de meio século. Segundo, nos EUA há uma agência independente – *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), desde 2011 – que emite diretrizes sobre acesso ao crédito e recebe denúncias relacionadas a crédito e discriminação, objeto deste artigo. Terceiro, do ponto de vista de mobilização social e direito, os EUA têm sido historicamente palco de reivindicações por grupos de direitos civis acerca do acesso ao crédito para comunidades não brancas, inclusive com a criação de instituições bancárias lideradas por pessoas negras (Broady; McComas; Ouazad, 2021).

Este artigo tem dois objetivos principais. O primeiro é descritivo: detalhar, a partir do regime jurídico aplicável, os fundamentos para a proibição de discriminação no acesso ao crédito. No Brasil, não há uma única legislação que concentre as principais normas sobre discriminação e acesso ao crédito. Uma das tentativas legislativas nesse sentido, ainda em tramitação, é o Projeto de Lei n. 4.529, de autoria do senador Fabiano Contarato, do Partido dos Trabalhadores do Espírito Santo (PT/ES), que tem como objetivo dispor sobre "a obrigação de motivação acerca das razões que fundamentam a recusa de crédito e combater a discriminação racial nas relações de consumo" (Brasil, 2021b).

Metodologicamente, são mapeadas as regras jurídicas aplicáveis no Brasil para suprir o caráter fragmentado da regulação atual, incluindo referências a legislações como a Lei do Cadastro Positivo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), entre outras descritas a seguir.

O segundo objetivo do estudo é analítico: propor, de forma inovadora, uma classificação dos dados utilizados no processo decisório de concessão de crédito e suas condições, visando mitigar os riscos de discriminação. A partir da identificação de possíveis discriminações diretas e indiretas, os autores sugerem a classificação dos dados em três categorias de risco de discriminação: risco baixo (dados de utilização a princípio aceitáveis), risco alto (dados a princípio inaceitáveis para a análise) e risco incerto (dados que se enquadram em uma zona cinzenta, exigindo maior sensibilidade nas análises como medida de precaução).

As limitações deste texto também são claras e podem ser tratadas em estudos futuros. Primeiro, são apontados os limites legais no tratamento de dados para a tomada de decisão na concessão de crédito e seu potencial de discriminação racial direta ou indireta. Não é o foco discutir modelos mais eficientes ou adequados para lidar com o risco do crédito. Em segundo lugar, apesar da tendência ainda incipiente de concessão de crédito a grupos específicos – como a iniciativa de cartão de crédito liderada pelo Movimento Black Money em 2021 (França, 2021) –, este artigo não abordará créditos específicos, mas sim como os dados considerados na concessão de crédito não setorizado para grupos específicos podem reproduzir práticas discriminatórias de natureza racial.

Na primeira seção, investiga-se a possibilidade de discriminação racial no acesso ao crédito por meio de práticas corporativas. Na segunda seção, apresentam-se os tipos de discriminação direta e indireta, além de uma proposta de classificação de dados que pode ser utilizada

no processo decisório para a concessão de crédito. Em seguida, na seção 3, destacam-se os riscos de discriminação no uso de dados. Por fim, apresenta-se a conclusão.

1. Discriminação na análise de risco de crédito

A importância da inclusão financeira e o potencial círculo virtuoso da ampliação da concessão do crédito não afastam a necessidade de modelos de análise de risco na atividade bancária. Esses modelos devem considerar tanto a relevância do crédito para a solidez do sistema financeiro quanto o risco de exclusão de indivíduos com menor potencial econômico. A decisão sobre concessão de crédito está sujeita à discricionariedade das instituições financeiras, e o Direito atua como um mecanismo para garantir que essa discricionariedade seja exercida dentro de uma matriz de análise de risco financeiro, evitando riscos sistêmicos no mercado bancário (Fabiani, 2017). Este artigo investiga como os ditames legais de antidiscriminação podem ou, normativamente, deveriam influenciar a avaliação do risco de crédito.

Cabe ao regulador bancário verificar os riscos sob o ponto de vista sistêmico, por meio de metodologia própria para assegurar a robustez do sistema financeiro, seguindo os critérios estabelecidos pelo Comitê da Basileia (Banco Central, [*s.d.*a]). A agenda prioritária do Bacen está focada em mitigar o risco sistêmico e garantir a estabilidade e a higidez do sistema financeiro nacional. Embora a proteção do cliente bancário ou a avaliação do quão inclusivo o sistema pode ser não sejam necessariamente as principais preocupações do regulador bancário, o tema da inclusão financeira ou cidadania financeira tem ganhado destaque na agenda do Bacen (Banco Central, 2021).

É importante ressaltar que a decisão de concessão de crédito frequentemente envolve análise e avaliação automatizada de dados, utilizando métodos estatísticos para alcançar simplificação, rapidez e maior eficiência decisória. Contudo, a percepção de neutralidade e imparcialidade das decisões algorítmicas, baseadas em *big data*, tem sido amplamente questionada (Corrales, 2020). Citron e Pasquale (2014) destacam que as oportunidades individuais (como acesso a crédito, emprego, educação ou consumo) dependem cada vez mais de decisões baseadas em avaliações mecânicas de dados – os chamados *scores*.[4] Os autores concluem

4 O *score* de crédito utiliza estatística e modelos matemáticos para avaliar o risco na concessão de crédito a um indivíduo. Esses modelos para a avaliação do risco de crédito (o risco de o tomador do crédito cumprir ou inadimplir sua obrigação de pagar) são desenvolvidos para lidar com um grande número de clientes, proporcionando rapidez na decisão e utilizando critérios predefinidos para avaliar as informações. As técnicas estatísticas possibilitam a atribuição de pontuações a variáveis específicas, com base em análises anteriores sobre sua relevância para determinar a probabilidade de adimplência nas relações creditícias. Ao final do processo, o cliente recebe uma nota (*score*) gerada a partir de seus próprios dados, que indica a probabilidade de cumprimento ou não das obrigações financeiras (Langenbucher, 2020).

que, apesar de os sistemas de *score* criarem uma impressão de precisão e confiança, estão longe de fornecer informações necessariamente corretas e justas (Citron; Pasquale, 2014). Para identificar possíveis vieses na decisão algorítmica, é preciso compreender os processos e verificar se os critérios para classificação dos indivíduos "são corretos, transparentes e, em última instância, justos" (Mendes; Mattiuzzo, 2019). A definição cuidadosa das variáveis e a metodologia para tratamento dos dados são pontos essenciais. Embora este texto não explore especificamente a intersecção entre tecnologia, algoritmos e discriminação, os elementos para análise de risco antidiscriminatório podem contribuir, com adaptações, para o debate sobre discriminação algorítmica.

A não discriminação ocupa um papel central no ordenamento jurídico brasileiro (Moreira, 2020, p. 684) e integra os princípios que norteiam a atuação dos agentes econômicos no país. A LGPD (Lei n. 13.709/2018) estabelece como fundamental o princípio da não discriminação, o qual define, no art. 6º, IX, como "impossibilidade de realização do tratamento [de dados] para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos" (Brasil, 2018).

Em um contexto em que agentes financeiros devem considerar parâmetros não vinculativos, como princípios de sustentabilidade e princípios vinculantes, como os de direitos humanos e antidiscriminação, a análise de potencial discriminação no acesso ao crédito deve incluir a reflexão sobre o processo de análise de risco de crédito. Isso ocorre porque, além das justificativas morais e econômicas que poderiam ser discutidas, o ordenamento jurídico estabelece normas de antidiscriminação no uso de dados que não podem ser negligenciadas na análise de crédito.

2. Tipos de discriminação no acesso ao crédito

O debate sobre discriminação no acesso ao crédito tem recebido crescente atenção da literatura especializada e dos reguladores nacionais (Pereira, 2018; Schippers, 2018; Mendes; Mattiuzzo, 2019; Silveira; Silva, 2020). Discriminação refere-se à diferenciação injustificada no impacto ou no tratamento com base em características físicas ou culturais, como sexo, origem étnica, religião, opiniões políticas, idade, deficiência, orientação sexual e identidade de gênero (Nações Unidas, 1948). A avaliação da presença, da extensão, da natureza e das tendências da discriminação, assim como sua prevenção na tomada de decisões (possivelmente automatizada), é de importância primordial. A facilidade de armazenamento e retenção de dados, o aumento da capacidade computacional e o desenvolvimento de análises inteligentes e técnicas de mineração de dados permitem que práticas discriminatórias, antes limitadas geográfica e socialmente, sejam agora aplicadas em grande escala, transcendendo fronteiras nacionais e gerando debates internacionais. Portanto, o racismo creditício pode adquirir dimensões globais.

Do ponto de vista jurídico, a discriminação surge quando são aplicadas regras ou práticas diferentes a situações comparáveis, ou a mesma regra ou prática a situações diferentes

(Tobler, 2008). Quando tais regras ou práticas tratam explicitamente uma pessoa de forma menos favorável por motivos proibidos do que outra que está sendo, foi ou será tratada de maneira semelhante, isso constitui discriminação direta, também conhecida como discriminação sistemática ou tratamento desigual (Romei; Ruggieri, 2014). No entanto, a discriminação indireta, às vezes referida como impacto díspar, ocorre quando uma disposição, um critério ou uma prática aparentemente neutra resulta em tratamento injusto de um grupo protegido, devido ao impacto diferenciado que gera (Collins, 2018).

Em termos regulatórios, nos Estados Unidos, o principal instrumento referente à discriminação no crédito é o dispositivo legal *Equal Credit Opportunity Act* (EUA, 1974). Essa lei define de modo explícito as atividades que configuram discriminação de crédito e as que não configuram, no contexto dos EUA. No Quadro 1, a seguir, apresentamos os termos dessa legislação, destacando as atividades que constituem e aquelas que não constituem discriminação.

QUADRO 1 – ***EQUAL CREDIT OPPORTUNITY ACT*** (EUA, 1974)

ATIVIDADES QUE CONSTITUEM DISCRIMINAÇÃO	**ATIVIDADES QUE NÃO CONSTITUEM DISCRIMINAÇÃO**
§1691 (a)	**§1691** (b)
"SERÁ ILEGAL PARA QUALQUER CREDOR DISCRIMINAR QUALQUER REQUERENTE, NO QUE DIZ RESPEITO A QUALQUER ASPECTO DE UMA OPERAÇÃO DE CRÉDITO: • (1) COM BASE EM **RAÇA, COR, RELIGIÃO, NACIONALIDADE, SEXO OU ESTADO CIVIL OU IDADE** (DESDE QUE O REQUERENTE TENHA CAPACIDADE PARA CONTRAIR O CRÉDITO); • (2) EM RAZÃO DA TOTALIDADE OU PARTE DA RENDA DO REQUERENTE TIVER ORIGEM EM QUALQUER **PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA PÚBLICA**; OU • (3) DEVIDO AO REQUERENTE TER EXERCIDO DE **BOA-FÉ** QUALQUER DIREITO CONFORME ESTA LEI."	"NÃO CONSTITUIRÁ DISCRIMINAÇÃO PARA OS FINS DESTE SUBCAPÍTULO QUANDO UM CREDOR: • (1) QUESTIONAR SOBRE O **ESTADO CIVIL**, SE TAL INVESTIGAÇÃO TIVER O PROPÓSITO DE VERIFICAR OS DIREITOS E RECURSOS DO CREDOR APLICÁVEIS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO ESPECÍFICA E NÃO PARA DISCRIMINAR NA DETERMINAÇÃO DA CAPACIDADE DE CRÉDITO; • (2) QUESTIONAR SOBRE A **IDADE DO REQUERENTE OU SE A RENDA DO REQUERENTE DERIVA DE QUALQUER PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL** SE TAL PERGUNTA FOR PARA O PROPÓSITO DE DETERMINAR O MONTANTE E A PROVÁVEL CONTINUIDADE DOS NÍVEIS DE RENDA, HISTÓRICO DE CRÉDITO OU OUTRO ELEMENTO PERTINENTE À CAPACIDADE CREDITÍCIA, CONFORME PREVISTO NOS REGULAMENTOS DO *BUREAU*;

(continua)

ATIVIDADES QUE CONSTITUEM DISCRIMINAÇÃO	ATIVIDADES QUE NÃO CONSTITUEM DISCRIMINAÇÃO
	• (3) USAR QUALQUER **SISTEMA DE CRÉDITO CONSTRUÍDO COM DADOS EMPÍRICOS QUE CONSIDERE A IDADE** SE TAL SISTEMA FOR DEMONSTRÁVEL E ESTATISTICAMENTE SÓLIDO DE ACORDO COM OS REGULAMENTOS DO *BUREAU*, EXCETO SE, NA OPERAÇÃO DE TAL SISTEMA, A IDADE DE UM CANDIDATO IDOSO NÃO PUDER SER ATRIBUÍDA A UM FATOR NEGATIVO OU VALOR; • (4) QUESTIONAR SOBRE OU CONSIDERAR A **IDADE DE UM REQUERENTE IDOSO** QUANDO A IDADE DESSE REQUERENTE FOR USADA PELO CREDOR NA CONCESSÃO DE CRÉDITO A FAVOR DESSE REQUERENTE." **§1691** (c) "(C) **ATIVIDADES ADICIONAIS QUE NÃO CONSTITUEM DISCRIMINAÇÃO:** NÃO É UMA VIOLAÇÃO DESTA SEÇÃO UM CREDOR SE RECUSAR A ESTENDER O CRÉDITO OFERECIDO DE ACORDO COM: • (1) QUALQUER PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA DE CRÉDITO EXPRESSAMENTE AUTORIZADO POR LEI PARA UMA CLASSE DE PESSOAS ECONOMICAMENTE DESFAVORECIDAS; • (2) QUALQUER PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA DE CRÉDITO ADMINISTRADO POR UMA ORGANIZAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS PARA SEUS MEMBROS OU UMA CLASSE DE PESSOAS EM DESVANTAGEM ECONÔMICA; OU • (3) QUALQUER PROGRAMA DE CRÉDITO PARA FINS ESPECIAIS OFERECIDO POR UMA ORGANIZAÇÃO COM FINS LUCRATIVOS PARA ASSISTIR ÀS NECESSIDADES SOCIAIS ESPECIAIS QUE ATENDAM AOS PADRÕES PRESCRITOS NOS REGULAMENTOS DO *BUREAU*."

Fonte: Tradução livre a partir do *Equal Credit Opportunity Act* (EUA, 1974).

Não se trata apenas de diretrizes regulatórias substantivas. O *Equal Credit Opportunity Act* estabelece também um procedimento pelo qual o tomador de crédito pode solicitar as razões por trás das decisões de crédito. Além disso, permite que os consumidores apresentem reclamações ao CFPB, a agência reguladora dos EUA responsável por assegurar o respeito ao *Equal Credit Opportunity Act*.

O *bureau* estabelece uma série de diretrizes para prevenir a discriminação de crédito, incluindo a discriminação oculta. Segundo o órgão, "a discriminação de crédito costuma ser oculta ou mesmo não intencional, o que torna difícil identificá-la" (CFPB, [*s.d.*], tradução nossa). Entre os sinais de alerta identificados pelo órgão estão: (i) a discriminação direta: ser tratado de forma diferente pessoalmente e ao telefone; (ii) o desincentivo: ser desencorajado a solicitar crédito; (iii) a microagressão:[5] ouvir o credor fazer comentários negativos sobre raça, nacionalidade, sexo ou outros grupos protegidos; (iv) a recusa injustificada de crédito: ter o crédito recusado, embora o cliente se qualifique para isso, ou ter o crédito negado sem uma justificativa; (v) ter acesso ao crédito em piores condições: receber uma oferta de crédito com taxa mais alta do que a solicitada, embora o cliente se qualifique para a taxa mais baixa, ou a oferta parecer boa demais para ser verdade, em que informações desfavoráveis podem ser ocultadas; e (vi) a pressão para assinar o crédito: sentir-se pressionado a assinar o contrato de crédito (Gelfond; Vespa-Papaleo, 2016).

Apesar dessas diretrizes, a discriminação racial no acesso ao crédito ainda pode ocorrer de diversas formas. Entre elas, estão: a discriminação direta – quando o marcador de diferença é explicitamente considerado na distinção –; a discriminação indireta – quando o impacto ou tratamento é desproporcional contra a população negra, mesmo que o ato seja aparentemente neutro –; e, por fim, a discriminação por meio de algoritmos – embora possa se enquadrar como discriminação direta ou indireta, tem as suas especificidades devido à natureza automatizada do processo.

O objetivo dessa classificação é permitir uma compreensão abrangente de como a literatura sobre discriminação aborda o tema em geral, para que, no tópico seguinte, os riscos de discriminação possam ser avaliados especificamente no contexto do crédito.

2.1. Discriminação direta

Parâmetros de direitos humanos globais e regionais proíbem a discriminação com base em uma série de fatores (Nações Unidas, [*s.d.*]). Para punir a discriminação direta, são adotadas regras que proíbem a discriminação em ambientes específicos, incluindo crédito e seguro, venda, aluguel e financiamento de habitação, seleção de pessoal e salários, acesso

5 A definição de "microagressões" e outras usadas neste texto não constam do documento do *bureau*, são classificações utilizadas pelos autores.

a espaços públicos e educação. Um exemplo disso é a Lei Antirracismo no Brasil, Lei n. 7.716 de 1989, com suas subsequentes atualizações, que pune a discriminação no acesso a transporte público e estabelecimentos comerciais (Brasil, 1989). As distinções justificadas são exceções não arbitrárias, explicitamente admitidas por lei ou provadas em tribunal como objetivas e legítimas.

Alguns grupos, tradicionalmente alvos de discriminação, são expressamente listados como "grupos protegidos" pelas leis de direitos humanos nacionais e internacionais (Romei; Ruggieri, 2014). Diferenciar pessoas pertencentes a esses grupos com o objetivo de excluí-las requer uma análise minuciosa das justificativas, dado que tal diferenciação é presumidamente inaceitável sob o ponto de vista legal. É importante ressaltar que os grupos protegidos não são categorias isoladas; eles podem operar simultaneamente, de forma composta ou interseccional (Collins; Khaitan, 2018; Rios; Silva, 2015).

2.2. Discriminação indireta

O conceito de discriminação indireta e sua incorporação nos textos legais é relativamente recente. O caso "Griggs vs. Duke Power" (1971), nos EUA, foi pioneiro ao introduzir a questão da discriminação indireta, estabelecer precedentes legais e definir o conceito (The Editors of Encyclopaedia Britannica, 2022). Esse caso envolvia um processo seletivo que fazia uso de uma prova objetiva para aprovar ou não candidatos. A ação judicial argumentava que existia discriminação indireta contra grupos racializados, que tendiam a obter resultados mais baixos na prova devido ao histórico de baixa acessibilidade à educação entre a população negra do país. Além disso, na corte, foi apontado que a prova não tinha correlação com as atividades desempenhadas na vaga em questão.

A partir desse caso, legisladores começaram a considerar discriminações que se manifestam de maneiras distintas das discriminações diretas, mas que produzem os mesmos efeitos discriminatórios e segregacionistas. Muitas outras jurisdições replicaram essa ideia de discriminação indireta. Por exemplo, a Diretiva da União Europeia (UE) n. 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, aborda essa questão em seu art. 2º, inc. 2.a (Conselho da União Europeia, 2000). Além de incluir a discriminação deliberada e intencional contra grupos minoritários, essas legislações também focam nos efeitos adversos desproporcionais, independentemente da intenção discriminatória.

Em termos quase idênticos, o *Equality Act* 2000 do Reino Unido, na seção 19, declara que: "Uma pessoa (A) discrimina outra (B) se A aplicar a B uma disposição, critério ou prática discriminatória em relação a uma característica protegida relevante de B" (Reino Unido, 2010). As controvérsias sobre uma lei de discriminação indireta estão situadas no paradoxo de sua formulação. Como pode uma regra prática que trata todos de maneira igual ser interpretada como uma regra de discriminação e tratamento discriminatório? E, para além disso, a presunção de um pressuposto moral universal que permeia a vida moral e pública pode ser uma ambição excessivamente onerosa para o setor privado.

Um dos argumentos a favor de uma lei de discriminação indireta é que esta serviria como um remédio legal para as áreas em que a discriminação direta não consegue alcançar e combater. Apesar da difícil conceituação, Collins (2018) explora que: (i) a discriminação direta é causada por um indivíduo contra outro, enquanto a discriminação indireta é direcionada a um grupo específico; (ii) a discriminação direta envolve intenção, enquanto a discriminação indireta não necessariamente; (iii) a discriminação direta não pode ser justificada, já a discriminação indireta pode ser justificada se for um meio apropriado para alcançar um objetivo legítimo que pode ser comprovado. Outro ponto importante é a forma como a lei interpreta as duas discriminações no âmbito de sanção. A prova de discriminação direta é muito mais concreta do que a de discriminação indireta, o que impacta diretamente as medidas reparatórias para os danos causados (Collins, 2018).

2.3. Discriminação algorítmica

A discussão sobre discriminação algorítmica ganhou profundidade quando a suposta neutralidade da internet (Rosa; Strieder, 2019) e dos algoritmos (Silva, 2022) foi questionada. Processar um volume considerável de dados – uma característica fundamental dos algoritmos – tem como missão específica chegar a prognósticos (Mendes; Mattiuzzo, 2019, p. 43), inclusive a avaliação da capacidade de pagamento de crédito com base nas informações fornecidas pelos clientes.

A utilização de métodos estatísticos para avaliação de crédito, que se acreditava ser objetiva, apresenta o potencial de gerar resultados de avaliação de crédito (*credit score*) que embutem vieses presentes também em processos tradicionais de tomada de decisão, em razão das predefinições, feitas pelos controladores dos dados, de mecanismos para estabelecer causalidade e correlações (Mendes; Mattiuzzo, 2019, p. 40).

Para abordar a relação entre discriminação e tecnologia, utilizamos a tipologia elaborada por Mendes, Mattiuzo e Fujimoto (2021), que considera ao menos quatro tipos de discriminação algorítmica: (i) discriminação por erro estatístico;[6] (ii) discriminação pelo uso de dados sensíveis;[7] (iii) discriminação por generalização injusta;[8] e (iv) discriminação limitadora de

6 Por discriminação por erro estatístico, os autores entendem erros "genuinamente estatísticos" aqueles relacionados ao desenho do algoritmo, como dados coletados incorretamente, problemas com códigos de algoritmos, falhas de contabilização de dados, etc. (Mendes; Mattiuzzo; Fujimoto, 2021, p. 430).

7 Na categoria da discriminação pelo uso de dados sensíveis, os autores incluem o uso de informações sensíveis e dados protegidos na legislação, como escolhas religiosas (Mendes; Mattiuzzo; Fujimoto, 2021, p. 430).

8 Para definir discriminação por generalização injusta ou correlação abusiva, os autores evidenciam situações nas quais há classificação de forma equivocada de certos grupos, por exemplo, usar o lugar de moradia em

direitos[9] (Mendes; Mattiuzzo; Fujimoto, 2021, p. 438). Essa tipologia delineia como a discriminação algorítmica pode ocorrer não apenas devido a falhas estatísticas, como dados incorretos, mas também pelo uso inadequado de dados pessoais sensíveis que não deveriam influenciar o algoritmo. Além disso, inclui correlações errôneas ou imprecisas entre dados, como a relação entre endereço e capacidade de pagamento de crédito, e, por fim, o uso de tecnologias que restrinjam excessivamente o acesso a direitos.

3. Risco discriminatório no uso de dados

A discriminação por meio da utilização de dados pode ser categorizada como direta ou indireta. A discriminação direta ocorre quando categorias historicamente suspeitas, como raça e gênero, são utilizadas de maneira explícita para justificar diferenciações que resultam em práticas discriminatórias, por exemplo, recusar crédito a um cliente por ser negro. Entretanto, discriminações indiretas parecem neutras à primeira vista, mas geram tratamento ou impacto desproporcional em grupos historicamente discriminados, como discriminar beneficiários de auxílio social ou residentes de áreas específicas.

Tendo em vista a possibilidade de discriminação direta ou indireta no acesso ao crédito, faz-se necessário avaliar quais tipos de dados podem ser utilizados na sua concessão. Nesta seção, serão discutidas três categorias de dados a partir dos níveis de risco de discriminação: (i) risco baixo: dados a princípio de uso aceitáveis, ou seja, dados livres que não suscitam dúvidas sobre consequências discriminatórias; (ii) risco alto: dados de uso inaceitável, ou seja, que não podem ser utilizados, seja por força da lei, seja devido ao seu elevado potencial de risco discriminatório; e (iii) risco incerto: dados cujo uso se enquadra em uma zona cinzenta sobre o seu potencial discriminatório.

3.1. Risco baixo (dados a princípio aceitáveis)

No ordenamento jurídico brasileiro, os principais dados considerados para a concessão de crédito são os dados econômicos e financeiros que indicam a capacidade de cumprir as obrigações financeiras, com vistas a reduzir os riscos no mercado de crédito. A discricionariedade na concessão do crédito baseia-se na averiguação do risco financeiro envolvido na operação creditícia. Logo, em tese, seriam aceitáveis apenas dados diretamente relacionados à

região em geral ligada à pobreza para avaliar o risco de crédito. Entendem que há generalizações injustas no exercício de probabilidades (Mendes; Mattiuzzo; Fujimoto, 2021, p. 430-431).

9 Na discriminação limitadora do exercício de direitos, os autores reforçam a possibilidade da discriminação na informação usada no algoritmo que afeta significativamente o exercício de um direito (Mendes; Mattiuzzo; Fujimoto, 2021, p. 431).

capacidade de pagamento com a devida diligência para não usar dados, de maneira direta ou por meio de avaliação de crédito de terceiros, que possam levar à discriminação, seja pela negação injustificada de crédito, seja pelo tratamento desfavorável direto ou indireto a pessoas negras.

Para ilustrar quais informações econômicas poderiam ser utilizadas, é interessante trazer possíveis classificações dos dados usados na definição dos *scores* de crédito. Instituições como o Serasa destacam os critérios fundamentais para a avaliação de risco na concessão de crédito, por exemplo "pagamentos de contas em dia, histórico de dívidas negativadas, relacionamento financeiro com empresas, dados cadastrais atualizados" (Serasa, [*s.d.*]) e falência da empresa no nome do solicitante. Além disso, outros modelos podem incorporar variáveis como utilização de serviços financeiros, solicitações de crédito, dívidas em aberto, histórico no cadastro positivo, cumprimento de obrigações do cartão de crédito, etc. (Serasa, [*s.d.*]).

O Sistema de Concessão de Crédito (SCR) do Bacen é um importante instrumento utilizado pelas instituições financeiras para avaliar a capacidade de pagamento de seus clientes atuais e potenciais (Banco Central, [*s.d.*b]). Esse sistema mantém registros financeiros das pessoas junto às instituições financeiras, e sua consulta é condicionada à autorização prévia do cliente.

O objetivo do *scoring* é construir um histórico de cumprimento de obrigações de pagamento. No entanto, críticas frequentes incluem a falta de transparência na avaliação e na quantificação dos dados, assim como a sua efetiva correlação ao risco de crédito. Conforme estabelecido pela Súmula 550 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o consumidor tem o "direito de solicitar esclarecimentos sobre dados pessoais valorados e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo" (Brasil, 2015).[10]

Porém, a metodologia de análise dos dados e a valoração constituem segredos da atividade comercial e não precisam ser reveladas, conforme os termos da decisão do Recurso Especial (REsp.) n. 1.419.697 (Brasil, 2014), proferida pelo STJ e detalhada na próxima seção. Dependendo do peso e da metodologia do *score* na análise de crédito, pode surgir uma zona cinzenta em que o risco de discriminação é maior do que quando se usam dados diretamente econômicos e financeiros.

3.2. Risco alto (dados a princípio inaceitáveis)

A legislação brasileira impõe limites quanto aos dados que podem ser considerados na concessão de crédito, especialmente aqueles que são excessivos, sensíveis ou abusivos. Como será

10 Sobre os critérios de pontuação e direito do consumidor, consultar publicação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) (Por trás [...], 2022).

demonstrado a seguir, no entanto, o Direito brasileiro não oferece um detalhamento mais claro dos dados que são ou não aceitáveis na análise de crédito. O princípio de não discriminação, presente na LGPD, carece de concretude como guia para determinar o que de fato pode conduzir a um risco discriminatório.

3.2.1. Dados excessivos e sensíveis: violações ao CDC e à Lei do Cadastro Positivo

No sistema jurídico brasileiro, são três os diplomas normativos que merecem atenção: a Lei do Cadastro Positivo, o CDC e a LGPD.

A Lei de Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011 [Brasil, 2011]) estabelece limites importantes. Em seu art. 3º, parágrafo 2º, permite o armazenamento de informações de adimplemento no cadastro, desde que sejam objetivas, claras, verdadeiras, exatas, completas, de fácil compreensão e necessárias para a avalição da situação econômica da pessoa. Além disso, a lei proíbe, conforme o art. 3º, parágrafo 3º, o uso de dados excessivos e sensíveis. Considera-se dado excessivo qualquer informação não vinculada à análise de crédito ao consumidor; e dado sensível abrange informações relacionadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas. Em seu art. 1º, a Lei n. 12.414/2011 faz referência explícita ao CDC, reforçando que ambas as leis devem ser aplicadas de forma harmônica e coordenada. O CDC, por sua vez, em seu art. 43 e parágrafos seguintes, trata sobre banco de dados e cadastros de consumidores (Brasil, 1990).

No REsp. n. 1.419.697 (Brasil, 2014), o STJ analisou a questão do *scoring* no Brasil e considerou que o sistema em si não representa uma ilegalidade. Entretanto, reconheceu que o consumidor tem o direito de saber os dados que fundamentam sua pontuação, devendo ser respeitados a transparência e os prazos (5 anos para cadastro negativo e 15 anos para histórico de crédito).

De acordo com essa decisão do STJ, as empresas não são obrigadas a divulgar a fórmula do cálculo ou o método matemático utilizado (segredo de atividade empresarial), porém devem fornecer os dados utilizados para a obtenção do resultado quando solicitados pelo consumidor. Com relação ao dano moral, foi estabelecido que a atribuição de nota não configura dano moral. Todavia, o uso excessivo de dados sensíveis e não pertinentes para atribuição dessa nota configura abuso e pode ensejar indenização por dano moral.

3.2.2. Dados abusivos: violação ao princípio de não discriminação na LGPD

A LGPD permite em seu art. 7º, X, o tratamento de dados pessoais não sensíveis para a proteção do crédito. No entanto, esse tratamento deve respeitar os demais princípios estabelecidos na legislação, em especial: (i) a transparência dos dados, como previsto nos arts. 18 e 19 da LGPD, garantindo ao titular dos dados o direito de acesso, correção, anonimização, entre outras medidas; (ii) a segurança dos dados, definida no art. 6º, VII, da LGPD, como "a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos

não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão"; (iii) a não discriminação, proibindo uso discriminatório ilícito ou abusivo, como estabelece o art. 6º, IX, da LGPD; e (iv) a prevenção, que envolve a adoção de medidas para evitar danos decorrentes do processamento de dados pessoais, conforme o art. 6º, VIII, da mesma lei.

É importante notar que a legislação permite o tratamento de dados pessoais não sensíveis para efeitos de proteção de crédito (art. 7º, X, LGPD). No entanto, para dados pessoais sensíveis, definidos como "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" (art. 5º, II, LGPD), não há previsão legal para uso na proteção de crédito. No caso de dados sensíveis, é exigido o consentimento específico do usuário para o tratamento, conforme estabelecido no art. 11 da LGPD.

A LGPD não se refere somente a atos ilegais, mas também ao abuso no armazenamento e no tratamento de dados. No entanto, no texto legal há uma zona cinzenta quanto ao que constitui exatamente esse abuso. Em particular no contexto do tratamento excessivo ou indevido de dados de pessoas, entende-se que há abrangência inclusive das conexões lógicas e jurídicas, embora a palavra "abuso" possa ter interpretações variadas. Segundo a reflexão de Pestana (2020), "se pretendesse assentá-lo na finalidade propriamente dita, o legislador teria enfatizado tal valor (vedação à abusividade) ao delimitar o conteúdo do princípio da finalidade, antes já examinado, não o destacando, apartadamente, como o fez, para o princípio da não discriminação".

Nesse sentido, é fundamental verificar se existem instrumentos capazes de proteger os dados. Os arts. 47 e 49 da LGPD (Brasil, 2018) abordam claramente esse aspecto. Nesse contexto, é relevante mencionar as abordagens adotadas pelo sistema europeu. A *General Data Protection Regulation* (GDPR) (União Europeia, 2016), em vigor na UE e que inspirou em grande medida a LGPD, tem menos princípios em comparação à lei brasileira. Em seu texto, apresenta seis aspectos: (i) licitude, lealdade e transparência (*lawfulness*, *fairness and transparency)*; (ii) limitação das finalidades (*purpose limitation*); (iii) minimização dos danos (*data minimisation*); (iv) exatidão (*accuracy*); (v) limitação de armazenamento (*storage limitation*); e (vi) integridade e confidencialidade (*integrity and confidentiality*). Nenhum desses princípios faz menção explícita à discriminação, diferentemente do texto legal brasileiro.

Por outra perspectiva, a UE estabelece precedentes com leis antidiscriminação interpretadas como direitos fundamentais, assim como a proteção de dados. Em certas decisões, esses direitos convergem. No entanto, como argumentam Gellert *et al*. (2013), direitos de antidiscriminação e de proteção de dados ainda não são entendidos de modo amplo como mutualmente reforçadores, devido à complexidade indireta e à necessidade de preservar a liberdade das instituições, em especial das privadas.

3.3. Risco incerto (zona cinzenta)

3.3.1. Dados que configuram como *proxies* para discriminação

Para considerar o risco incerto, isto é, dados que se encontram em uma zona de dúvida entre o permitido e o proibido, uma das abordagens é a implementação de *proxies* – dados secundários – que, isoladamente ou em conjunto a outros dados, possam de modo indireto discriminar certos grupos. A título de exemplo, a organização não governamental *National Consumer Law Center* (NCLC, 2019), nos EUA, menciona critérios para a concessão de crédito que podem servir como *proxies* para discriminação indireta: a) dados de transações de contas bancárias;[11] b) histórico de aluguel;[12] c) informações das concessionárias de gás e eletricidade;[13] d) histórico de crédito *subprime*;[14] e) dados de telecomunicações;[15] f) informações disponíveis em *big data*.[16]

3.3.2. Dados embutidos em pontuações de crédito (*scores*)

Uma das formas de discriminação no acesso ao crédito é por meio da avaliação de crédito. O *score* de crédito utiliza estatísticas e modelos matemáticos para avaliar o risco de conceder recursos a um indivíduo. Esses modelos são elaborados para trabalhar com grande quantidade de clientes de forma eficiente, utilizando critérios predefinidos para avaliar a probabilidade de o tomador cumprir ou inadimplir suas obrigações de pagamento. As variáveis

11 Existe o potencial de má utilização dos dados do histórico de transações bancárias, pois eles revelam preferências e hábitos de consumo, além de indicar o melhor momento para cobrança de dívidas. Portanto, é crucial que o compartilhamento desses dados seja limitado e que seus impactos sejam monitorados (NCLC, 2019, p. 2).

12 Dados sobre contratos de locação não podem penalizar os inquilinos (NCLC, 2019, p. 2).

13 A utilização de informações sobre inadimplemento ou adimplemento atrasado de contas de consumo de gás e energia, sem dar a oportunidade de manifestação dos consumidores, pode ser prejudicial para os consumidores (NCLC, 2019, p. 2-3).

14 Pode ser problemática a utilização de informações de empréstimos salariais e outras formas de crédito *subprime* (NCLC, 2019, p. 3).

15 Informações sobre adimplemento ou sobre contas de consumo junto a empresas de telecomunicações podem não levar em consideração que a falta de pagamento pode ter decorrido de questionamento de tarifas e sobretaxas (NCLC, 2019, p. 3).

16 *Big Data* pode incluir muitos tipos de dados que não são tão baseados em critérios financeiros, como perfis de mídia social e histórico de navegação na *web*, com dúvidas sobre fonte das informações. *Big Data* usado para crédito, emprego, seguro ou outros fins, geralmente, está coberto pelo *Fair Credit Reporting Act*, e os provedores devem cumprir essa lei. Se o *Big Data* for usado para crédito, aplica-se a Lei de Oportunidades Iguais de Crédito (NCLC, 2019, p. 3).

são pontuadas com base em análises estatísticas anteriormente estabelecidas sobre sua relevância para a determinação da adimplência. Ao final do processo, o cliente recebe uma nota (*score*) gerada a partir de seus próprios dados, que indica sua probabilidade de cumprir as obrigações creditícias.

Alguns argumentam que os *scores* de crédito são instrumentos opacos e suscetíveis a viés (*bias*) (Langenbucher, 2020). A não neutralidade desses métodos tem sido estudada em diversos mercados. Por exemplo, os resultados da pesquisa de Havard (2011) indicam que, no mercado imobiliário norte-americano, a utilização de *credit score* resulta em grande disparidade na concessão dos créditos. É interessante a conclusão da autora sobre a necessidade de aumentar a transparência, sugerindo que, com mais informações, os tomadores de crédito no sistema financeiro podem ter mais ciência das variáveis usadas para determinar suas pontuações de crédito e entender como as taxas de empréstimo ofertadas são calculadas (Havard, 2011, p. 287).

Cathy O'Neil (2016) dedica um capítulo de seu livro *Weapons of Math Destruction* à questão da discriminação algorítmica. A autora argumenta que o principal parâmetro nos EUA para a avaliação de crédito é o sistema da empresa FICO, sediada na Califórnia. Esse sistema é utilizado em 90% das avaliações de crédito. A FICO permite que seus clientes solicitem relatórios detalhados explicando as razões por trás das avaliações de crédito. Além disso, divulga publicamente os critérios e os pesos utilizados na avaliação de crédito, que incluem histórico de pagamentos (35%), valores devidos (30%), extensão do histórico de crédito (15%), novos créditos (10%) e *mix* de crédito (10%) (FICO, [*s.d.*]). No entanto, há evidências de discriminação no uso do *score* implementado pela FICO (Rice; Swesnik, 2013). Uma das principais preocupações apresentadas por O'Neil são os chamados *e-scores*, que são menos transparentes e suscetíveis a práticas discriminatórias.

Desse modo, há uma linha por vezes tênue entre a transparência dos dados pessoais econômicos e financeiros considerados na concessão de crédito e a fórmula usada para atribuir pesos a esses dados no processo decisório. Ademais, em contextos em que famílias negras historicamente enfrentam dificuldades no acesso ao crédito, esse histórico pode influenciar a análise de crédito, mesmo que esta se baseie apenas em dados referentes a obrigações de pagamento. Portanto, o risco associado ao uso do *score* não pode ser descartado.

Conclusão

Este artigo teve como objetivo geral abordar o acesso ao crédito e suas *nuances* discriminatórias, inserindo-se em um campo emergente na literatura jurídica brasileira. A concessão de crédito fica a critério das instituições financeiras e pode resultar em práticas discriminatórias, incluindo aquelas de natureza racial abordadas neste estudo. Por isso, sugere-se o conceito de "racismo creditício", caracterizado pela repetição de práticas discriminatórias raciais no acesso ao crédito, assim como pela omissão ao enfrentamento do risco discriminatório.

Uma das contribuições centrais deste artigo é a exposição e a análise dos tipos de dados considerados na análise e na concessão de crédito, identificando os riscos de discriminação associados a esse processo. A classificação aqui adotada divide os riscos em baixos, altos e incertos, com o objetivo de mapear e organizar os principais desafios para promover alternativas de inclusão no mercado de crédito, reduzindo as possibilidades de discriminação.

Ao compreender o processo decisório de concessão de créditos e identificar os potenciais riscos de discriminação, torna-se evidente a importância de construir um caminho para que sejam minadas as situações discriminatórias, o que pode ser objeto de estudos futuros. Percebe-se que o Direito brasileiro trata dessa questão e busca combater o racismo creditício, embora de forma fragmentada, por meio de leis como o CDC, a LGPD e a Lei de Cadastro Positivo, as quais devem ser interpretadas com vistas a mitigar ou anular os riscos discriminatórios no acesso ao crédito.

REFERÊNCIAS

ADAGE, Do. Apple é acusada de discriminação em cartão de crédito. *Meio & Mensagem*, [*s.l.*], 13 nov. 2019. Disponível em: https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/11/13/apple-e-acusada-de-discriminacao-em-cartao-de-credito.html. Acesso em: 18 dez. 2023.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

BANCO CENTRAL. *Relatório de Cidadania Financeira*, 2021. Brasília: Banco Central do Brasil, 2021. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

BANCO CENTRAL. *Recomendações de Basileia*, [*s.l.*], [*s.d.*a]. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia. Acesso em: 18 dez. 2023.

BANCO CENTRAL. *Sistema de Informações de Créditos (SCR)*, [*s.l.*], [*s.d.*b]. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/scr. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Decreto n. 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2022.

BRASIL. Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021a.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 4.529, de 2021*. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) para dispor sobre a obrigação de motivação acerca das razões que fundamentam a recusa de crédito e combater a discriminação racial nas relações de consumo. 2021b. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151387. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 550, de 14 de outubro de 2015. A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo. *Diário da Justiça (DJe)*, 19 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial n. 1.419.697/RS. Recorrente: Boa Vista Serviços S/A. Recorrido: Anderson Guilherme Prado Soares. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, 17 nov. 2014. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114173/REsp1419697.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.414/2011, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jun. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 fev. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jan. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2023.

BROADY, Kristen; McCOMAS, Mac; OUAZAD, Amine. An Analysis of Financial Institutions in Black-Majority Communities: Black Borrowers and Depositors Face Considerable Challenges in Accessing Banking Services. *Brookings*, [*s.l.*], 2 nov. 2021. Disponível em: https://www.brookings.edu/articles/an-analysis-of-financial-institutions-in-black-majority-communities-black-borrowers-and-depositors-face-considerable-challenges-in-accessing-banking-services/. Acesso em: 18 dez. 2023.

CFPB Orders GE Capital to Pay $225 Million in Consumer Relief for Deceptive and Discriminatory Credit Card Practices. *CFPB – Consumer Financial Protection Bureau,* [*s.l.*], 19 jun. 2014. Disponível em: https://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/cfpb-orders-ge-capital-to-pay-225-million-in-consumer-relief-for-deceptive-and-discriminatory-credit-card-practices/. Acesso em: 18 dez. 2023.

CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank A. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, v. 89, n. 1, 2014. Disponível em: https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1431/. Acesso em: 18 dez. 2023.

COLLINS, Hugh. Justice for Foxes: Fundamental Rights and Justification of Indirect Discrimination. *In*: COLLINS, Hugh; KHAITAN, Tarunabh (eds.). *Foundations of Indirect Discrimination Law*. Oxford: Hart Publishing, 2018. p. 249-278.

COLLINS, Hugh; KHAITAN, Tarunabh (eds.). *Foundations of Indirect Discrimination Law*. Oxford: Hart Publishing, 2018.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n. 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000*. Que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Luxemburgo, 29 jun. 2000. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0043. Acesso em: 18 dez. 2023.

CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU (CFPB). *Complaint Procedure*, [*s.l.*], [*s.d.*a]. Disponível em: https://www.consumerfinance.gov/complaint/. Acesso em: 18 dez. 2023.

CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU (CFPB). *What Protections Do I Have against Credit Discrimination?*, [*s.l.*], [*s.d.*b]. Disponível em: https://www.consumerfinance.gov/fair-lending/. Acesso em: 8 jul. 2024.

CORRALES, Beatriz Rossi. *Algoritmos sociais inclusivos*: o caso da Conta Black. 2020. 122 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/742c8597-df3e-4749-922c-e2c087c5a53f/content. Acesso em: 18 dez. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). *Equal Credit Opportunity Act (ECOA)*, 15 U.S.C. § 1691, 1974. Disponível em: https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title15/html/USCODE-2011-title15-chap41-subchapIV.htm. Acesso em: 18 dez. 2023.

FABIANI, Emerson Ribeiro. *Direito e crédito bancário no Brasil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

FICKLIN, Patrice Alexander. Harmed Ally Borrowers Have Been Sent $80 Million in Damages. *CFPB – Consumer Financial Protection Bureau*, [*s.l.*], 29 jan. 2016a. Disponível: https://www.consumerfinance.gov/about-us/blog/harmed-ally-borrowers-have-been-sent-80-million-in-damages/. Acesso em: 18 dez. 2023.

FICKLIN, Patrice Alexander. What You Need to Know to Get Money from the Settlement with Honda Finance for Overcharging Minorities. *CFPB – Consumer Financial Protection Bureau,* [*s.l.*], 3 out. 2016b. Disponível: https://www.consumerfinance.gov/about-us/blog/what-you-need-know-get-money-settlement-honda-finance-overcharging-minorities. Acesso em: 18 dez. 2023.

FICO. *What's in my FICO® Scores?*, [*s.l.*], [*s.d.*]. Disponível em: https://www.myfico.com/credit-education/whats-in-your-credit-score. Acesso em: 18 dez. 2023.

FRANÇA, Anna. Conheça a mulher que fundou uma plataforma financeira para pessoas negras. *IstoÉ Dinheiro*, [*s.l.*], 22 dez. 2021. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/a-nova-cor-do-dinheiro/. Acesso em: 18 dez. 2023.

GELFOND, Rebecca; VESPA-PAPALEO, J. Frank. What You Need to Know About the Equal Credit Opportunity Act and How It Can Help You: Know Your Rights. *CFPB – Consumer Financial Protection Bureau,* [*s.l.*], 2 nov. 2016. Disponível em: https://www.consumerfinance.gov/about-us/blog/what-you-need-know-about-equal-credit-opportunity-act-and-how-it-can-help-you-know-your-rights/. Acesso em: 18 dez. 2023.

GELLERT, Raphaël *et al*. A Comparative Analysis of Anti-Discrimination and Data Protection Legislations. *In*: CUSTERS, Bart *et al.* (eds.). *Discrimination and Privacy in the Information Society Data Mining and Profiling in Large Databases.* Heidelberg: Springer Berlin, 2013. p. 61-89.

HAVARD, Cassandra Jones. "On the Take": The Black Box of Credit Scoring and Mortgage Discrimination. *Public Interest Law Journal*, [*s.l.*], v. 20, 2011, p. 241-287. Disponível em: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1307&context=all_fac. Acesso em: 18 dez. 2023.

KUMAR, Anjali (coord.). *Brasil*: acesso a serviços financeiros. Rio de Janeiro: IPEA: Washington, DC: Banco Mundial, 2004. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3087/1/Livro_Brasil_acesso%20aos%20servi%C3%A7os%20financeiros.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

LANGENBUCHER, Katja. Responsible A.I. Credit Scoring: A Legal Framework. *European Business Law Review*, v. 25, 2020. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2076&context=faculty_scholarship. Acesso em: 18 dez. 2023.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 17, p. 57-64, jan./mar. 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o "superendividamento" dos consumidores pessoas físicas. *Revista Jurídica da Presidência*, [*s.l.*], v. 13, n. 101, p. 405-424, 2012.

MARSHALL, Elizabeth Dilts. Apple e Goldman são inocentados em caso sobre discriminação em oferta de cartões. *CNN Brasil*, [*s.l.*], 23 mar. 2021. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/economia/apple-e-goldman-nao-cometeram-violacoes-em-oferta-de-cartoes-de-credito-dizem-a/#:~:text=O%20Departamento%20de%20Servi%C3%A7os%20Financeiros,contra%20os%20interessados%20no%20produto. Acesso em: 18 dez. 2023.

MATSUE, Carla. "Precisei mudar de endereço para conseguir cartão de crédito". *Valor Investe*, São Paulo, 8 abr. 2022. Disponível em: https://valorinveste.globo.com/produtos/servicos-financeiros/noticia/2022/04/08/precisei-mudar-de-endereco-para-conseguir-cartao-de-credito.ghtml. Acesso em: 18 dez. 2023.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 90, nov./dez. 2019.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Monica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: MENDES, Laura Schertel *et al*. (coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 421-446.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. *Equality and Non-Discrimination*, [*s.d.*]. Disponível em: https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/human-rights/equality-and-non-discrimination/. Acesso em: 18 dez. 2023.

NATIONAL CONSUMER LAW CENTER (NCLC). *Credit Invisibility and Alternative Data*: Promises and Perils, jul. 2019. Disponível em: https://www.nclc.org/images/pdf/credit_reports/ib-credit-invisib-alt-data-july19.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

OLICK, Diana. A Troubling Tale of a Black Man Trying to Refinance His Mortgage. *CNBC*, [*s.l.*], 19 ago. 2020. Disponível em: https://www.cnbc.com/2020/08/19/lenders-deny-mortgages-for-blacks-at-a-rate-80percent-higher-than-whites.html. Acesso em: 18 dez. 2023.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction*: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. Nova York: Crown, 2016.

PAIXÃO, Marcelo. *Acesso ao crédito produtivo pelos microempreendedores afrodescendentes*: desafios para a inclusão financeira no Brasil. Salvador: BID, 2017. Disponível em: https://publications.iadb.org/pt/publications/portuguese/viewer/Acesso-ao-cr%C3%A9dito-produtivo-pelos-microempreendedores-afrodescendentes-Desafios-para-a-inclus%C3%A3o-financeira-no-Brasil-Sum%C3%A1rio-executivo.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

PEDRESCHI, Dino; RUGGIERI, Salvatore; TURINI, Franco. The Discovery of Discrimination. *In*: CUSTERS, Bart *et al.* (eds.). *Discrimination and Privacy in the Information Society*: Data Mining and Profiling in Large Databases. Heidelberg: Springer Berlin, 2013. p. 91-108.

PEREIRA, Laudelina Leonardo. *Data brokers*: reflexões sobre os impactos da classificação e do *score* de crédito na sociedade. 2018. 154 f. Monografia (Especialização em Gestão Integrada da Comunicação Digital para Ambientes Corporativos – Digicorp) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Laudelina-Pereira/publication/340389056_Data_Brokers_reflexoes_sobre_os_impactos_da_classificacao_e_do_score_de_credito_na_sociedade/links/5e862a8d4585150839b9432a/Data-Brokers-reflexoes-sobre-os-impactos-da-classificacao-e-do-score-de-credito-na-sociedade.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

PESTANA, Marcio. Os princípios no tratamento de dados na Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais. *Consultor Jurídico*, [*s.l.*], 25 maio 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/marcio-pestana-principios-tratamento-dados-lgpd. Acesso em: 18 dez. 2023.

POR TRÁS da pontuação de crédito: conheça seus direitos. *Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor*, [*s.l.*], [*s.d.*]. Disponível em: https://idec.org.br/ferramenta/por-tras-da-pontuacao-de-credito-conheca-seus-direitos#:~:text=A%20situa%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20comum%3A%20voc%C3%AA,pois%20seu%20score%20est%C3%A1%20baixo%E2%80%9D. Acesso em: 18 dez. 2023.

REBELO, Diogo Morgado; ANALIDE, Cesar; ABREU, Joana Covelo de. O Mercado Único Digital e a "(leigo)ritmia" da pontuação de crédito na era da Inteligência Artificial. *Revista de Direito e Tecnologia*, [*s.l.*], v. 2, n. 1, p. 1-69, 2020.

REDLINING: CFPB and DOJ Action Requires BancorpSouth Bank to Pay Millions to Harmed Consumers. *CFPB – Consumer Financial Protection Bureau,* [*s.l.*], 29 jun. 2016. Disponível em: https://www.consumerfinance.gov/about-us/blog/redlining-cfpb-and-doj-action-requires-bancorpsouth-bank-pay-millions-harmed-consumers/. Acesso em: 18 dez. 2023.

REINO UNIDO. *Equality Act 2010*. Londres, 2010. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

RICE, Lisa; SWESNIK, Deidre. Discriminatory Effects of Credit Scoring on Communities of Color. *Suffolk University Law Review*, [*s.l.*], v. 46, p. 935-966, 2013. Disponível em: https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/3/1172/files/2014/01/Rice-Swesnik_Lead.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 16, p. 11-37, jan./abr. 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0103-335220151602. Acesso em: 18 dez. 2023.

ROMEI, Andrea; RUGGIERI, Salvatore. A Multidisciplinary Survey on Discrimination Analysis. *The Knowledge Engineering Review*, Cambridge, v. 29, n. 5, p. 582-638, 2014. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/knowledge-engineering-review/article/abs/multidisciplinary-survey-on-discrimination-analysis/D69E925AC96CDEC643C18A07F2A326D7. Acesso em: 18 dez. 2023.

ROTHACKER, Rick; INGRAM, David. Wells Fargo to Pay $175 Million in Race Discrimination Probe. *Reuters*, [*s.l.*], 12 jul. 2012. Disponível em: https://www.reuters.com/article/us-wells-lending-settlement-idUSBRE86B0V220120712. Acesso em: 18 dez. 2023.

ROSA, Suiane Ewerling da; STRIEDER, Roseline Beatriz. Não neutralidade da Ciência-Tecnologia: verbalizações necessárias para potencializar a constituição de uma cultura de participação. *Linhas Críticas*, Brasília, v. 25, e19701, jan./dez. 2019. Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-04312019000100409&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 dez. 2023.

SARMA, Mandira; PAIS, Jesim. Financial Inclusion and Development. *Journal of International Development,* [*s.l.*], v. 23, n. 5, p. 613-628, jul. 2011. Disponível em: http://doi.wiley.com/10.1002/jid.1698. Acesso em: 18 dez. 2023.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SCHIPPERS, Laurianne-Marie. *Algoritmos que discriminam*: uma análise jurídica da discriminação no âmbito das decisões automatizadas e seus mitigadores. 2018. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/94f7422c-0c0d-4ac6-8a76-8031d5d4c481/content. Acesso em: 18 dez. 2023.

SERASA. *Serasa Experian*, [*s.l.*], [*s.d.*]. Disponível em: https://empresas.serasaexperian.com.br/. Acesso em: 18 dez. 2023.

SILVA, Tarcízio. *Racismo algorítmico*: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais. São Paulo: Edições Sesc SP, 2022.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da; SILVA, Tarcízio Roberto da. Controvérsias sobre danos algorítmicos: discursos corporativos sobre discriminação codificada. *Revista Observatório*, Palmas, v. 6, n. 4, p. 1-17, jul./set. 2020. Disponível em: https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/11069/17889. Acesso em: 18 dez. 2023.

THE EDITORS OF ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. Griggs v. Duke Power Co. *Britannica*, [*s.l.*], 1º mar. 2022. Disponível em: https://www.britannica.com/event/Griggs-v-Duke-Power-Co. Acesso em: 18 dez. 2023.

TOBLER, Christa. *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*. European Network of Legal Experts in Non-Discrimination Field. Luxemburgo: Comissão Europeia, 2008. Disponível em: https://www.tandis.odihr.pl/bitstream/20.500.12389/20645/1/05963.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *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)*. União Europeia, L 119, 4 maio 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679. Acesso em: 8 jul. 2024.

Thiago Amparo

Doutor e mestre em Direito Internacional e Direito Constitucional comparado pela Central European University (CEU). Fez estágio de pós-doutorado na New York University (NYU). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

thiago.amparo@fgv.br

Viviane Muller Prado

Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Regulação de Mercado de Capitais e Direito Societário na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Mercados Financeiros e de Capitais (MFCap) da FGV DIREITO SP.

viviane.prado@fgv.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 03.05.2023
Aprovado: 01.03.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202423

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo *desk review*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Decisão editorial final.

1 Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-1508-1010

2 Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-1963-7365

Política autocompositiva: câmaras privadas no cenário nacional

SELF-COMPOSITION POLICY: PRIVATE CHAMBERS IN THE NATIONAL SCENARIO

POLÍTICA DE AUTOCOMPOSICIÓN: CÁMARAS PRIVADAS EN EL ESCENARIO NACIONAL

Gisele Luiza Soares Moura[1] e *Simone Cristina Dufloth*[2]

Resumo
O objetivo deste artigo é analisar o uso de métodos adequados de resolução de conflitos – como a conciliação e a mediação –, bem como a incorporação de soluções tecnológicas para esse fim. Para contextualizar o fenômeno na seara nacional, foram analisadas, especificamente, as instituições dedicadas à resolução de conflitos por meios alternativos ao processo judicial, registradas como câmaras privadas nos Tribunais de Justiça. Metodologicamente, adotou-se uma abordagem descritiva, por meio da revisão de literatura, de pesquisa documental, do envio de questionários às câmaras privadas e da realização de entrevistas. Constatou-se que o fenômeno observado é heterogêneo no país em relação à quantidade e à distribuição de câmaras privadas, à sua natureza jurídica e aos métodos por elas utilizados. Verificou-se também a incorporação de tecnologia nas câmaras privadas, com destaque para as iniciativas totalmente automatizadas (ODR). O estudo contribui para a sistematização de informações dispersas e para o aprofundamento da pesquisa sobre um tema atual e com escassa literatura disponível.

Palavras-chave
Acesso à Justiça; métodos adequados de resolução de conflitos (ADR); mediação e conciliação; resolução *on-line* de controvérsias (ODR); câmaras privadas.

Abstract
The purpose of this article is to analyze the use of proper methods of conflict resolution – such as conciliation and mediation –, as well as the incorporation of technological solutions for this purpose. In order to contextualize the phenomenon in the national field, institutions dedicated to conflict resolution in alternative ways to the judicial process registered as private chambers with the Courts of Justice were analyzed. Methodologically, a descriptive treatment was adopted, through literature review, documental research, sending questionnaires to private chambers and interviews. The phenomenon observed is heterogeneous in the country in terms of the quantity and distribution of private chambers; the legal nature of private chambers and the methods used by them. The incorporation of technology was verified in the private chambers and fully automated initiatives (ODR) were observed. The study contributes to the systematization of dispersed information and to the deepening of the study on a current and lacking in literature topic.

Keywords
Access to justice; Alternative Dispute Resolution (ADR); mediation and conciliation; Online Dispute Resolution (ODR); private chambers.

Resumen
El propósito de este artículo es analizar el uso de métodos adecuados de resolución de conflictos (como la conciliación y la mediación), así como la incorporación de soluciones tecnológicas para tal fin. Para la contextualización del fenómeno en el ámbito nacional, se analizaron instituciones dedicadas a la resolución de

conflictos a través de formas alternativas al proceso judicial registradas como salas privadas ante los Tribunales de Justicia. Metodológicamente se adoptó un tratamiento descriptivo, a través de revisión bibliográfica, investigación documental, envío de cuestionarios a cámaras privadas y entrevistas. Se encontró que el fenómeno observado es heterogéneo en el país en cuanto al número y distribución de cámaras privadas; a la naturaleza jurídica y los métodos utilizados por ellos. Se verificó la incorporación de tecnología en las cámaras privadas y se observaron iniciativas totalmente automatizadas (ODR). El estudio contribuye para la sistematización de informaciones dispersas y para la profundización del estudio en temática actual y carente de literatura.

Palabras clave
Acceso a la justicia; métodos apropiados de resolución de conflictos (ADR); mediación y conciliación; resolución de disputas en línea (ODR); cámaras privadas.

Contribuição de autoria

Gisele Luiza Soares Moura
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; project administration; software.

Simone Cristina Dufloth
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; project administration.

• • •

Como citar este artigo
MOURA, Gisele Luiza Soares; DUFLOTH, Simone Cristina. Política autocompositiva: câmaras privadas no cenário nacional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2423, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202423

• • •

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.P30LME.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução

O conflito é inerente à vida em sociedade e inevitável no convívio humano, de modo que não é possível erradicá-lo (Moscovici, 1997, p. 146). Ademais, pode ter um aspecto positivo (construtivo) e contribuir para o desenvolvimento social ao dar voz e compreensão a questões invisibilizadas, especialmente pertencentes a grupos ou minorias sociais. Partindo do pressuposto de que é natural e necessário conviver com desavenças, o objetivo deve ser uma melhor compreensão das questões que envolvem os conflitos e a busca por meios adequados para solucioná-los (Soler, 2014, p. 18-21).

Ao longo da história da humanidade, a pacificação de conflitos nem sempre foi imputada ao Estado; os conflitos eram resolvidos pelos próprios envolvidos mediante o uso de força física ou com a ajuda de terceiros, como pajés, sacerdotes e anciãos. A atribuição ao Estado como responsável pela prestação jurisdicional, por meio da figura do Judiciário, representa um avanço para o desenvolvimento da civilização. Não obstante, formas autocompositivas de solução de conflitos continuaram existindo, embora em menor escala (Tartuce, 2018, p. 194-201).

Nesse contexto, a Justiça é um dos recursos possíveis para a resolução de desavenças, e o acesso à Justiça não se restringe ao Judiciário (Sadek, 2009, p. 175). O Poder Judiciário brasileiro enfrenta questões importantes que abrangem o excesso de processos em tramitação (77,1 milhões em 2019), um sistema moroso (duração média de 5 anos e 2 meses em 2019) e altos custos para a sociedade (R$ 100,2 bilhões em 2019), de acordo com os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CNJ, 2020a, p. 74-187).

Dessa forma, é necessário considerar outras vias de acesso à Justiça para garantir um atendimento equitativo e ágil. Para isso, existem métodos autocompositivos e heterocompositivos de solução de conflitos. No método autocompositivo, a resolução da desavença é responsabilidade dos próprios envolvidos, como na conciliação e na mediação. Já no método heterocompositivo a decisão é proferida por um terceiro imparcial, como na Justiça tradicional e na arbitragem (Bacellar, 2012, p. 38-39).

Os métodos adequados de solução de conflitos, conhecidos por *Alternative Dispute Resolution* (ADR), abarcam situações nas quais a decisão não é proferida pelo juiz (Menkel-Meadow, 2015, p. 1-10). Entre esses métodos estão a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação. A arbitragem representa o uso do método heterocompositivo extrajudicial, pois a decisão é tomada por um árbitro escolhido pelas partes (método de julgamento privado), conforme a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Brasil, 1996).

Em contrapartida, a negociação, a conciliação e a mediação são exemplos de métodos autocompositivos. Na negociação, as partes envolvidas buscam, por meio da comunicação, alcançar um consenso sobre a questão em disputa. Esse método não pressupõe a existência de um facilitador, podendo as partes contar com negociadores e advogados para representá-las (Smith; Martinez, 2009, p. 127).

Na conciliação e na mediação, há a presença de um facilitador que promove o diálogo entre os participantes, utilizando técnicas adequadas e criando um ambiente favorável para

que o conflito seja solucionado conforme as expectativas e os anseios dos envolvidos (Smith; Martinez, 2009, p. 127). Nos moldes definidos pelo Código de Processo Civil (CPC), a conciliação ocorre preferencialmente quando não há vínculo anterior entre as partes, permitindo que o conciliador sugira soluções para o conflito. A mediação, por sua vez, é aplicada quando há um vínculo anterior entre as partes, e estas, identificam por si próprias as possíveis soluções para o litígio (Cooley, 2001, p. 25).

Nesse cenário, em decorrência das disputas surgidas no ambiente virtual, a Resolução *On-line* de Controvérsias (em inglês, *Online Dispute Resolution* – ODR) ganhou espaço, principalmente em matérias de direito do consumidor, devido ao comércio eletrônico (Arbix, 2017, p. 65). As ferramentas de ODR combinam métodos de ADR – arbitragem, negociação, conciliação e mediação – com tecnologia. Trata-se do uso de soluções tecnológicas aplicadas à resolução de conflitos, o que constitui uma nova formatação, na qual os ambientes e os procedimentos são alterados, permitindo que a resolução ocorra total ou parcialmente automatizada (Katsh; Rifkin, 2001, p. 128).

Para viabilizar o uso dos métodos de ADR e de ODR, existem os conciliadores, os mediadores e as instituições dedicadas à resolução de conflitos por meios alternativos ao processo judicial, notadamente aqueles cadastrados como câmaras privadas nos Tribunais de Justiça (TJs). O presente artigo almeja traçar um panorama das câmaras privadas, o que pressupõe uma análise do contexto da autocomposição no cenário nacional, considerando as parcerias nas quais essas atividades podem se desenvolver.

À vista disso, este estudo tem como objetivo realizar uma análise detalhada do assunto, de modo a contribuir para a caracterização das instituições ao abordar questões como a distribuição geográfica das câmaras no país, os métodos autocompositivos utilizados, a parceria e o cadastramento nos tribunais, a incorporação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos, bem como a possibilidade de ampliação do acesso à Justiça.

Diante do exposto, esta pesquisa visa responder à seguinte pergunta: quais são as principais características das instituições que desempenham atividades autocompositivas para a solução de conflitos, cadastradas como câmaras privadas nos tribunais estaduais, em particular sobre as condições de acessibilidade, ferramentas e métodos utilizados?

Metodologicamente, para melhor compreensão das câmaras privadas no cenário brasileiro, foi adotado um tratamento descritivo, que incluiu revisão de literatura, pesquisa documental, realização de entrevistas e construção e envio de questionários direcionados às instituições que atuam extrajudicialmente com métodos alternativos de solução de conflitos.

A pesquisa contemplou a elaboração de um questionário (via Google Forms) direcionado a essas instituições. Com o envio dos questionários, pretendeu-se obter informações necessárias e atualizadas para traçar um panorama nacional do tema abordado. A construção e o encaminhamento dos questionários foram essenciais para o levantamento e a homogeneização de informações a fim de mapear o referido cenário nacional.

Algumas organizações enviaram *e-mails* noticiando a impossibilidade de participação na pesquisa, alegando "questões de segurança, sigilo e confidencialidade" ou ausência de "autorização para repassar informações sobre [seus] procedimentos", outras mencionaram que a instituição era "proibida de integrar ou participar de qualquer trabalho acadêmico que não tenha sido aprovado previamente pelo referido Conselho, especialmente em razão do sigilo" (respondente).

À vista disso, o grupo-alvo do questionário foi composto por 159 organizações, das quais 78 responderam. Uma foi excluída devido a inconsistências, totalizando 77 respondentes. A coleta de dados ocorreu de dezembro de 2020 a maio de 2021. O total de respostas representa 48,43% das câmaras privadas cadastradas existentes na ocasião, com uma margem de erro de 8,05% e um nível de confiabilidade de 95%.[1]

Para a construção do questionário enviado às câmaras privadas para mapeamento do cenário nacional, foram considerados os parâmetros de tabulação e os fatores de pesquisa propostos por Arbix (2017, p. 223), aplicados em diferentes escala e contexto.

O questionário foi encaminhado ao endereço eletrônico das câmaras registrado no portal do tribunal no qual a instituição é cadastrada. Nos casos em que essa informação não estava disponível, buscou-se identificar o responsável por meio de ligação telefônica. Em alguns casos, também foram enviadas mensagens por WhatsApp, via seção "fale conosco" ou ouvidoria dos portais das câmaras.

Por último, cabe salientar que, para melhor compreensão do contexto das câmaras privadas, foram realizadas duas entrevistas semiestruturadas. Foram identificadas organizações que possuíam soluções tecnológicas para a realização de conciliação e mediação de conflitos de forma completamente automatizada e que estavam cadastradas em mais de um TJ. Apenas duas câmaras preencheram ambos os critérios, e, portanto, os representantes dessas organizações foram entrevistados.

A utilização do instrumental descrito possibilitou a apresentação do fenômeno em estudo sob a perspectiva das câmaras privadas, uma das frentes de execução da política pública judiciária. O mapeamento do cenário nacional sobre as câmaras privadas na perspectiva autocompositiva ganha relevância diante da ausência de relatórios consolidados, da escassez de dados disponíveis para consulta pública e do fato de nem todas as organizações terem *sites*. Ademais, em consulta pormenorizada nos portais eletrônicos das instituições que os têm, nem todos os dados de interesse para a pesquisa estavam disponíveis. Além disso, o conteúdo e o volume de informações disponíveis variaram quando analisados de maneira comparativa.

1 A determinação do tamanho mínimo da amostra e da margem de erro levou em consideração os ensinamentos de Stevenson (1983, p. 201-206), bem como a observação dos valores de referência que são adotados de forma predominante por Patino e Ferreira (2015, p. 565).

Destaca-se a lacuna de produção acadêmica existente no momento da pesquisa, pois foram localizados poucos estudos sobre o contexto proposto, devido à recente criação da política judiciária (política pública de tratamento adequado de conflitos), das parcerias com as câmaras privadas e das normativas correspondentes.

Assim, a significância deste artigo advém da atualidade do tema, da carência de literatura, da contribuição para a sistematização de informações dispersas e do caráter interdisciplinar da temática, que abrange interfaces com Administração, Políticas Públicas e Direito.

O presente artigo é organizado em três seções. A primeira, aborda aspectos conceituais do uso de métodos adequados de resolução de conflitos, bem como a incorporação de tecnologia nesses processos. A segunda, busca entender o contexto brasileiro sobre a temática em análise.

Por fim, na terceira seção, são apresentadas algumas conclusões sobre o estudo realizado. Constatou-se que o fenômeno estudado apresenta disparidades significativas entre as câmaras privadas. A distribuição geográfica das câmaras revela que, em alguns estados, notadamente os da região Sudeste, houve melhorias no acesso à Justiça por meio da oferta de métodos autocompositivos para a solução de conflitos. Contudo, em algumas regiões, sobretudo na região Norte, ainda existem muitas limitações.

Verificou-se que a tecnologia para a solução de controvérsias é incorporada em diferentes graus no contexto das câmaras privadas. Algumas instituições pesquisadas demonstraram um uso mais avançado da tecnologia, integrando-a como parte importante do processo decisório, ajudando a direcionar as partes rumo à tomada de decisão.

Portanto, constatou-se que a utilização de métodos alinhados ao conceito de ODR permite que a tecnologia atue como uma quarta parte na relação (Katsh; Rifkin, 2001; Arbix, 2017). Nesse sentido, o uso de ODR representa uma nova via de solução de controvérsias, e não apenas um meio de operacionalizar métodos já existentes (Arbix, 2017, p. 59; Katsh; Rifkin, 2001, p. 94).

1. Métodos adequados de solução de conflitos (ADR) e Resolução *On-line* de Controvérsias (ODR): principais características, facilitadores e dificultadores

Ocorreram mudanças importantes na compreensão da expressão "acesso à Justiça", que, atualmente, não é mais vista como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário (Cappelletti; Garth, 1988, p. 3; Marona, 2013, p. 352). O acesso efetivo à Justiça é uma garantia que ultrapassa os limites territoriais, pois está relacionado à consolidação de um Estado Democrático e de uma sociedade mais igualitária (Sadek, 2009, p. 171-175; Santos, 1999, p. 146).

Cappelletti e Garth (1988) observaram que, para que os indivíduos, notadamente os mais carentes, possam ser verdadeiros cidadãos e alcançar a garantia de seus direitos, é necessário superar algumas barreiras de acesso. Essas barreiras são mais comuns em casos

menos complexos, envolvendo autores individuais em situação de pobreza, diferentemente do que ocorre, em média, com os litigantes habituais.[2]

Nos países ocidentais, os autores identificaram, a partir de 1965, o surgimento de movimentos renovatórios de acesso à Justiça, com certa sequência cronológica. Tais movimentos são explicitados por meio de três ondas, detalhadas a seguir, que representam medidas práticas implementadas para melhorar o acesso à Justiça.

A primeira onda manifesta-se na garantia de assistência judiciária para os pobres e revela os esforços dos países para promover serviços jurídicos para a população carente, que muitas vezes não tem consciência da existência de determinados direitos (Cappelletti; Garth, 1988, p. 31-49). A segunda onda, por sua vez, compreende a ampliação do acesso à Justiça, mudando o foco do direito individual (e dos pobres) para o alcance de direitos transindividuais, representando a Justiça do interesse público (Cappelletti; Garth, 1988, p. 49-67).

A terceira onda, conhecida como abordagem de acesso à Justiça, busca a informalização e a simplificação das leis e dos procedimentos judiciais existentes, além de incentivar a adoção de meios extrajudiciais de resolução de litígios. Isso inclui a transferência de competência para sistemas informais, com vistas à redução dos crescentes gastos gerados no sistema jurídico formal (Cappelletti; Garth, 1988, p. 67-73).

Desse modo, os métodos extrajudiciais de solução de conflitos ampliam os canais de comunicação entre as partes e representam alternativas viáveis de acesso à Justiça. Em consonância com a terceira onda, os métodos adequados de solução de conflitos (ADR) incorporam medidas conciliatórias, priorizam a mediação ou a intervenção de terceiros de forma apaziguadora, e incluem a arbitragem como forma eficaz de solucionar litígios (Menkel-Meadow, 2015, p. 1-10).

Nos Estados Unidos, o uso de ADRs ganhou destaque e investimento, sob o enfoque de que "acima de tudo, precisamos mudar a atitude do público em relação a mais formas construtivas de resolução de disputas" (Sander, 2000, p. 9).

Com a ampliação do uso da internet e o surgimento de novas demandas relacionadas às interações *on-line*, desenvolveram-se ferramentas de ODR, que combinam métodos de ADR com novas soluções tecnológicas (Wing *et al.*, 2021, p. 50-51).

A tecnologia e a ODR, além de encurtar distâncias entre os envolvidos, passaram a desempenhar tarefas mais sofisticadas. Segundo Amorim e Rodrigues (2019), "é preciso reconhecer que a aproximação inicial entre a ODR e a ADR não equivale a caracterizar,

2 O litigante habitual ou organizacional é a pessoa jurídica envolvida em muitos processos judiciais (litígios) e, portanto, tem maior *expertise* e recursos econômicos e humanos, o que permite uma análise mais estratégica dos procedimentos, utilizando-os a seu favor (Cappelletti; Garth, 1988, p. 25-26).

no contexto atual, a ODR como uma mera ADR virtual" (Amorim; Rodrigues, 2019, p. 174-175).

Assim, a ODR não se limita a transpor as técnicas autocompositivas existentes do ambiente analógico para o digital (Amorim; Rodrigues, 2019; Arbix, 2017). Nesse sentido, a ODR é caracterizada não apenas pelo uso de tecnologia, mas pelo surgimento de uma "quarta parte" na relação, capaz de fornecer subsídios necessários para que a decisão seja proferida por um terceiro imparcial e, até mesmo, para substituí-lo (Katsh; Rifkin, 2001, p. 94).

A expressão "quarta parte" foi elaborada por Katsh e Rifkin (2001), vanguardistas no estudo e na promoção do uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) para gerenciar conflitos, para se referir aos casos em que a decisão é guiada por *software*, por meio do uso de algoritmos, robôs, dados parametrizados e inteligência artificial, de modo a alcançar a melhor solução para o caso concreto (Katsh, 2006, p. 5).

Assim, o aprimoramento e o desenvolvimento de novas ferramentas tecnológicas ampliam as possibilidades de uso, alcance e funções desempenhadas pela ODR, o que permite melhor gerenciamento da comunicação e processamento de informações (Wing *et al.*, 2021, p. 51). De acordo com Arbix (2017), a propagação de mecanismos *on-line* de resolução de conflitos "ganha terreno com a insatisfação com órgãos judiciais e mecanismos de ADR tradicionais" (Arbix, 2017, p. 148-149), apresentando-se como uma nova via para acessar a Justiça (Cooley, 2001, p. 23).

Nesse cenário, Susskind (2020) reflete sobre a interação entre o uso da tecnologia e o sistema de Justiça, propondo que a jurisdição é um serviço ("*justice as a service*") que prescinde de espaço físico, podendo ser prestada por meio de tribunais *on-line*. Para os participantes, o que importa é o resultado final, ou seja, a solução dos conflitos (Susskind, 2020, p. 27; Susskind, 2017, p. 99).

Cortés (2011) salienta alguns facilitadores do uso de ODR em geral, como: a) economia de tempo, pois os procedimentos são mais ágeis em virtude da flexibilidade concebida pelo uso de comunicações assíncronas, que não estão sujeitas ao horário comercial; b) economia de custos, uma vez que não há necessidade de gastos com deslocamentos e hospedagens, além do impacto financeiro positivo gerado pelo melhor uso do tempo; c) conveniência do procedimento, o que torna possível que a parte tenha mais tempo para refletir sobre as propostas recebidas e as respostas a serem enviadas, melhorando a comunicação (reflexão sobre a linguagem e o texto antes de encaminhar a mensagem); d) maior controle sobre a decisão, pois, quando consensual, a decisão resulta da vontade dos participantes e, quando imposta, é possível escolher o terceiro imparcial; e) controle sobre os resultados com maiores chances de cumprimento voluntário, conferindo efetividade ao acordo (Cortés, 2011, p. 56-57).

Também podem ser destacados como aspectos positivos: a capacidade de auxiliar instituições a identificar falhas e causas de conflitos, com vistas a resolvê-los; o aprimoramento da avaliação das organizações, aumentando sua credibilidade e melhorando o relacionamento

entre os participantes; a superação de barreiras linguísticas, normativas e geográficas; a redução do volume de processos judiciais, o que resulta em economia para o setor público; e a adaptação para resolver conflitos gerados em ambientes virtuais, por exemplo, o *e-commerce*.

No entanto, há desafios atrelados a questões de imparcialidade, como vieses nos algoritmos e direcionamentos influenciados por financiadores; o engajamento das partes no uso de ODR; a necessidade de transparência e *accountability* no funcionamento dos mecanismos, processamento e desfecho dos conflitos; além da questão da assimetria de poder e o potencial agravamento das desigualdades entre os participantes (Arbix, 2017, p. 2016; Cortés, 2011, p. 75).

De acordo com Cortés (2011, p. 56-57), os principais obstáculos incluem: a) ausência de contato presencial, que dificulta a captura de *nuances* e linguagem não verbal durante a comunicação; b) problemas tecnológicos, que variam conforme o nível de *expertise* e habilidades dos usuários, sendo mais relevantes do que falta de familiaridade ou de acesso; c) barreiras linguísticas, que decorrem principalmente da predominância do uso da língua inglesa; d) questões normativas, que são agravadas pela falta de regulamentação, em especial no âmbito do poder público; e) voluntariedade do processo, que depende do consentimento das partes, não podendo ser obrigatório; f) falta de transparência, que pode ocultar questões de repercussão geral.

Assim, é essencial avaliar a eficácia desses mecanismos e estabelecer os princípios éticos fundamentais, pois "a introdução do aprendizado de máquina nos processos de ODR ampliará os desafios de garantir a confidencialidade, justiça, responsabilidade e transparência, especialmente quando os resultados são gerados por algoritmos dentro da 'caixa preta' da inteligência artificial" (Wing *et al.*, 2021, p. 50-51).

Com o avanço da tecnologia e a fusão dos ambientes virtual e físico, a ODR expande sua capacidade para abordar conflitos originados tanto *on-line* quanto *off-line*, impulsionada pelo aumento na capacidade de armazenamento e processamento de dados das ferramentas tecnológicas. No Brasil, iniciativas tanto na esfera pública como na esfera privada incorporam tecnologia para a solução extrajudicial de conflitos, potencialmente ampliando o acesso à Justiça ao oferecer aos cidadãos novas vias para a solução de controvérsias.

No entanto, Economides (1999, p. 71-72) levanta a possibilidade e o risco de serem ofertadas aos indivíduos "soluções pacíficas, possivelmente até soluções com as quais possam ficar extremamente contentes e felizes, que, no entanto, permanecem aquém do resultado passível de ser obtido caso os direitos legais fossem exercidos por intermédio do sistema judiciário formal".

Em consonância com a realidade brasileira, pesquisas internacionais apontam que, em sociedades com significativa desigualdade econômica e social, há alta probabilidade de amplas camadas da população, sobretudo indivíduos vulneráveis, desconhecerem seus direitos (Sadek, 2014, p. 58). Esse contexto representa um obstáculo para a democratização do acesso à Justiça no país, que é marcado pela desigualdade social e pela concentração de renda nas mãos de uma minoria privilegiada.

No Brasil, uma parcela significativa da população encontra-se em um ciclo de restrições, com falta de acesso a políticas públicas adequadas, serviços públicos de qualidade insuficiente e barreiras no acesso aos sistemas de saúde, moradia e educação. Sem integrar os indivíduos que estão em situação marginalizada, que muitas vezes desconhecem os próprios direitos, a Justiça não pode promover inclusão nem contribuir para o bem-estar social e para o desenvolvimento da cidadania. Nesse sentido, Santos (1999, p. 148-149) destaca as disparidades existentes entre a justiça civil e a justiça social.

Fatores econômicos, sociais e culturais não deveriam ser obstáculos para a acessibilidade à Justiça pelos cidadãos. No Brasil, é importante ressaltar como uma barreira para a democratização do uso de tecnologias e, consequentemente, de ODR pela sociedade, a dificuldade enfrentada pela população no acesso às TICs. Isso engloba a disponibilidade de tecnologia, acesso à informação, a conexão à internet e distintos níveis de habilidade e familiaridade entre os participantes (Arbix, 2017; Cortés, 2011), especificamente entre os grupos que enfrentam exclusão social, como desempregados, pobres, aposentados, homossexuais, negros, presos e outros.

Dados da *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros* de 2019 (CGI.br, 2020) revelam que 20 milhões de domicílios brasileiros não têm acesso à internet (28% do total); nas classes D/E, esse número chega a 50% (13 milhões). O estudo também identificou que há 47 milhões de brasileiros que não utilizam a internet, o que corresponde a um em cada quatro brasileiros, com 40 milhões deles tendo cursado apenas até o ensino fundamental e 45 milhões pertencendo às classes C e D/E. Notavelmente, o telefone celular é o principal dispositivo usado para acessar a internet, exclusivamente utilizado por 58% dos usuários, abrangendo 99% dos usuários dos acessos totais. Esses dados evidenciam que o acesso à internet está intimamente relacionado a fatores sociodemográficos (CGI.br, 2020, p. 23-24).

1.1. Contexto brasileiro: métodos autocompositivos e institucionalização das câmaras privadas

No cenário brasileiro, o CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses, formalizada pela Resolução n. 125, de 29 de outubro de 2010, e suas alterações posteriores. Essa política foi desenvolvida com base em práticas já implementadas em alguns órgãos do Judiciário, com vistas à sistematização dessas iniciativas em toda a Justiça (Brasil, 2010). Representa, assim, um importante passo para incentivar e consolidar métodos autocompositivos.

A resolução abrangeu a criação pelos Tribunais dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs), responsáveis por coordenar e implementar a política nos estados, além dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), unidades encarregadas de operacionalizar métodos consensuais para a resolução de disputas (Brasil, 2010).

A partir da Constituição da República de 1988 e da mencionada Resolução n. 125 do CNJ de 2010, foi estabelecido em 2015 um conjunto normativo que promove a adoção de métodos adequados de solução de conflitos, composto principalmente pelo CPC (Brasil, 2015a) e pela Lei de Mediação (Brasil, 2015b).

Nesse contexto, a solução consensual ganha relevância no CPC por meio de um novo desenho procedimental do processo, incentivando a autocomposição a qualquer momento, seja no início até o decorrer do processo, inclusive na fase recursal. O CPC regula especialmente a mediação e a conciliação incidentais, ou seja, quando existe um processo em tramitação.

A Lei de Mediação, por sua vez, normatizou o instituto e estabeleceu os princípios e os requisitos da mediação judicial e extrajudicial. Além disso, a legislação enfatiza a importância de um ambiente favorável, com a garantia de um espaço seguro (confidencialidade), confiável e colaborativo. Os participantes devem estar plenamente informados sobre os objetivos das sessões, as condições de operacionalização, as regras do procedimento, o papel dos facilitadores e a validade de eventuais acordos celebrados, entre outros aspectos.

Quanto à capacitação e ao treinamento dos conciliadores e dos mediadores, ambos devem ter certificação nos moldes definidos na Resolução n. 125/2010 do CNJ. Para atuar como conciliador, é necessário ser estudante de qualquer curso de nível superior a partir do 5º período, enquanto o mediador deve ser graduado em qualquer área há mais de dois anos. Conforme previsto no CPC, ambos são considerados auxiliares da Justiça e suas atribuições são definidas pelas normativas de organização judiciária.

As sessões são conduzidas com a participação de mediadores e conciliadores, que podem ser escolhidos livremente pelas partes. Caso sejam designados pelo tribunal, devem estar previamente cadastrados no respectivo órgão (Nupemec) e no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CCMJ), conforme estabelecido pelo CNJ.

As atividades dos mediadores e conciliadores são geralmente remuneradas, a menos que o tribunal tenha um quadro próprio de profissionais, selecionados por concurso público, ou que optem por atuar de forma voluntária de acordo com a regulamentação dos órgãos competentes (art. 167, § 6º e art. 169 do CPC [Brasil, 2015a]; art. 13 da Lei de Mediação [Brasil, 2015b] e art. 12, § 5º, da Resolução n. 125/2010 do CNJ [Brasil, 2010]). Dessa forma, esses profissionais podem estar vinculados ao tribunal – por exemplo, serem servidores ou estagiários –, a instituições públicas ou privadas, ou atuar de forma independente.

Na seara privada, diversas organizações dedicam-se à resolução de conflitos por meio de formas alternativas (centros especializados), incluindo desde instituições empresariais até centros de ensino que oferecem prática jurídica a estudantes. Nesse contexto, a política judiciária mencionada permite a colaboração entre o Poder Judiciário e essas organizações. Para isso, as instituições parceiras devem cumprir requisitos específicos e cadastrar-se nos Nupemecs dos tribunais para se qualificar como câmaras privadas. Todos os facilitadores dessas câmaras devem estar inscritos no cadastro de mediadores e conciliadores e ter capacitação e certificação conforme os padrões definidos pelo CNJ.

Dessa forma, as instituições cadastradas como câmaras privadas nos TJs podem atuar tanto na esfera processual, recebendo encaminhamentos de demandas pré-processuais e processuais dos Cejuscs, quanto submetendo os acordos celebrados à homologação judicial. É importante ressaltar que a atuação pré-processual pode ocorrer de forma independente, sem inter-relação com o Poder Judiciário.

Além disso, para atender aos processos de gratuidade de justiça, o CPC determina, conforme o art. 169, § 2º, que as câmaras privadas devem assumir um percentual de audiências não remuneradas estipulado pelos tribunais como contrapartida ao seu cadastramento. Por sua vez, a Resolução n. 271/2018 especifica que esse percentual corresponde a 20% dos casos encaminhados pelo Judiciário sem ônus (art. 2º, § 7º c/c art. 12-D da Resolução n. 125/2010 do CNJ). Para os demais casos, cabe às partes arcar com os custos de remuneração das câmaras.

No Brasil, existem iniciativas que utilizam tecnologia em distintos graus para a solução de controvérsias, tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário, nas searas pública e privada. No que diz respeito ao Poder Judiciário, há diversas ações de modernização, em curso desde 2004, impulsionadas pelo advento das TICs.

O uso da tecnologia ganhou amplitude, e diversas iniciativas foram implementadas com o objetivo de modernizar a máquina administrativa, melhorar a prestação jurisdicional, aumentar a transparência e a prestação de contas. O marco da implementação do sistema eletrônico foi em 2006, com a entrada em vigor da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e determina a migração dos processos do meio físico para o eletrônico (e-Proc).

É inegável que o uso de ferramentas tecnológicas tem o potencial de aprimorar a prática do Direito e a administração da Justiça (Susskind, 2020, p. 368). Nesse sentido, surgiram outros desdobramentos a partir do manejo do banco de dados criado pelo Processo Judicial Eletrônico (PJe), possibilitando melhor gestão do acervo processual e definição de estratégias de atuação. Isso permitiu a visualização de demandas repetitivas, a identificação dos assuntos mais debatidos e o reconhecimento dos grandes litigantes.

No setor privado, surgiram diversas *startups* que oferecem soluções autocompositivas por meio de plataformas digitais e disponibilizam serviços *on-line*. Uma análise dos sítios eletrônicos dessas instituições revelou a oferta de serviços de mediação, conciliação e/ou arbitragem. Além disso, constatou-se que essas empresas estão distribuídas em diversos estados brasileiros, com uma concentração notável na região Sudeste. As instituições apresentam uma formatação diferenciada, com diferenças significativas na atuação e na organização de seus modelos de negócio.

Nesse universo, as organizações dedicadas à resolução de conflitos por meios alternativos registradas como câmaras privadas nos TJs são o foco do presente artigo. Por se tratar de um tema recente, não foram localizados dados consolidados sobre o panorama nacional dessas instituições no momento da pesquisa. A próxima seção apresentará os resultados obtidos por meio de pesquisa documental, questionários e entrevistas realizadas.

2. Perspectiva nacional sob a dimensão das câmaras privadas

Para melhor compreensão do cenário nacional, foi realizada uma pesquisa a fim de identificar e capturar as principais características das organizações dedicadas à resolução de conflitos por meios alternativos ao processo judicial. Inicialmente, conduziu-se ampla busca para identificar essas organizações, em especial as que utilizam métodos autocompositivos.

Considerando as limitações de tempo e a mutabilidade dos resultados, o rastreamento foi efetuado em dois períodos, setembro e dezembro de 2020, visando alcançar uma amostra mais recente e representativa do universo em estudo.

Definiram-se previamente três critérios para a coleta da amostra. O levantamento foi executado de acordo com: a) a identificação de câmaras privadas habilitadas no portal do CNJ e/ou cadastradas nos portais dos 27 TJs; b) os resultados obtidos no buscador Google para instituições dedicadas à resolução de conflitos por meios alternativos ao processo judicial, independentemente de cadastro em tribunais; c) a consulta aos portais de associações e conselhos pertinentes.

Após a conclusão do levantamento, foi realizada a purificação dos dados para eliminar exclusivamente as duplicidades. Registros incompletos, mesmo aqueles que continham apenas o telefone da organização, sem indicação de sítio eletrônico ou *e-mail* institucional, não foram descartados. Depois do refinamento dos dados, a amostra totalizou 389 organizações dedicadas à resolução de conflitos por formas alternativas ao processo judicial.

A importância dessa catalogação é explicitada pela constatação de que, das 389 organizações identificadas, 159 estão cadastradas como câmaras privadas nos TJs, representando 40,87% da amostra. Se os registros cujos portais institucionais e endereços eletrônicos não foram localizados fossem excluídos, a representatividade dos dados seria ainda maior.

A perspectiva apresentada neste artigo contempla exclusivamente as câmaras privadas cadastradas, ou seja, as organizações credenciadas nos TJs. Essa escolha justifica-se pela representatividade estatística da amostra, pelo alinhamento com o tema de pesquisa e pelos recursos disponíveis, principalmente de tempo. Com isso, foi possível conhecer previamente o universo pesquisado e identificar o público-alvo do questionário. Vale destacar que o cadastramento foi confirmado com os respondentes, uma vez que uma das perguntas abordava essa questão.

É importante mencionar que foram identificadas algumas inconsistências entre o número de câmaras privadas informado pelos tribunais e o total encontrado na análise conjunta dos sítios eletrônicos do CNJ e dos próprios tribunais. Para solucionar essa discrepância, foram realizadas pesquisas mais detalhadas nos portais dos órgãos e no Google, com um exame cruzado dos dados e, em alguns casos, os tribunais foram contatados diretamente.

Assim, o grupo-alvo foi composto de 159 organizações, mas os dados apresentados referem-se aos 77 participantes da pesquisa, o que representa 48,43% das câmaras privadas cadastradas existentes na ocasião.

Foi perguntado às câmaras privadas a que atribuem o cadastramento nos tribunais. Constatou-se que aproximadamente 50% dos respondentes sinalizaram o interesse da organização

em se cadastrar como câmara privada e a possibilidade de homologação judicial dos acordos celebrados como fatores relevantes para justificar o credenciamento com os tribunais (16,52% de marcações). Similarmente, foi considerada como importante a divulgação sobre a possibilidade de utilização de câmaras privadas pelo Judiciário. Em seguida, surgiram questões atreladas à cultura da paz, ao incentivo do CNJ e ao conhecimento sobre o tema. Assim, para os respondentes, em primeiro plano estão questões vinculadas à própria instituição e, em segundo, ao Judiciário.

A apresentação das respostas foi categorizada em três pontos para melhor delinear o panorama nacional: 3.1. caracterização das câmaras privadas; 3.2. cadastramento e relação com os tribunais; 3.3. soluções tecnológicas.

2.1. Caracterização das câmaras privadas

Esta seção destina-se a apresentar algumas informações e peculiaridades sobre as câmaras relacionadas ao contexto da pesquisa para melhor compreensão do cenário vigente. No que se refere à natureza jurídica das organizações, apenas duas são públicas e 74 são privadas, correspondendo a 97,4% do total.[3]

Apesar do cadastramento nos tribunais ser um tema relativamente recente, a existência dessas instituições não é. Algumas atuam na área de resolução de conflitos há mais de 20 anos, contudo, a média apurada é de 6,88 anos. Apenas 13,16% dos respondentes representam instituições com mais de 15 anos de experiência.

As organizações que atuam há dois, três ou quatro anos totalizam 44,74% dos respondentes. O período que compreende o intervalo de um a sete anos computa 56 organizações, o que equivale a 76,71%. Esse dado indica uma expansão das atividades no setor nos últimos anos, sobretudo entre as organizações credenciadas nos tribunais. Essa tendência está em consonância com a entrada em vigor de diversas normativas sobre métodos alternativos de soluções de conflitos, notadamente a partir de 2015/2016.

No que se refere ao custeio das sessões de conciliação e mediação, existe uma gama de formatos possíveis. Entretanto, em 51,9% dos casos, o ônus é dividido entre os envolvidos. Assim, a responsabilidade pelo pagamento das sessões é distribuída da seguinte forma: a) em 40 câmaras, ambas as partes; b) em 20, o reclamante; c) em 11, os procedimentos são gratuitos; d) em três, o requerido; e) em três câmaras, há uma assinatura mensal paga pela parte interessada como contraprestação pelos serviços prestados.

As ocorrências de gratuidade correspondem a 14,3% e incluem as instituições de ensino (10) e a Defensoria Pública (1). Dessas, oito são cadastradas no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), duas no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e

3 Houve uma abstenção e foi observado que, no caso, a câmara não possui personalidade jurídica própria.

uma no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Ainda em relação ao pagamento das sessões, é importante ressaltar que, embora a questão não esteja normatizada em todos os tribunais, à luz do art. 12-D da Resolução n. 125/2010 do CNJ, há um percentual de sessões que as câmaras devem suportar de forma não remunerada. Essa exigência é uma contrapartida pelo credenciamento nos tribunais e é prevista para atendimento de casos de assistência jurídica gratuita.

Com relação aos mecanismos utilizados para a resolução de conflitos, os dados revelam que: a) 76 câmaras utilizam mediação; b) 70 câmaras utilizam conciliação; c) 48 câmaras utilizam negociação; d) 35 câmaras utilizam arbitragem; e) 18 câmaras utilizam outros métodos. Portanto, a mediação é o mecanismo mais empregado, usada por 98,7% das câmaras, seguida pela conciliação, com 90,9%, e pela negociação, com 62,3%. Esses resultados indicam a utilização concomitante de diferentes ferramentas pelas câmaras.

Quanto à composição do corpo de profissionais atuantes nas câmaras, constatou-se grande semelhança entre conciliadores e mediadores no quesito formação acadêmica e capacitação, conforme demonstrado, a seguir, na Tabela 1.

TABELA 1 – **FORMAÇÃO ACADÊMICA E CAPACITAÇÃO DOS CONCILIADORES E MEDIADORES ATUANTES NAS CÂMARAS PRIVADAS – BRASIL – 2021**

CAPACITAÇÃO	N. DE CONCILIADORES (%)	N. DE MEDIADORES (%)
POSSUEM NÍVEL SUPERIOR	61 (80,26)	68 (88,31)
MAJORITARIAMENTE FORMADOS EM DIREITO	41 (53,95)	41 (53,25)
FIZERAM CURSO/TREINAMENTO	57 (75,00)	68 (88,31)
ACUMULAM AS TRÊS CARACTERÍSTICAS	36 (47,37)	38 (49,35)

Fonte: Elaboração própria.

Em ambos os casos, a maioria dos profissionais tem nível superior, e mais de 50% são graduados em Direito. Não está claro se são grupos distintos ou se há uma acumulação de funções pelos profissionais. Nesse contexto, é importante pontuar que, para que o profissional interessado seja cadastrado na plataforma do CNJ, é necessário preencher alguns requisitos prévios.

Em relação à formação acadêmica dos profissionais, os conciliadores podem atuar antes mesmo da conclusão do ensino superior, desde que tenham a capacitação e a certificação

exigidas. No entanto, os mediadores devem ser graduados em qualquer área há pelo menos dois anos, conforme estabelecido no art. 11 da Lei de Mediação.

No que se refere à capacitação, 75% dos conciliadores e 88,31% dos mediadores realizaram cursos e treinamentos específicos para atuação nas instituições. É fundamental destacar que a certificação em curso de formação de mediadores e/ou conciliadores, englobando as etapas teóricas e práticas, é obrigatória conforme determinação do CNJ.

Portanto, é essencial que as câmaras privadas invistam na capacitação dos profissionais. A formação adequada da equipe não apenas é uma exigência do CNJ, mas também fortalece o uso dos métodos autocompositivos para a solução de conflitos.

No tocante à observância do art. 165 do CPC[4] para a identificação das hipóteses em que ocorrerá a mediação ou a conciliação, os resultados foram os seguintes: a) 64 câmaras adotam o critério definido pelo CPC; b) em nove, não é aplicado o mencionado artigo, e há outros parâmetros para escolha e identificação dos casos sujeitos à conciliação e à mediação; c) em três, são realizadas apenas mediações; d) em uma câmara, ocorrem apenas conciliações.

Assim, 83,11% das câmaras privadas informaram adotar o critério estabelecido pelo CPC. Se excluirmos aquelas que atuam exclusivamente com mediação ou conciliação, esse percentual é ainda mais significativo e atinge 94,52% dos respondentes.

O campo jurídico para aplicação dos métodos autocompositivos é abrangente, visto que as demandas atendidas pelas instituições envolvem diversas matérias. Os casos mais representativos foram categorizados da seguinte forma: a) cíveis para 71 respondentes; b) família para 69; c) comercial/empresarial para 63; d) consumidor para 54; e) trabalhista para 31; f) comunitária para 26.

Outros temas citados tiveram menor incidência e somam: a) cinco respondentes para demandas do setor escolar; b) quatro para direito imobiliário (construção, incorporação, locação, compra e venda) e condominial; c) dois para financeiro, saúde e direito médico, direito administrativo e ambiental; d) um para opções como tributário, internacional público e privado ou questões específicas em setores como bancário, marítimo, aeronáutico, rodoviário, ferroviário, aeroportuário, turismo, desportivo, agronegócio, franquias, consórcios e família, especificamente quando não há filhos.

Observa-se que a ampla maioria das câmaras privadas atua no direito civil. Considerando que as câmaras operam simultaneamente em diversas áreas, as mais comuns são família, consumidor, cível e comercial.

4 O artigo mencionado dispõe que a conciliação ocorrerá preferencialmente quando não houver vínculo anterior entre as partes e o conciliador pode sugerir soluções para o conflito. Já a mediação ocorrerá nas hipóteses em que há vínculo anterior e as partes, por si próprias, identificam as soluções possíveis para o litígio.

Nesse cenário, a maioria das câmaras (87,01%) atende três ou mais áreas jurídicas, e 36 delas operam em três ou quatro, e 31 em cinco ou mais áreas. Somente oito respondentes operam em duas áreas, enquanto duas câmaras indicaram atuar exclusivamente com direito de família, representando 2,60% do total. Além disso, identificaram-se instituições que se destacaram em matérias específicas ou especializadas, como direito internacional, franquias, consórcios, transporte, turismo, desportivo e agronegócio.

Uma análise pressupõe que a distribuição geográfica das câmaras no país e o número de áreas jurídicas que elas cobrem podem indicar o grau de acessibilidade dessas instituições para a população. Câmaras mais especializadas tendem a atuar em um menor número de áreas, o que pode resultar em uma expectativa de remuneração mais alta e, possivelmente, menor acessibilidade devido à distribuição regional e ao custo dos serviços especializados. No entanto, câmaras privadas especializadas podem receber maior volume de processos encaminhados dos Cejuscs, considerando sua *expertise*.

No que concerne à disponibilidade de relatórios ou dados sobre os acordos celebrados, as matérias jurídicas tratadas nas demandas em litígio e o perfil do público atendido (sexo, escolaridade, etc.), os resultados sinalizam que: a) 56 câmaras possuem relatórios sobre o quantitativo de acordos celebrados; b) 24 câmaras possuem relatórios sobre as matérias discutidas nas demandas; c) 14 câmaras têm relatórios sobre o perfil dos públicos atendidos.

Entretanto, 19 câmaras (24,7% dos respondentes) não contam com tais relatórios. É importante destacar que os relatórios não apenas permitem o acompanhamento da execução da política pública, mas também são fundamentais à luz do CPC para fins estatísticos, de avaliação e de transparência. Conforme previsto no art. 167, § 3º, do CPC, os tribunais devem classificar de modo sistemático e publicar, pelo menos anualmente, o "número de processos de que participou [câmara e facilitador], o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que julgar relevantes". Esses dados são essenciais para os cidadãos, pois podem escolher livremente as câmaras privadas, como estabelecido no art. 168 do CPC.

Ao analisar os dados conjuntamente, observa-se que apenas 11 câmaras têm os três tipos de relatórios mencionados; 12 têm relatórios sobre a matéria discutida e o quantitativo de acordos; duas possuem relatórios sobre o quantitativo de acordos e os perfis dos públicos atendidos. Em contrapartida, 31 câmaras informaram ter apenas relatórios sobre o quantitativo de acordos celebrados.

Quando questionadas sobre a disponibilidade dos relatórios para consulta, 41 câmaras responderam negativamente. Alguns respondentes justificaram essa negativa citando que os dados são considerados "internos", "estratégicos", "sigilosos", "confidenciais", ou destinados ao "controle interno", além de estarem sujeitos a "tratamento e sistematização".

Apenas três câmaras afirmaram que os relatórios podem ser compartilhados, enquanto outras 18 indicaram que a possibilidade de acesso poderia ser avaliada mediante solicitação e aprovação interna. Contudo, houve ressalvas sobre os temas e os dados disponíveis, como a limitação à divulgação dos quantitativos de processos encaminhados pelos tribunais.

Como uma frente em expansão da política pública de tratamento adequado de conflitos, é crucial monitorar o ambiente em constante aprendizado. É essencial saber se essa abordagem está sendo eficaz, quais resultados estão sendo obtidos e quem está sendo beneficiado, pois a eficácia do serviço prestado depende da medição e avaliação prévias. O monitoramento da execução da política pública como um todo se apresenta como uma importante oportunidade de aprendizado ao mapear a institucionalização dos métodos e identificar possíveis lacunas.

O crescimento no número de câmaras privadas sem um monitoramento claro dos serviços prestados e sem o treinamento adequado dos profissionais pode ter consequências indesejadas. Esse aumento pode intensificar assimetrias informacionais, econômicas e de habilidades negociadoras entre litigantes frequentes e individuais, além de potencialmente contribuir para a desvalorização e o descrédito dos métodos autocompositivos por parte da população.

2.2. Cadastramento e relação com os Tribunais

Todas as instituições respondentes confirmaram estar cadastradas como câmaras privadas em algum TJ. A maioria expressiva, 62,3%, está registrada em tribunais de grande porte, destacando-se 28 no TJSP, 12 no TJMG, oito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) e duas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Nos tribunais de médio porte, são nove no TJPE, cinco no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJMT), três no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), duas no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), uma no Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) e apenas três em tribunais de pequeno porte, sendo duas no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (TJMS) e uma no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN).

Observou-se que 62,34% das instituições respondentes estão localizadas na região Sudeste, com destaque para São Paulo, e notou-se a ausência de câmaras privadas cadastradas nos sete TJs da região Norte do país. Ademais, 97,40% das câmaras estão credenciadas exclusivamente em um tribunal, e apenas duas estão registradas em mais de um órgão da Justiça estadual.

Nota-se que a concentração de câmaras está diretamente relacionada com regiões de alta densidade populacional e recursos financeiros, em especial no estado de São Paulo. Além disso, a predominância em grandes centros urbanos e regiões de maior poder aquisitivo sugere o perfil do público atendido, com maior probabilidade de uso por litigantes habituais em comparação a um atendimento mais pulverizado, que poderia ampliar o acesso para litigantes individuais.

A pesquisa revelou que, entre 159 organizações identificadas, apenas quatro estão cadastradas em mais de um tribunal. Notavelmente, os credenciamentos múltiplos predominam no TJSP e em tribunais da região Sudeste do país.

Apesar dessa distribuição, ao analisar a atuação geográfica das instituições, constatou-se que 25 câmaras operam em mais de um estado da federação, correspondendo a 32,9% dos respondentes. No entanto, a maioria está cadastrada em apenas um tribunal. Ressalta-se que o cadastro não é único em âmbito nacional; as câmaras devem se credenciar em cada tribunal de interesse, dependendo da disponibilidade de cada órgão. Portanto, é fundamental ponderar ambos os critérios para uma compreensão completa do fenômeno.

Por seu turno, 38 câmaras exercem atividades exclusivamente em um estado da federação, alinhando-se ao cadastramento mencionado antes. Ademais, 13 câmaras informaram operar tanto no Brasil quanto no exterior.

Por fim, com relação ao encaminhamento de demandas dos Cejuscs dos tribunais para as câmaras, os resultados são os seguintes: a) 41 nunca receberam, o que representa 53,2%; b) 21 recebem esporadicamente, equivalente a 27,3%; c) 15 recebem com frequência, o que corresponde a 19,5%.

Das 15 câmaras que recebem demandas dos Cejuscs com frequência, uma delas é a Defensoria Pública, enquanto outras cinco são instituições de ensino (quatro no TJPE e uma no TJSP). Assim, elas oferecem atendimento gratuito às partes. As demais câmaras estão predominantemente cadastradas no TJSP (seis) e no TJRJ (quatro).

Nesse sentido, ao consultar as câmaras sobre iniciativas ou observações importantes que quisessem destacar, mais de uma vez foi relatada a necessidade de remuneração dos profissionais e do aumento no encaminhamento de demandas para as câmaras. Sublinhou-se que se sentiriam "valorizados e isso traz, consequentemente, maior reconhecimento, não só para os profissionais, mas para o procedimento como um todo e toda a mudança de cultura" (respondente).

Durante uma entrevista, um representante de uma das câmaras destacou que, devido à extensão das medidas de isolamento social implementadas na pandemia e à continuidade da suspensão do expediente presencial nos tribunais, a partir do final de 2020 e início de 2021, o tribunal começou a encaminhar várias demandas gratuitas à instituição.

2.3. Soluções tecnológicas

Quanto ao uso de tecnologia, a maioria dos respondentes (92,2%) afirmou que suas câmaras incorporaram soluções tecnológicas para realizar sessões a distância, totalizando 71 instituições. Em contraste, apenas seis respondentes indicaram a impossibilidade de solução de conflitos *on-line*, sendo uma delas uma instituição de ensino.

Sobre a necessidade de intervenção humana nas negociações entre as partes e o nível de automação das atividades de conciliação e mediação desempenhadas pela instituição, os resultados apresentaram o seguinte panorama: a) 48 respondentes (62,3%) mencionaram que as sessões são conduzidas por videoconferência ou de forma presencial, obrigatoriamente com intervenção humana; b) 24 respondentes (31,2%) indicaram que oferecem ambas as opções, sessões completamente automatizadas ou presenciais, dependendo da natureza do conflito ou da preferência das partes envolvidas; c) três respondentes (3,9%) noticiaram que

são parcialmente automatizadas, com participação humana necessária para a finalização dos acordos; d) dois respondentes (2,6%) informaram que as sessões são realizadas exclusivamente de forma presencial, obrigatoriamente com intervenção humana.

Sobre as 24 câmaras que implementaram soluções tecnológicas para a realização de sessões inteiramente automatizadas, sem intervenção de conciliadores e mediadores, observou-se que: a) 15 são credenciadas em tribunais de grande porte (31,3% dos de grande porte); b) sete em tribunais de médio porte (26,9% dos de médio porte); c) duas em tribunais de pequeno porte (66,7%, considerando que apenas três respondentes representam essa categoria).

Um entrevistado noticiou que "é possível a realização de sessões através de *chat*, videoconferência e de forma assíncrona, onde utilizamos robôs na troca de mensagens". Outro entrevistado destacou a incorporação de plataformas para sessões *on-line* e a utilização de soluções "tecnológicas de última geração, com inteligência artificial, [...] para garantir segurança, rapidez e acessibilidade para toda a sociedade".

Não foi possível obter informações detalhadas acerca das soluções tecnológicas (ODR) usadas para viabilizar o atendimento de modo inteiramente automatizado. Embora os respondentes e entrevistados tenham confirmado a existência dessas ferramentas, eles não se dispuseram a fornecer mais informações em razão de diversos fatores, como a falta de tempo e a natureza sigilosa das informações. Isso limitou a análise mais acurada da questão.

Sob o aspecto da acessibilidade, um respondente ressaltou a necessidade de "preparação tecnológica para atuação *on-line*, atendendo as necessidades das partes que não apresentam conhecimento suficiente para atuação virtual". Em consonância, outro respondente mencionou que, além de realizarem mutirões, "disponibilizamos equipamento tecnológico para as partes que não dispõem desses meios para participarem da mediação de forma remota".

É inegável que a incorporação de tecnologia contribui de modo positivo para a automatização de diversas tarefas, principalmente as repetitivas, desempenhando um papel fundamental na celeridade dos processos. Além disso, ela pode favorecer a solução de conflitos e ampliar o acesso à Justiça.

Todavia, o uso de tecnologia por si só não solucionará todos os problemas existentes. A incorporação de ferramentas tecnológicas não é uma questão simples, pois, além de exigir infraestrutura adequada das organizações, pode também resultar na segregação do acesso à Justiça para alguns cidadãos.

Por fim, os respondentes foram questionados sobre o principal dificultador com relação ao uso de soluções tecnológicas para conciliação e mediação de conflitos. Prevalentemente, os respondentes indicaram que a cultura é o maior obstáculo para a utilização de tecnologia nesses processos.

Conclusão

A discrepância observada neste artigo com relação às câmaras privadas aponta para a necessidade de democratizar o acesso à Justiça em todo o país, por meio da promoção da interiorização das políticas públicas judiciárias. Essa necessidade alinha-se ao cenário descrito por Cappelletti e Garth (1988), em que a democratização do acesso à Justiça significa o pleno exercício da cidadania e a ampliação dos direitos dos cidadãos mediante as soluções efetivas, igualitárias e justas (Santos, 2011; Sadek, 2009). Dessa forma, uma melhor distribuição regional e a interiorização das câmaras e dos profissionais poderiam contribuir positivamente para a ampliação do acesso à Justiça em regiões menos favorecidas e alcançar pessoas em situação de vulnerabilidade.

A questão central não se limita a solucionar a quantidade expressiva de demandas em pauta, mas perpassa por questões qualitativas. A institucionalização dos métodos autocompositivos, se oferecida como uma solução genérica e obrigatória, desprovida de valor real para o jurisdicionado, não conseguirá resolver uma questão tão complexa.

O uso de ODR apresenta como principais benefícios a economia de tempo e de custos. A incorporação de tecnologia nas atividades jurídicas é frequentemente um fenômeno inexorável e irreversível. Nesse contexto, a identificação de câmaras privadas que já atuam com métodos alinhados ao conceito de ODR destaca a necessidade de se assegurar que serviços jurídicos de qualidade sejam acessíveis à população vulnerável, viabilizando o acesso real e equitativo à Justiça.

No entanto, o acesso à internet no Brasil é desigual. Enquanto alguns cidadãos dispõem de uma conexão robusta que permite a plena navegação na rede, outros dependem de dispositivos móveis obsoletos, com limites de tráfego de dados e memória insuficiente para a instalação de aplicativos. Essa heterogeneidade pode influenciar de modo negativo as oportunidades de acesso e a probabilidade de um desfecho favorável na solução de conflitos via incorporação de TICs, potencialmente criando ou ampliando restrições e hierarquias no acesso à Justiça.

Ademais, o estudo oportunizou o levantamento de informações dessas instituições, proporcionando um panorama mais preciso da atuação do setor no âmbito nacional. Também possibilitou a uniformização dos dados, considerando que nem todas as organizações contam com portais institucionais, e as que o têm nem sempre disponibilizam as informações requeridas para consulta. Além disso, a pesquisa facilitou a identificação das câmaras privadas que utilizam ODR para a resolução de controvérsias, servindo como base para estudos e aprofundamentos futuros.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de; RODRIGUES, Ricardo Schneider. A resolução *on-line* de litígios (ODR) na administração pública: o uso da tecnologia como estímulo à transparência. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 54, p. 171-204, jan./jun. 2019.

ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. [Saberes do Direito, v. 53].

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 271, de 11 de dezembro de 2018*. Fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no art. 169 do Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei n. 13.140/2015. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_271_11122018_12122018115214.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.105%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202015.&text=C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.%201%C2%BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=24/09/1996. Acesso em: 26 jun. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros*: TIC Domicílios 2019. 1. ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf. Acesso em: 27 jun. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2020*. Brasília: CNJ, 2020a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf. Acesso em: 27 jun. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Guia de utilização do ConciliaJud*: Sistema de Controle de Ações de Capacitação em Mediação e Conciliação do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020b.

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Brasília: UNB, 2001.

CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. NovaYork: Routledge, 2011.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia *versus* metodologia? *In*: PANDOLFI, Dulce *et al.* (orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 61-76.

KATSH, Ethan. Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace. *Lex Electronica*, [*s.l.*], v. 10, n. 3, Hiver/Winter 2006. Disponível em: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/10-3_katsh.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution*: Resolving Conflicts in Cyberspace. São Francisco: Jossey-Bass, 2001.

MARONA, Marjorie Corrêa. Defensorias públicas. *In*: AVRITZER *et al.* (orgs). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 351-368.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Mediation, Arbitration, and Alternative Dispute Resolution (ADR). *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. Irvine: Elsevier Ltd., 2015.

MENKEL-MEADOW, Carrie. When Dispute Resolution Begets Disputes of its Own: Conflicts Among Dispute Professionals. *UCLA Law Review*, [*s.l.*], v. 44, p. 1871-1933, 1997.

MOSCOVICI, Fela. *Desenvolvimento interpessoal*: treinamento em grupo. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: José Olympio, 1997.

PATINO, Cecília Maria; FERREIRA, Juliana Carvalo. Intervalos de confiança: uma ferramenta útil para estimar o tamanho do efeito no mundo real. *Jornal Brasileiro de Pneumologia*, Brasília, v. 41, n. 6, nov./dez. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/jbpneu/a/3xHTDz5WJ8ngJLZWSHjzFzR/?lang=pt#. Acesso em: 15 jul. 2024.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.

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.

SANDER, Frank E. A. The Future of ADR: The Earl F. Nelson Memorial Lecture. *Journal of Dispute Resolution*, [*s.l.*], v. 2000, n. 1, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SMITH, Stephanie E.; MARTINEZ, Janet K. An Analytic Framework for Dispute Systems Design. *Harvard Negotiation Law Review*, [*s.l.*], v. 14, p. 123-169, 2009.

SOLER, Raúl Calvo. *Mapeo de conflictos*: técnica para la exploración de los conflictos. Barcelona: Editorial Gedisa, 2014.

STEVENSON, William J. *Estatística aplicada à Administração*. São Paulo: Harbra, 1983.

SUSSKIND, Richard E. *Online Courts and the Future of Justice*. Londres: Oxford University Press, 2020.

SUSSKIND, Richard E. *Tomorrow's Lawyers*: An Introduction to Your Future. Nova York: Oxford University Press, 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

WING, Leah *et al*. Designing Ethical Online Dispute Resolution Systems: The Rise of the Fourth Party. *Negotiation Journal*, [*s.l.*], v. 37, n. 1, Winter, 2021.

Gisele Luiza Soares Moura

Mestra em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro (FJP). Especialista em Direito Público – Direito Constitucional e Direito Administrativo – e em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Especialização *lato sensu* em Design de Sistemas Aplicado à Resolução de Conflitos e Gestão Processual realizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em parceria com a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Governança, Riscos e Compliance pela FJP. Bacharela em Direito pelas Faculdades Milton Campos e em Letras pela UFMG. Servidora pública no TJMG.

giseleluizasoares@gmail.com

Simone Cristina Dufloth

Doutora com pós-doutorado em Ciências da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra em Ciências e Técnicas Nucleares pela UFMG. Bacharela em Administração de Empresa pelo Centro Universitário Una e em Engenharia Elétrica – Sistemas Eletrônicos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pesquisadora e professora da Fundação João Pinheiro (FJP) nos cursos de graduação, especialização e mestrado.

simone.dufloth@fjp.mg.gov.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 23.05.2023
Aprovado: 01.03.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202424

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo *desk review*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Decisão editorial final.

1 Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), Economia, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-0416-7919

2 Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-4069-9405

A informatização dos tribunais brasileiros e as mudanças na burocracia judiciária: linearidade e instantaneidade observadas com a ajuda da metodologia do *text mining*

COMPUTERIZATION OF THE BRAZILIAN COURTS AND CHANGES IN THE JUDICIAL BUREAUCRACY: LINEARITY AND INSTANTANEITY OBSERVED WITH THE HELP OF THE TEXT MINING METHODOLOGY

LA INFORMATIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES BRASILEÑOS Y LOS CAMBIOS EN LA BUROCRACIA JUDICIAL: LINEALIDAD E INSTANTANEIDAD OBSERVADAS CON LA AYUDA DE LA METODOLOGÍA DE MINERÍA DE TEXTO

Luciana Yeung[1] e *Paulo Eduardo Alves da Silva*[2]

Resumo
Este artigo busca avaliar o papel da informatização dos tribunais brasileiros na eficiência da burocracia judicial. Para isso, foi aplicada a técnica de *text mining* a grandes bases para extrair dados eletrônicos sobre os andamentos processuais em quatro tribunais do país. O objetivo foi diagnosticar a quantidade de rotinas no andamento processual e outras informações dos processos informatizados, avaliando seus impactos na burocracia judiciária. Os resultados indicam que, apesar dos diferentes sistemas eletrônicos adotados, os padrões apresentados nas métricas analisadas nos quatro tribunais foram bastante semelhantes. Observa-se também que, apesar da informatização, a dependência do trabalho humano, especificamente dos servidores, ainda é muito intensa. Além disso, constatou-se grande quantidade de rotinas no andamento do processo (centenas e, em alguns casos, mais de mil), o que, apesar da curta duração de cada uma, acaba tornando o processo longo. Assim, por trás da aparente celeridade e eficiência do processo eletrônico, existe uma morosidade devido à exigência do cumprimento de inúmeras rotinas, o que pode ser o principal obstáculo à maior celeridade no processo judicial pós-informatização.

Palavras-chave
Informatização dos tribunais; burocracia judiciária; andamento processual; *text mining*; eficiência judicial.

Abstract
This article seeks to evaluate the role of the computerization of Brazilian courts in the efficiency of judicial bureaucracy. For this, text mining technique was applied to large databases to extract electronic data from procedural progress in four courts in the country. The goal was to diagnose the number of routines in the procedural progress, among other information from the computerized process, to assess the impacts on the judicial bureaucracy. Among the results achieved, it can be seen that, despite the different electronic systems adopted, the standards presented in all the metrics analyzed in the four courts were very similar. Also, it is clear that, despite computerization, dependence on human work, specifically on the servant, is still very intense. Finally, it is also verified that the number of routines in the progress of the process is large (hundreds and, in some cases, more than a thousand of them). In this way, even if each one has a short duration, the process ends up becoming long. Thus, behind the apparent speed and efficiency of

the electronic process, there is a delay due to the requirement to comply with hundreds of routines and perhaps this is the main obstacle to greater speed in the post-informatization judicial process.

Keywords
Computerization of courts; judicial bureaucracy; procedural progress; text mining; judicial efficiency.

Resumen
Este artículo busca evaluar el papel de la informatización de los tribunales brasileños en la eficiencia de la burocracia judicial. Para esto, fuera aplicada la técnica de minería de textos a grandes bases de datos para extraer datos electrónicos de los avances procesales en cuatro juzgados del país. El objetivo diagnosticar la cantidad de rutinas en el avance procesal, entre otras informaciones del proceso informatizado, para evaluar los impactos en la burocracia judicial. Entre los resultados alcanzados, se puede apreciar que, a pesar de los diferentes sistemas electrónicos adoptados, los estándares presentados en todas las métricas analizadas en los cuatro juzgados fueron muy similares. Asimismo, es evidente que, a pesar de la informatización, la dependencia del trabajo humano, concretamente del servidor, sigue siendo muy intensa. Finalmente, también se verifica que el número de rutinas en el progreso del proceso es grande (cientos y, en algunos casos, más de mil). De esta forma, aunque cada uno tenga una duración corta, el proceso acaba haciéndose largo. Así, detrás de la aparente celeridad y eficiencia del proceso electrónico, hay una demora por la necesidad de cumplir con cientos de rutinas y quizás este sea el principal obstáculo para una mayor celeridad en el proceso judicial post-informatización.

Palabras clave
Informatización de los tribunales; burocracia judicial; progreso procesal; extracción de textos; eficacia judicial.

Contribuição de autoria

Luciana Yeung:
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; project administration.

Paulo Eduardo Alves da Silva:
Conceptualization; data curation; investigation; methodology; project administration.

• • •

Como citar este artigo
YEUNG, Luciana; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. A informatização dos tribunais brasileiros e as mudanças na burocracia judiciária: linearidade e instantaneidade observadas com a ajuda da metodologia do *text mining*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2424, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202424

• • •

Declaração de Disponibilidade de Dados
O conjunto de dados deste artigo está disponível no *link*: https://github.com/jjesusfilho/ibjl.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

Em anos recentes, o Judiciário brasileiro tem realizado esforços significativos para melhorar sua eficiência, em resposta às críticas com relação à sua morosidade. Porém, como têm sido esses esforços? Houve alterações na maneira e no ritmo do andamento dos processos nos tribunais com a informatização dos últimos anos? Por que se preocupar com a eficiência? Uma vasta literatura apresenta evidências de que, quanto mais eficiente for um tribunal, mais ele será capaz de cumprir seu papel de garantir direitos em um Estado democrático (e.g., Sadek, 2014; Tavares, 2005; Falcão, 2021; Yeung, 2022, entre outros). Em outras palavras, quanto mais eficiente for o Judiciário, melhor ele atenderá às necessidades dos cidadãos. Além disso, a eficiência pode ser amplamente medida pela duração dos processos: "justiça tarda é justiça falha", como diz o ditado popular, corroborado por diversos estudos acadêmicos.

Neste artigo, utilizamos a tecnologia da informação e as técnicas de *text mining* aplicadas a grandes bases de dados para extrair informações sobre os andamentos processuais em alguns tribunais do país. Nosso objetivo é obter um diagnóstico que permita avaliar, mesmo que preliminarmente, se a informatização dos processos trouxe melhorias na burocracia judiciária. Para isso, compararemos tribunais que adotam diferentes sistemas eletrônicos. Com o diagnóstico sobre a quantidade de rotinas no andamento processual, tentaremos avaliar os impactos na celeridade e na eficiência judicial.

Este artigo divide-se em quatro seções, além desta Introdução. Na seção 1, apresentamos um breve panorama da eficiência judicial no Brasil, baseado principalmente nos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulados "Justiça em Números". Na seção 2, discutimos a Lei do Processo Eletrônico (LPE), seu histórico e seu impacto no funcionamento dos tribunais e na eficiência de trabalho. Na seção 3, detalhamos a metodologia empírica utilizada nesta pesquisa, que se baseia em modernos recursos computacionais de algoritmos para coleta de dados (*text mining*) judiciais. De acordo com o nosso conhecimento, este é um dos estudos pioneiros na aplicação dessa metodologia para o entendimento da burocracia judiciária. Na seção seguinte, sintetizamos e analisamos os diversos dados coletados. Por fim, apresentamos algumas considerações sobre os achados.

1. Panorama da eficiência do Judiciário brasileiro: diagnóstico geral pelo *Justiça em Números 2020*

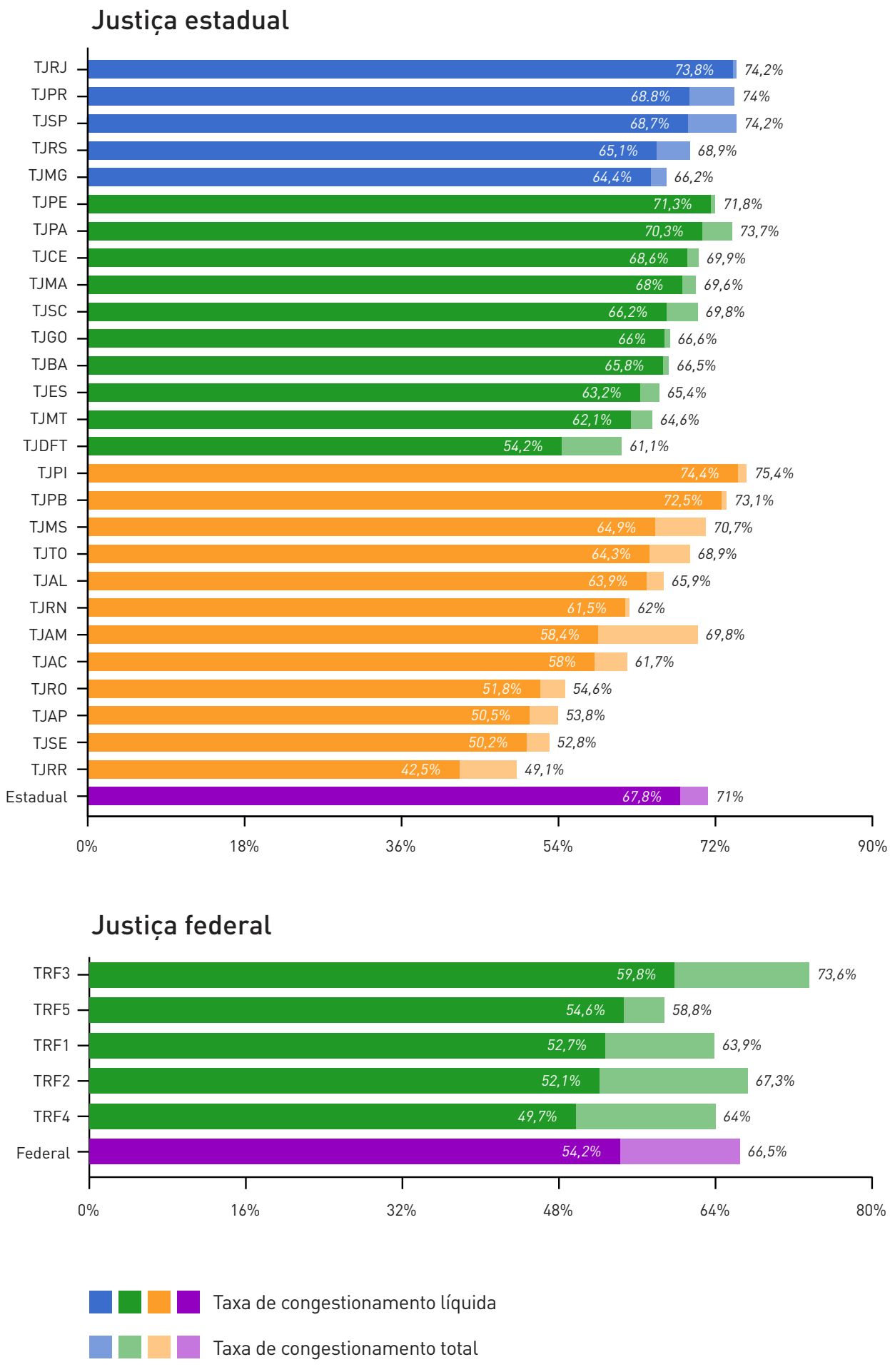
Desde 2004, a principal fonte de dados oficiais sobre a produtividade dos tribunais brasileiros é o relatório *Justiça em Números*, organizado e publicado pelo CNJ. Os dados não são produzidos

1 Este artigo é resultado de um projeto de pesquisa mais amplo, intitulado "Informatização judicial e efeitos sobre a eficiência da prestação jurisdicional e o acesso à justiça", financiado pelo Instituto Betty e Jacob Lafer (2018 a 2020). Os autores agradecem à Carolina Langbeck Osse pela assistência na pesquisa e ao José de Jesus Filho pela assistência técnica na mineração de dados.

diretamente pelo CNJ; em vez disso, são envidados pelos próprios tribunais anualmente. Apesar de diversas críticas, principalmente devido à disparidade na qualidade dos dados produzidos pelos diversos tribunais, o relatório ainda é considerado a fonte mais confiável de informações sobre a organização judicial no Brasil.

A criação dos dados para o relatório tem como um dos objetivos mapear a eficiência do sistema de Justiça no Brasil. Ao longo dos anos, isso foi feito com a observação de algumas variáveis estabelecidas pelo próprio CNJ. Por exemplo, foi estabelecida a "taxa de congestionamento" (ver Gráfico 1), que mede o percentual de processos que ficaram sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. A taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada excluindo do acervo os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório. É importante destacar que nem todos os processos em tramitação estão aptos a serem concluídos. É o caso, por exemplo, das execuções penais, que precisam permanecer no acervo enquanto o cumprimento da pena estiver em andamento.

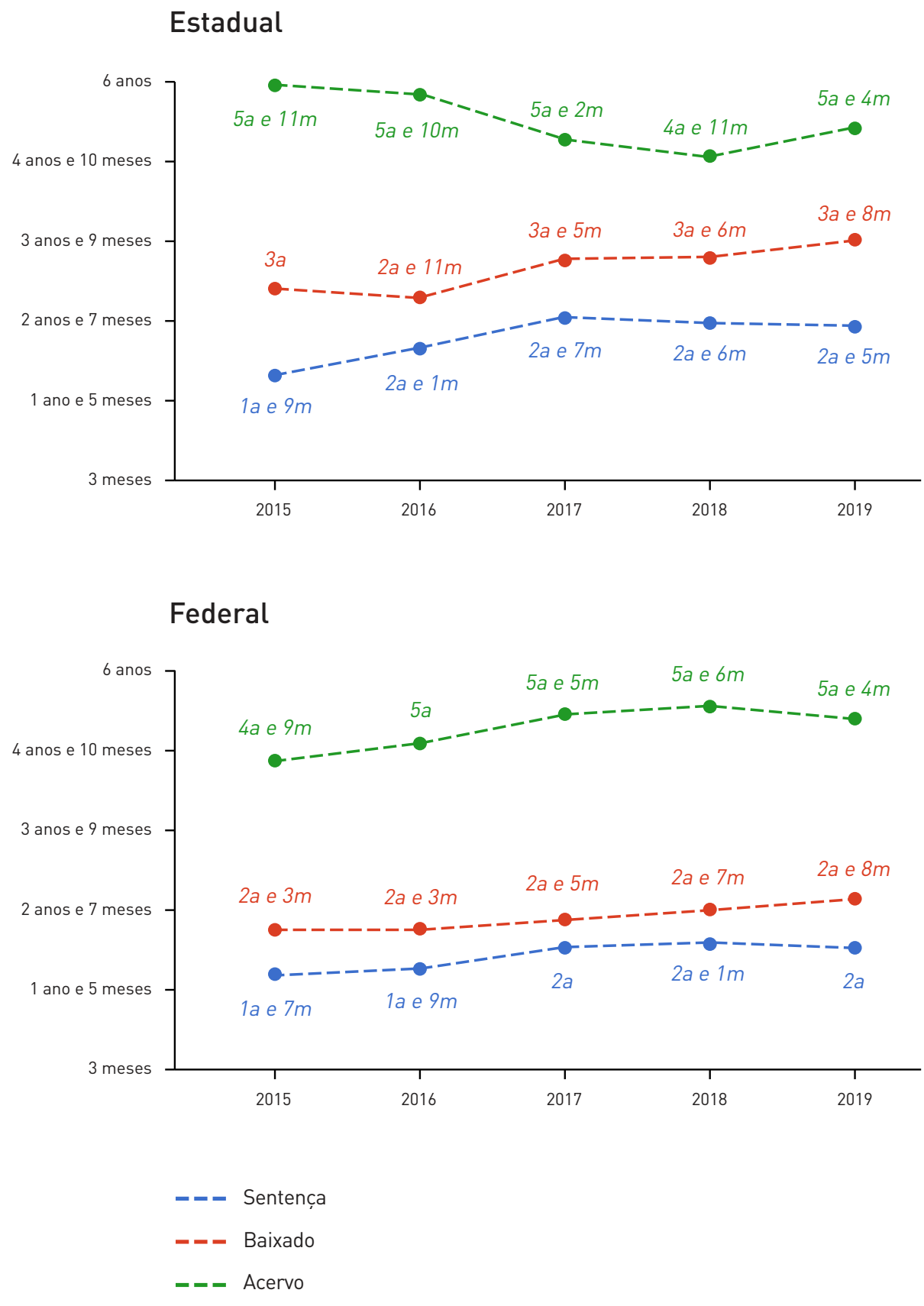
GRÁFICO 1 – **TAXA DE CONGESTIONAMENTO TOTAL E LÍQUIDA, POR TRIBUNAL (ANO 2019)**



Fonte: CNJ (2020).

Outro dado relevante medido pelo CNJ é o tempo médio de duração dos processos (ver Gráfico 2, a seguir).

GRÁFICO 2 – **SÉRIE HISTÓRICA DO TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DOS PROCESSOS, POR JUSTIÇA**



Fonte: CNJ (2020).

Alguns pontos podem ser observados de imediato nesses dados oficiais. Em primeiro lugar, o tempo da baixa está em ascendência tanto nos Tribunais de Justiça estaduais quanto nos Tribunais de Justiça federais, enquanto o tempo da sentença está se estabilizando após alguns anos também de crescimento.

Em segundo lugar, e algo que será debatido ao longo deste artigo, apesar do intenso processo de informatização nos tribunais em todo o país e da utilização do processo eletrônico, o tempo médio para se proferir uma sentença não diminuiu significativamente; na verdade, vinha aumentando nos últimos anos. A questão que se coloca é: a utilização de sistemas de processo eletrônico, por si só, é suficiente para aumentar a velocidade de tramitação processual e garantir o acesso à Justiça?

2. A LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO E OS IMPACTOS DELA NO FUNCIONAMENTO JUDICIAL

2.1 A LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO

A Lei n. 11.419, de 19 de dezembro 2006 (Brasil, 2006), conhecida como a Lei do Processo Eletrônico (LPE), revolucionou o funcionamento dos tribunais e a advocacia contenciosa ao permitir o uso de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais (art. 1º). Sem dúvida, é o marco normativo da informatização judicial no Brasil.

Com pouco mais de duas dezenas de artigos, essa lei abriu caminho para que a interação entre os envolvidos no processo judicial – advogados, servidores judiciais e magistrados – ocorresse mediante meios eletrônicos. Ela também mudou radicalmente a burocracia judiciária ao viabilizar o armazenamento digital de documentos e a certificação dos atos processuais por assinatura digital. Em dez anos, parte dos tribunais brasileiros passaram a receber novos casos exclusivamente por meio eletrônico, o que impactou de maneira sensível não apenas os fluxos dos processos, mas também as possibilidades de administração da máquina judiciária.

A gestão judiciária ganhou um potencial extraordinário com a informatização. Além de ampliar os espaços e tempos para a prática dos atos processuais – permitindo que fossem realizados remotamente e fora do horário normal de expediente forense –, o registro eletrônico viabilizou o monitoramento imediato e maior controle sobre os agentes responsáveis pela prática dos atos, entre eles, servidores internos, representantes das partes e magistrados. Isso potencializou a eficiência dos tribunais, uma vez que a gestão, tradicionalmente burocrática e com menor capacidade de organização de dados armazenados em papel, passou a contar com ferramentas sofisticadas e eficazes.

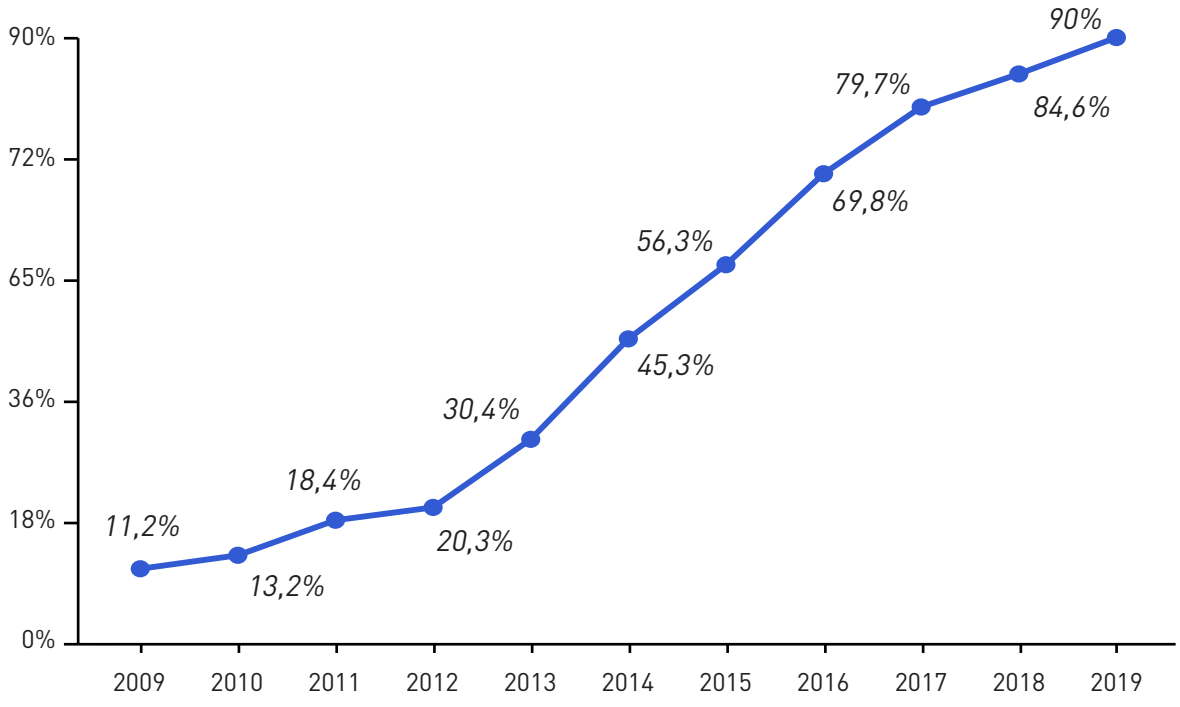
À época da edição da lei, o CNJ, recém-criado, ainda não havia incorporado todo o seu potencial de gestão centralizada. Talvez isso ajude a explicar o modelo de regulação descentralizada da LPE, que delega aos tribunais, e não ao CNJ, a incumbência de tornar concreta suas disposições.

A LPE atribui aos tribunais, por exemplo, o controle sobre o credenciamento de usuários por prévio cadastro (arts. 1º, III, b; 2º, §§ 1º e 3º) e o desenvolvimento de sistemas eletrônicos próprios (art. 8º). Isso resultou em uma multiplicidade de sistemas operando simultaneamente, como observaremos a seguir.

Em 2019, o processo eletrônico alcançou a marca de 90% dos processos judiciais no país (CNJ, 2020). Como mencionado na Introdução, as políticas judiciárias estão caminhando para tornar os processos exclusivamente eletrônicos.

O Gráfico 3 apresenta a evolução da proporção do processo judicial eletrônico no Brasil.

GRÁFICO 3 – **EVOLUÇÃO DA PROPORÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO BRASIL**



Fonte: CNJ (2020).

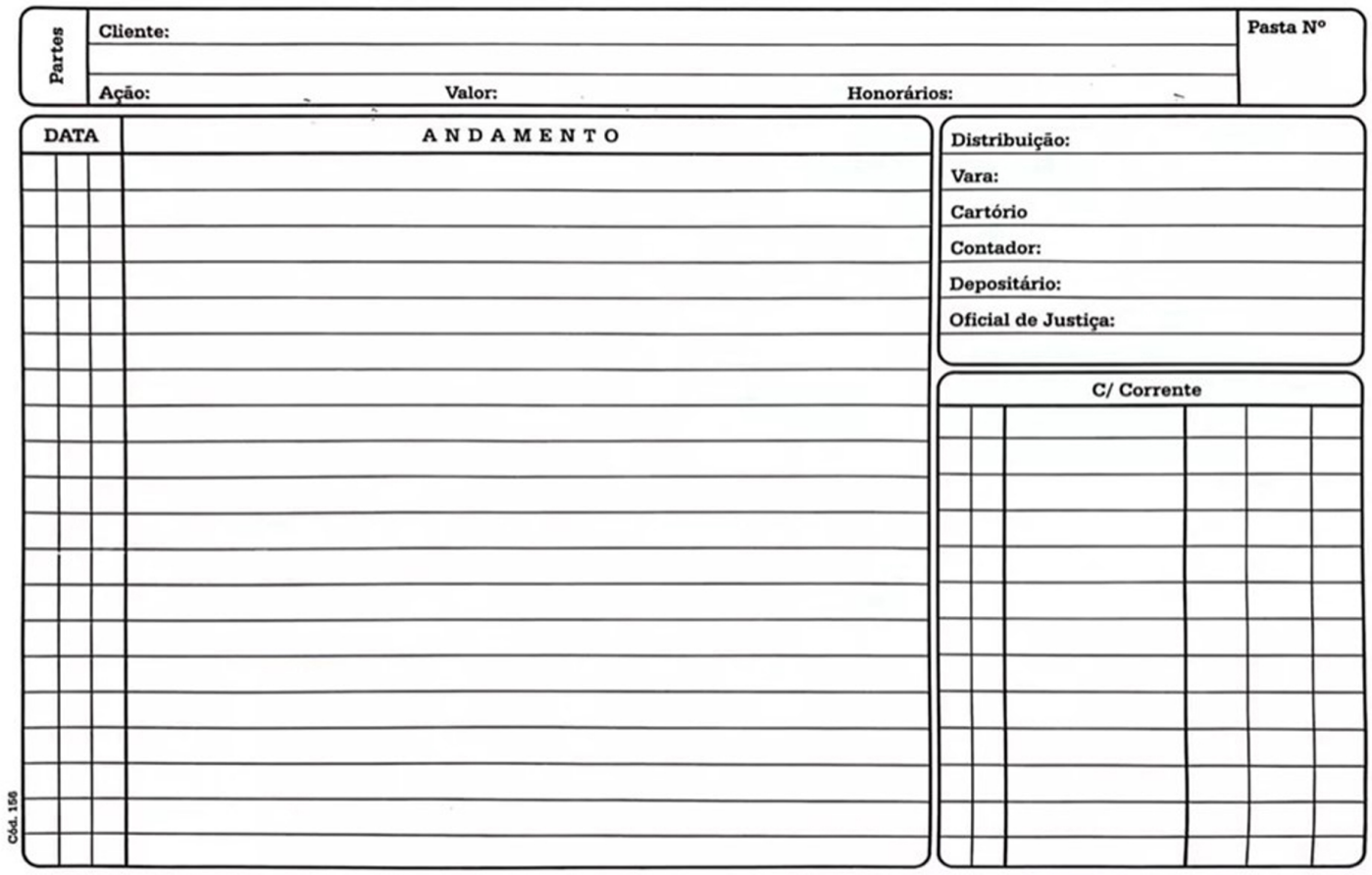
2.2 IMPACTOS NO FUNCIONAMENTO DOS TRIBUNAIS E ANDAMENTO DO PROCESSO

Quando o processo era físico, os advogados ou os estagiários frequentemente se deslocavam até as unidades judiciárias para realizar o "acompanhamento processual". Esse trabalho consistia em ir aos cartórios judiciais, solicitar o processo físico no balcão de atendimento, verificá-lo e preencher à mão (geralmente em uma ficha pautada) os últimos acontecimentos a ele relacionados e suas respectivas datas (Figura 1). Em contraste, a digitalização dos processos permitiu o acesso remoto aos autos eletrônicos, tornando desnecessário o deslocamento até os fóruns para a realização do acompanhamento.

As fichas de andamento processual também foram substituídas, e as informações contidas nelas agora aparecem na interface dos *sites* de processo eletrônico, registradas de maneira

centralizada pelos próprios tribunais. Dessa forma, antes mesmo de abrir o documento em formato "PDF" que contém os autos do processo, já é possível saber se houve alguma atualização nos andamentos e em qual data ela aconteceu.

FIGURA 1 – **IMAGEM DA ANTIGA FICHA DE ANDAMENTO PROCESSUAL PARA FICHÁRIO DE MESA**



Fonte: Arquivo pessoal dos autores.

Os tribunais passaram a registrar um novo e valioso banco de dados: o banco de acompanhamentos processuais. Ao discutir o uso da inteligência artificial no Judiciário, muito se debate acerca da sua possibilidade de desenvolver ferramentas para agrupar litígios por temas, identificar demandas repetitivas e padrões nas tomadas de decisão dos magistrados. Entretanto, é ainda pouco explorada a análise dos andamentos processuais como método para investigar o fluxo dos processos nos tribunais e compreender como as decisões judiciais são produzidas.

Esta pesquisa é pioneira ao analisar o fluxo de processos eletrônicos em diferentes tribunais que adotam sistemas diversos, com o objetivo de identificar os andamentos processuais mais comuns, os responsáveis pelo fluxo do processo e o tempo médio de duração de cada andamento processual.

Desde o início da informatização dos tribunais, surgiram questionamentos sobre os impactos que isso acarretaria para servidores e magistrados. Tanto no Brasil quanto no exterior,

estudiosos e profissionais do Direito acompanharam de perto os primeiros movimentos desse processo. Uma das principais preocupações era entender como a tecnologia aplicada ao processo judicial poderia melhorar o atendimento às necessidades dos litigantes, oferecendo serviços mais apropriados para cada caso específico.

Alguns autores, como Cabral *et al.* (2012), observaram os primeiros avanços com bastante confiança. No contexto brasileiro, os primeiros anos da informatização judicial também foram recebidos com otimismo por muitos avaliadores. Koerner, Inatomi e Barreira (2015), por exemplo, analisam as reformas do Judiciário brasileiro entre 2005 e 2014, destacando medidas de racionalização da gestão, simplificação dos processos judiciais e novos instrumentos gerenciais para o acompanhamento das atividades dos juízes, que, na visão dos autores, pareciam bem-sucedidas.

Outros apontavam o pioneirismo brasileiro na adoção sistemática do processo eletrônico e seu potencial para promover uma

> justiça mais célere e eficiente… [retratando] uma mudança cultural da sociedade e a modernização do Judiciário, além da preocupação com a economia processual, a desburocratização da Justiça, o aumento da capacidade de processamento e julgamento de ações, a preservação do meio ambiente e transparência do Judiciário, entre outras (Guasque; Freitas, 2013).

Por fim, Soares (2014) argumenta que o processo eletrônico contribui para o cumprimento do Princípio da Economia Processual ao reduzir os custos de transação do processo por meio de *software* livre, conforme previsto pela Lei n. 11.419/2006.

Entretanto, é evidente que houve autores que adotaram uma postura mais cautelosa ao destacar que a LPE e a informatização do processo não assegurariam automaticamente uma melhoria no funcionamento processual ou uma maior celeridade. Como demonstrado por Guimarães (2008, p. 49-50):

> A construção e reforma de arcabouço jurídico e a utilização de tecnologias físicas [advindas com a Lei n. 11.419] não fazem o Judiciário mais rápido e republicano. A implantação do processo eletrônico deve implicar alteração na cultura organizacional do Poder Judiciário – estrutura, recursos humanos, conhecimentos, sistema normativo e legal, 'tecnologia', processos de trabalho, padrões de desempenho e modelo de gestão. Nesse sentido, é indispensável investimento em tecnologias sociais: qualificação dos profissionais do direito, orientados às tecnologias; mentalidade científica e racionalidade na busca de soluções; lideranças mais pragmáticas e menos ideológicas; ética no trabalho; respeito à lei. Sem essas tecnologias, o processo judicial eletrônico é mais um conto do Poder Judiciário brasileiro. Enfim, a informatização do Poder Judiciário brasileiro deve ser vista como meio de apoio e não como fim em si mesmo, terá de ser entendida como

> ferramenta a serviço dos cidadãos, advogados, magistrados e serventuários da justiça, com o escopo de proporcionar celeridade processual.

No entanto, Marcacini (2014) propõe alguns critérios para uma avaliação dos resultados da informatização do processo pelo Judiciário brasileiro. Segundo o autor, quatro metas devem ser alcançadas: (i) eliminar o tempo ocioso dos processos; (ii) facilitar o acesso dos cidadãos aos processos; (iii) garantir transparência no exercício do poder e no controle da corrupção no sistema judicial; (iv) além de simplificar as formas processuais. Quase uma década após a publicação de seu artigo, ao revisitar esses critérios, nota-se que, apesar de alguns resultados positivos, há poucos avanços alcançados em qualquer uma das quatro metas mencionadas.

Ao analisar de maneira específica o processo judicial antes da informatização, Silva (2006, p. 23) apontava que "o tempo em que o processo fica em cartório é grande em relação ao tempo total do processamento". Sua pesquisa revelou que, nos casos estudados, o tempo dedicado ao cartório correspondia a 80% ou mais da duração total do processo. Além disso, a pesquisa ressaltou que "o 'tempo em cartório' não pode ser entendido como 'perda de tempo' ou confundido com 'tempo morto' do processo em cartório, pois nele estão incluídos tempos absolutamente necessários" (Silva, 2006, p. 23). Isso indicava que as operações nos cartórios judiciais eram complexas, pois envolviam uma multiplicidade de pequenos atos que eram praticados em grande escala. A transição da forma física para o processo eletrônico gerou grandes impactos na estrutura operacional dos tribunais e nos fluxos do processo judicial:

> A informatização vem balizando o rearranjo organizacional da Justiça.
> Diante da racionalização das rotinas cartorárias, com aceleração na preparação e cumprimento dos processos pelas serventias, detectou-se a necessidade de readequação na divisão de trabalho.
> A maior eficiência nas tarefas burocráticas torna a tramitação processual mais rápida, resultando invariavelmente no aumento de conclusões diárias para decisões e sentenças.
> Nada obstante, referida eficiência também diminui o número de profissionais designados para tanto, permitindo seu realojamento para assessoria direta ao magistrado (Silva, 2010).

Esses pontos reforçam a importância de entender como a alteração de meio físico para o digital e as mudanças estruturais dos cartórios afetaram o fluxo dos processos judiciais. Surgem questionamentos sobre se os procedimentos realizados pelos servidores nos cartórios tornaram-se mais simples e/ou se reduziram em duração em relação à duração total do processo.

O presente artigo visa investigar essas questões específicas. Para isso, realizamos uma análise dos dados de andamentos processuais de alguns tribunais selecionados.

2.3. Os diferentes sistemas eletrônicos adotados pelos tribunais brasileiros

O modelo descentralizado de desenvolvimento de sistemas judiciais eletrônicos, conforme estabelecido pela LPE, vigorou tempo suficiente para fomentar uma variedade de iniciativas nos tribunais. No entanto, essa diversidade de sistemas informatizados já existia antes da LPE. Ao longo de pelo menos duas décadas, tribunais e seus órgãos internos, assim como foros a ele vinculados, têm desenvolvido uma multiplicidade de sistemas próprios para gerenciar e controlar os seus processos, de modo profuso e em caráter doméstico.[2]

O desenvolvimento desses sistemas pode ocorrer em nível local, de "baixo para cima", ou ser resultado de políticas centralizadas pelos tribunais, de "cima para baixo". À medida que os sistemas locais ganham reconhecimento, eles são com frequência compartilhados com outros foros ou órgãos, geralmente em caráter gratuito. Em alguns casos, esses sistemas são adotados de maneira ampla em todo o tribunal. Contudo, é comum que, em um esforço de gestão centralizada, o tribunal estabeleça um sistema-padrão para todos os seus órgãos, substituindo iniciativas locais e impondo-lhes a custosa tarefa de migrar e adaptar usuários internos e externos ao novo sistema.

O resultado desses fenômenos e experiências é uma profusão considerável de sistemas informatizados adotados pelos tribunais brasileiros, acarretando algum prejuízo e custo adicional tanto para os usuários internos quanto, especialmente, para os externos.

No contexto dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), a partir de um acordo firmado em 2010 entre o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST), todos os tribunais trabalhistas adotaram o PJe como sistema eletrônico único.[3] Já os tribunais superiores, com exceção do TST e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que também implementaram o PJe, cada um utiliza um sistema: no Supremo Tribunal Federal (STF), opera o e-STF, sistema próprio instituído em 2004 e em vigor até o presente momento; o Superior Tribunal de Justiça (STJ) utiliza a Central do Processo Eletrônico (CPE); e o Superior Tribunal Militar (STM) adota o e-Proc, desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), como mencionado anteriormente.

A seguir, são apresentados gráficos, tabelas e quadros que sintetizam o panorama dos sistemas utilizados pelos órgãos da Justiça estadual e federal no início de 2019. Na época da coleta de dados para esta pesquisa, foram identificados pelo menos oito sistemas distintos nos

2 É o caso, por exemplo, do Sistema Processual de 1º e 2º grau dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região (SisJEF), sistema de processo eletrônico utilizado pelo Especial Federal de São Paulo desde 2002, ou do próprio e-SAJ, utilizado pelo TJSP desde 1997.

3 Acordo de Cooperação Técnica n. 1/2010 do CSJT: "Acordo de cooperação técnica que entre si celebram o Tribunal Superior do Trabalho, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho" (Conselho Superior da Justiça do Trabalho, 2010).

27 Tribunais de Justiça (TJs) estaduais e ao menos três sistemas principais nos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) (ver Quadros 1 e 2).

QUADRO 1 – **SISTEMAS INFORMATIZADOS ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS (TRIBUNAIS DE JUSTIÇA) NO BRASIL**

	SISTEMA	TRIBUNAIS DE JUSTIÇA
1	E-SAJ	TJSP, TJSC, TJBA, TJRN, TJCE, TJAL, TJAM, TJAC, TJMS
2	JPE-THEMIS	TJPI, TJMG
3	TUCUJURIS	TJAP
4	E-PROC	TJRS, TJTO
5	SCPV	TJSE
6	PROJUDI	TJGO, TJES, TJRR, TJPR, TJRJ
7	EJUD	TJES
8	PJE (1º GRAU)	TJRJ, TJPE, TJRN, TJRO, TJMG, TJMT, TJMA, TJPB, TJBA, TJCE, TJPI, TJDFT, TJES E TJPA
9	PJERJ	TJRJ

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 2 – **SISTEMAS INFORMATIZADOS NOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS**

	SISTEMA	TRIBUNAIS FEDERAIS
1	PJE	TRF1, TRF3, TRF5
2	APOLO	TRF2* (MIGRANDO PARA E-PROC)
3	E-PROC	TRF2, TRF4

Fonte: Elaboração própria.

Apesar da variedade de sistemas eletrônicos adotados, dois se destacaram pela maior penetração: o e-SAJ e o PJe. Na Justiça federal, organizada regionalmente, a diversidade é menor, sendo o PJe predominante, seguido pelo e-Proc. Esses três sistemas concentram a maioria dos tribunais brasileiros. No entanto, cada sistema, ao ser adotado por diferentes tribunais, passa por adaptações que o diferenciam do modelo matriz. Isso é muito comum, por exemplo, com o PJe, resultando em múltiplas variantes do sistema em vez de uma versão única.

Por um lado, a complexidade do cenário atual motiva um movimento para eliminar sistemas díspares e unificá-los, conforme a política de centralização estabelecida pela Resolução n. 185 do CNJ. Por outro lado, fica evidente que a regionalização é uma necessidade natural, pois cada tribunal deve adaptar suas ferramentas de acordo com as suas particularidades. A orientação do CNJ para a implantação nacional do PJe enfrentou resistências e desafios técnicos que impossibilitaram sua uniformização. Assim, o dilema entre centralização e regionalização dos sistemas tornou-se inevitável.

3. Aspectos metodológicos da coleta dos dados

A presente pesquisa valeu-se da moderna metodologia de processamento de linguagem natural (PLN). Mais precisamente, usamos algoritmos computacionais (*crawlers*) para fazer mineração de texto (*text mining*) nas bases de dados de acesso público de tribunais brasileiros. Conforme definido por Kumar, Kar e Ilavarasan (2021, p. 2, tradução livre):

> Mineração de texto, também chamada de análise de texto, é uma técnica de inteligência artificial que converte dados não estruturados em dados estruturados, utilizando processamento de linguagem natural (NLP) para aprimorar a análise por meio de algoritmos de aprendizado de máquina.

A mineração de texto é empregada geralmente em grandes bases de dados, conhecidos como *big data*. Neste artigo, utilizamos uma base de dados extensa de registros judiciais e extraímos informações dos textos principalmente por meio de expressões regulares, focando nos dados relevantes para o nosso estudo. Os métodos computacionais de mineração de texto requerem que os textos estejam em formato digital (Dyevre, 2021, p. 8).

Estudar o Judiciário brasileiro apresenta uma vantagem significativa, dado o volumoso conjunto de dados oficiais disponíveis nos repositórios dos tribunais e em órgãos como o CNJ, em parte devido à ampla adoção do processo eletrônico. Certamente, há uma vasta base de dados judiciais disponível para os pesquisadores.

Não há uma definição objetiva de *big data*. Embora relacionado a grandes volumes de informações, não existe um limite definido em *gigabytes*, *terabytes*, ou qualquer unidade específica. A Tecnologia da Informação está evoluindo em um ritmo tão acelerado que o que hoje é considerado "grande" logo pode se tornar "pequeno", sendo substituído por volumes

ainda maiores. Portanto, alguns cientistas de dados argumentam que um sistema de *big data* é caracterizado por um conjunto de informações de alta complexidade que não pode ser analisado com ferramentas tradicionais, como planilhas.

Mais importante do que simplesmente acessar sistemas de *big data* é a capacidade de "ler" e entender, por métodos computacionais, as vastas quantidades de informações que eles contêm, sem a necessidade de uma leitura manual completa, tarefa que poderia levar uma vida inteira ou mais. Uma das vantagens da utilização da inteligência artificial como instrumento de pesquisa em grandes conjuntos de dados textuais é sua habilidade de identificar padrões e tendências que não são facilmente perceptíveis ao olhar humano ou por meio de métodos convencionais. Isso é particularmente relevante para textos jurídicos, que em geral demandam a leitura manual das decisões e outros documentos usados como pontos de dados.

Portanto, "o objetivo da [mineração] de informações é extrair automaticamente informações estruturadas de textos não estruturados passíveis de serem lidos pela máquina" (Wyner *et al.*, 2010, p. 60, tradução livre). Por essa razão, as técnicas de mineração de texto são cruciais quando pesquisadores (humanos) têm acesso a sistemas de *big data*. Para que um computador ou máquina possa realizar essa "mineração" ou leitura dos textos, é necessário "ensiná-lo" a fazê-lo. Assim, um passo crucial nesse processo é a aplicação de técnicas de aprendizado de máquina (*machine learning*).

A extração de informações de textos jurídicos utilizando expressões regulares é viável em grande parte porque advogados, servidores e magistrados são obrigados a usar certas expressões em seus textos. Por exemplo, durante a celebração de um casamento, o ministro deve pronunciar determinadas palavras em uma ordem específica para que a cerimônia seja considerada válida perante a lei. O uso de expressões regulares para a mineração de dados é necessário porque "mesmo os algoritmos mais avançados de PLN ainda são baseados em princípios estatísticos. Os textos são representados por números e os algoritmos procuram por padrões nesses números" (Dyevre, 2021, p. 9, tradução livre). Quanto maior a quantidade de texto disponível, maior é a capacidade de detectar esses padrões.

No entanto, atualmente, um dos maiores desafios para a extração de dados via algoritmos computacionais em bases de dados judiciais reside na falta de uniformidade no emprego de termos, mesmo em situações que deveriam ser idênticas. O próprio CNJ, em diversas falas técnicas, tem reconhecido essas dificuldades, destacando como essa falta de uniformidade pode dificultar a pesquisa com *big data*. Para mitigar esses desafios, adotamos um minucioso processo de seleção de termos e acompanhamento humano intensivo ao longo da coleta eletrônica de dados, que será detalhado adiante.

Apesar da diversidade e da rápida evolução dos algoritmos de mineração de textos, os princípios e fundamentos permanecem inalterados. De forma concisa, Jung e Lee (2020, p. 113851-1, tradução livre) descrevem o processo:

> O típico processo de análise de mineração de texto começa com o pré-processamento dos dados de texto coletados. Normalmente, nesta etapa, é realizada uma análise morfológica para classificar as sentenças em partes da fala. As principais palavras-chave são extraídas com base em tópicos-chave e palavras que aparecem simultaneamente nos mesmos parágrafos ou sentenças. Em seguida, as características e a frequência das palavras são definidas e analisadas por meio de diversas técnicas de mineração de texto, como análise de rede de palavras-chave, análise de associação, mineração de opinião, modelagem de tópicos, análise de emoções, entre outras.

Para nossa análise, selecionamos quatro tribunais que adotam diferentes sistemas de processo eletrônico: (i) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que utiliza o e-SAJ; (ii) Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), responsável pelos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, que utiliza o PJe; (iii) Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), responsável pelos estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, que utiliza o e-Proc; e (iv) Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que utiliza o Processo Eletrônico do estado do Rio de Janeiro (PJERJ).

Os três primeiros tribunais foram escolhidos por utilizarem sistemas discutidos na seção 3, enquanto o TJRJ foi incluído por adotar um sistema diferente dos mencionados anteriormente (PJERJ), representando um dos sistemas que estão sendo substituídos no cenário nacional. O TJRJ firmou um termo de compromisso com o CNJ em 12/11/2018 para implementar o PJe no tribunal, e o processo de transição para o novo sistema teve início em dezembro de 2019.

Foi realizada uma amostragem de cinco mil processos aleatórios ajuizados em primeira instância a partir de 01/01/2017 em cada um dos quatro tribunais previamente selecionados.[4] De acordo com o relatório *Justiça em Números 2018* (ano-base 2017), a partir daquele ano, 82,3% de todos os processos ajuizados em primeiro grau no Brasil eram eletrônicos. Para a coleta da amostra do TRF2, foram selecionados processos ajuizados a partir de 23/2/2018, data da implementação do sistema e-Proc. Esse marco temporal também foi escolhido porque os processos ajuizados em 2017 já estariam concluídos ou próximos de ter uma sentença em primeira instância.[5]

• • •

4 Os dados coletados para esta pesquisa são acessíveis em repositório público, e o acesso pode ser disponibilizado mediante pedido aos autores por qualquer leitor(a) interessado(a).

5 Apesar da aparente diferença entre o início da coleta dos dados entre os tribunais, na verdade, grande parte dos dados coletados é de anos mais recentes. Portanto, a diferença de um pouco mais de um ano no início da coleta dos dados entre o TJSP, o TJRJ e o TRF3 com o TRF2 não gerou impacto significativo nas amostras analisadas.

Foram coletadas todas as movimentações processuais dos cinco mil processos de cada tribunal, desde o seu ajuizamento até o mês de outubro de 2020. No total, foram analisadas as movimentações de 20 mil processos.

Os cinco mil processos foram selecionados de forma aleatória, garantindo variedade temática e regional dentro de cada tribunal. A aleatoriedade é supostamente assegurada pelo método rotativo de distribuição dos processos. Portanto, os dados coletados também correspondem à média de processos distribuídos.

A principal informação coletada no levantamento foram os registros dos "andamentos processuais" – dados sobre o tempo e a categoria dos atos realizados pelo expediente forense para o processamento dos casos. Além das movimentações processuais, foram coletados dados como número de processo, classe processual, área do Direito pertinente à disputa, assunto da disputa, local físico (se aplicável), outros detalhes sobre o assunto principal, data da distribuição da ação, número de controle, nome do juiz, valor da ação e, evidentemente, as partes envolvidas.

4. Sistematização e análise dos dados coletados

O conjunto de andamentos de cada tribunal será analisado de modo individualizado, pois, apesar de o CNJ ter uniformizado as movimentações eletrônicas por meio da Tabela Processual Unificada (TPU), há variações entre cada tribunal na forma com a qual se convencionou nomear as movimentações.

4.1 Andamentos, movimentações e agentes

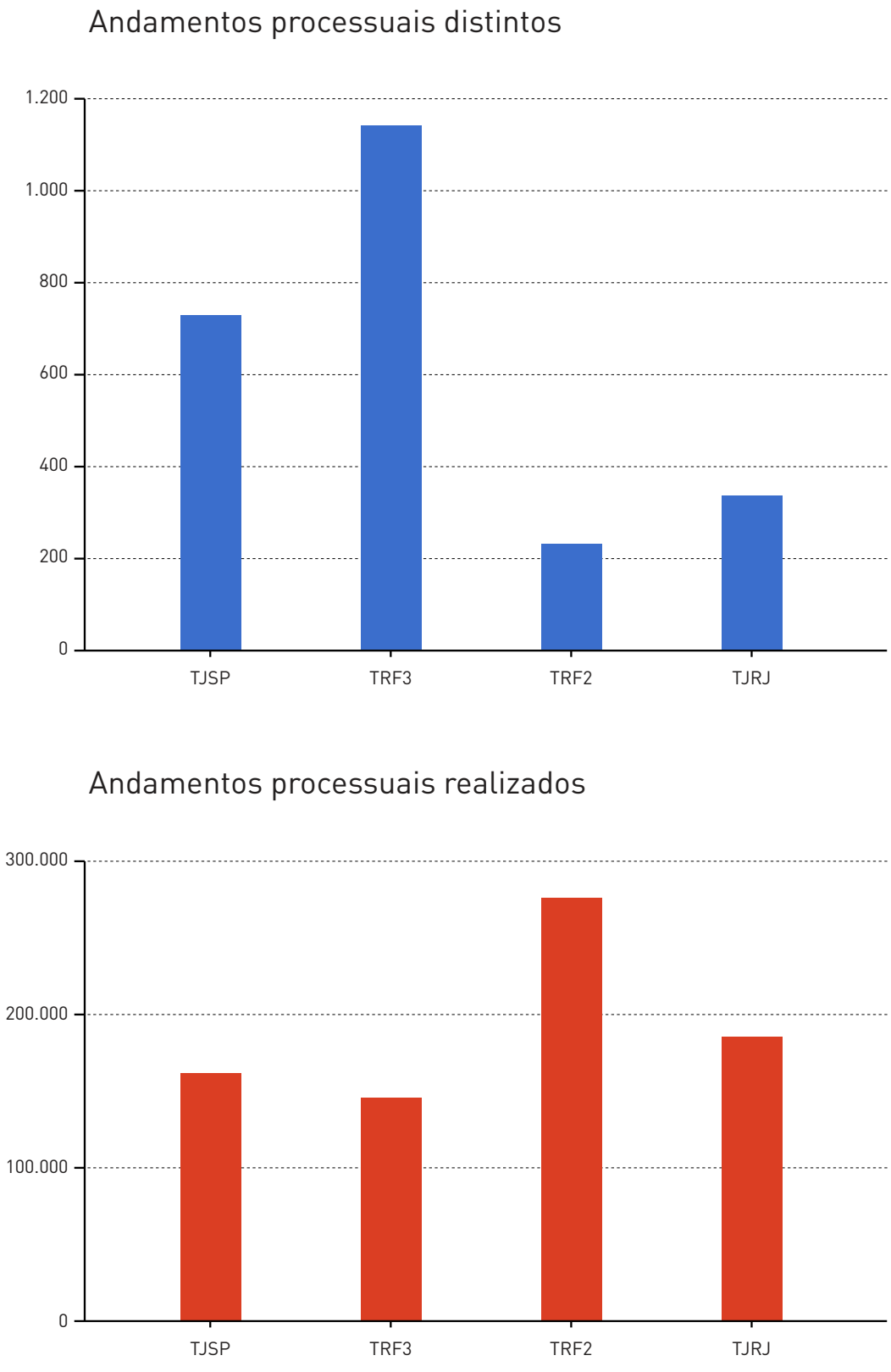
A partir de todas as movimentações dos 20 mil processos eletrônicos selecionados (cinco mil de cada tribunal), obtiveram-se a quantidade de tipos distintos de andamentos processuais e suas respectivas frequências (ver Tabela 1 e Gráfico 4, a seguir).

TABELA 1 – **Tipos de andamentos e frequência**

	TJSP (E-SAJ)	TRF3AR (PJE)	TRF2AR (E-PROC)	TJRJ (PJERJ)
AMOSTRA (EM PROCESSOS)	5.000	5.000	5.000	5.000
TIPOS DE ANDAMENTOS DISTINTOS	729	1.142	232	338
QUANTIDADE DE ANDAMENTOS PRATICADOS	161.977	145.518	276.858	185.466

Fonte: Elaboração própria.

GRÁFICO 4 – **ANDAMENTOS PROCESSUAIS DISTINTOS E REALIZADOS**



Fonte: Elaboração própria.

Podemos observar que o TRF3 se destaca pelo maior grau de detalhamento na descrição dos andamentos processuais, apresentando o maior número de andamento distintos. No entanto, o TRF2 registra o maior número de atos ao longo do fluxo processual. As Tabelas 2 a 6, a seguir, apresentam as dez movimentações mais frequentes de cada tribunal, indicando quantas vezes cada uma delas ocorreu na amostragem de cinco mil processos.

TABELA 2 – **MOVIMENTAÇÕES MAIS FREQUENTES TJ-SP**

ANDAMENTO	FREQUÊNCIA
CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO EXPEDIDA	13.360
REMETIDO AO *DJE*	13.260
PETIÇÃO JUNTADA	9.341
CONCLUSOS PARA DESPACHO	7.619
CERTIDÃO DE CARTÓRIO EXPEDIDA	7.512
AR POSITIVO JUNTADO	6.200
DESPACHO	6.167
CARTA DE INTIMAÇÃO EXPEDIDA	4.963
CONCLUSOS PARA DECISÃO	4.527
CERTIDÃO DE REMESSA DA INTIMAÇÃO PARA O PORTAL ELETRÔNICO EXPEDIDA	3.747

Fonte: Elaboração própria.

TABELA 3 – **MOVIMENTAÇÕES MAIS FREQUENTES TRF2**

ANDAMENTO	FREQUÊNCIA
INTIMAÇÃO ELETRÔNICA	90.528
DECURSO DE PRAZO	25.346
PETIÇÃO	21.251
AUTOS COM JUIZ PARA DESPACHO	16.361
DESPACHO	15.957
JUNTADA DE CERTIDÃO	12.513
CITAÇÃO ELETRÔNICA	7.049

(continua)

AUTOS COM JUIZ PARA SENTENÇA	5.364
LAVRADA CERTIDÃO	5.076
DISTRIBUÍDO POR SORTEIO	4.916

Fonte: Elaboração própria.

TABELA 4 – **MOVIMENTAÇÕES MAIS FREQUENTES TJ-RJ**

ANDAMENTO	**FREQUÊNCIA**
ATO ORDINATÓRIO PRATICADO	21.701
CONCLUSÃO AO JUIZ	19.214
RECEBIMENTO	19.190
JUNTADA – PETIÇÃO	18.734
ENVIO DE DOCUMENTO ELETRÔNICO	18.176
DESPACHO – PROFERIDO DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE	11.035
REMESSA	8.399
RECEBIDOS OS AUTOS	7.915
DIGITAÇÃO DE DOCUMENTOS	7.277
JUNTADA DE MANDADO	5.584

Fonte: Elaboração própria.

TABELA 5 – **MOVIMENTAÇÕES MAIS FREQUENTES TRF3**

ANDAMENTO	FREQUÊNCIA
ATO ORDINATÓRIO	19.764
AUTOS COM (CONCLUSÃO) JUIZ PARA DESPACHO/DECISÃO	13.875
RECEBIMENTO DO JUIZ COM DESPACHO/DECISÃO	12.852
RECEBIMENTO NA SECRETARIA	10.654
JUNTADO(A) PETIÇÃO	10.606
DISTRIBUIÇÃO/ATRIBUIÇÃO ORDINÁRIA INSTANTÂNEA	8.325
REMESSA EXTERNA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL VISTA	4.082
BAIXA DEFINITIVA DEPRECANTE/ORDENANTE/ROGANTE	3.558
ARQUIVAMENTO DOS AUTOS	3.278
EXPEDIDO/EXTRAÍDO/LAVRADO MANDADO	3.195

Fonte: Elaboração própria.

Cada andamento foi classificado segundo o agente responsável por elaborá-lo (servidor/magistrado/advogado), de acordo com a natureza do ato praticado (administrativo/decisório/contraditório) e com o lugar físico associado ao seu acontecimento (unidade judiciária/vara/externo ao tribunal).

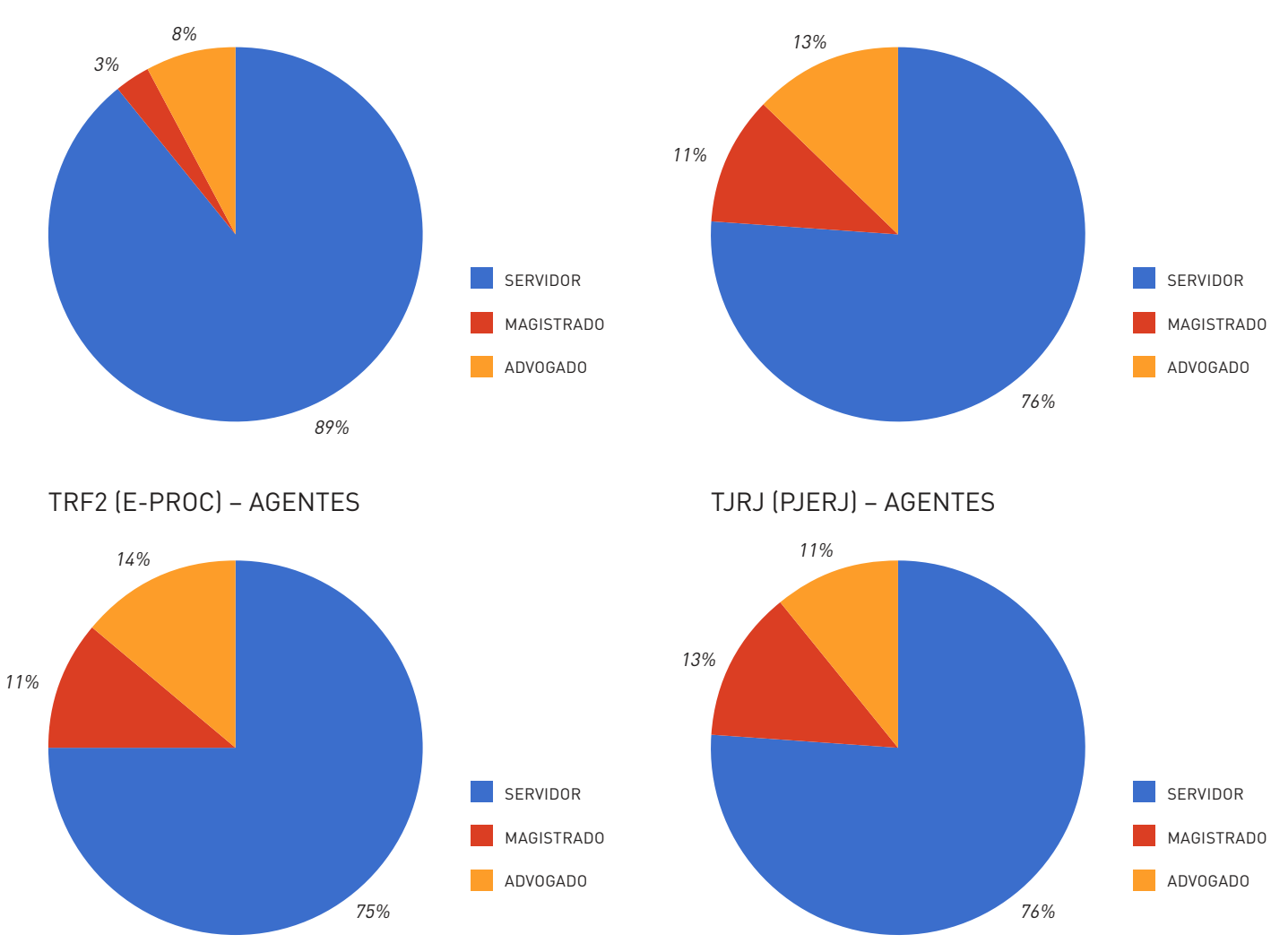
TABELA 6 – **AGENTES PRATICANTES DOS ANDAMENTOS, EM QUANTIDADE DE ANDAMENTOS**

	TJSP (E-SAJ)	TRF3 (PJE)	TRF2 (E-PROC)	TJRJ (PJERJ)
QUANTIDADE DE ANDAMENTOS PRATICADOS	161.977	145.518	276.858	185.466
SERVIDORES	122.279	120.667	208.991	141.203
MAGISTRADOS	18.023	4.803	29.476	20.502
ADVOGADOS	21.675	20.048	38.391	20.184

Fonte: Elaboração própria.

A distribuição de atos por agentes pode ser vista no Gráfico 5, a seguir.

GRÁFICO 5 – **DISTRIBUIÇÃO DE ATOS POR AGENTES JUDICIAIS**



Fonte: Elaboração própria.

Observa-se um padrão consistente em todos os tribunais, em que os servidores são responsáveis pela maioria dos andamentos processuais ao realizarem atos administrativos dentro das unidades judiciárias. Magistrados e advogados, por sua vez, executam até um quarto de todos os andamentos processuais em cada tribunal. Neste contexto, destaca-se o TRF3, com 89% dos atos praticados por seus servidores.

Esse mesmo padrão reflete-se na classificação dos atos praticados com relação à sua natureza: os administrativos são predominantemente praticados pelos servidores, os decisórios pelos magistrados, e os de contraditório pelos advogados. Da mesma forma, quanto ao local em que os atos são praticados, os servidores realizam-no nas unidades judiciárias, os magistrados nas varas, e os advogados externamente.

Essa falta de variação indica que o magistrado tem praticado muito poucas ou nenhuma atividade administrativa dentro do tribunal, deixando essas responsabilidades quase exclusivamente aos servidores.

4.2. **Rotinas:** QUANTIDADES E DURAÇÃO

Com a adoção do processo eletrônico, não há mais uma necessária linearidade entre as movimentações processuais. Anteriormente, o advogado precisava retirar os autos do cartório, analisá-los e devolvê-los para protocolar uma petição – esse procedimento geralmente era seguido pela outra parte de forma sequencial. Com o processo digital, todas as partes têm acesso simultâneo ao processo. O magistrado não precisa mais aguardar pelos autos físicos para proferir uma decisão. Todos os envolvidos podem agir ao mesmo tempo.

Essa mudança também implica que um andamento processual anterior pode não ter relação direta com o seguinte. Portanto, medir linearmente o tempo entre um andamento e outro não faz mais sentido. Isso pode significar maior eficiência no andamento do processo, já que não há dependência da conclusão de etapas anteriores. No entanto, essa característica também dificulta a análise de estudos como este. Esse foi um grande desafio, que exigiu tempo da equipe para avaliação e proposição de soluções criativas.

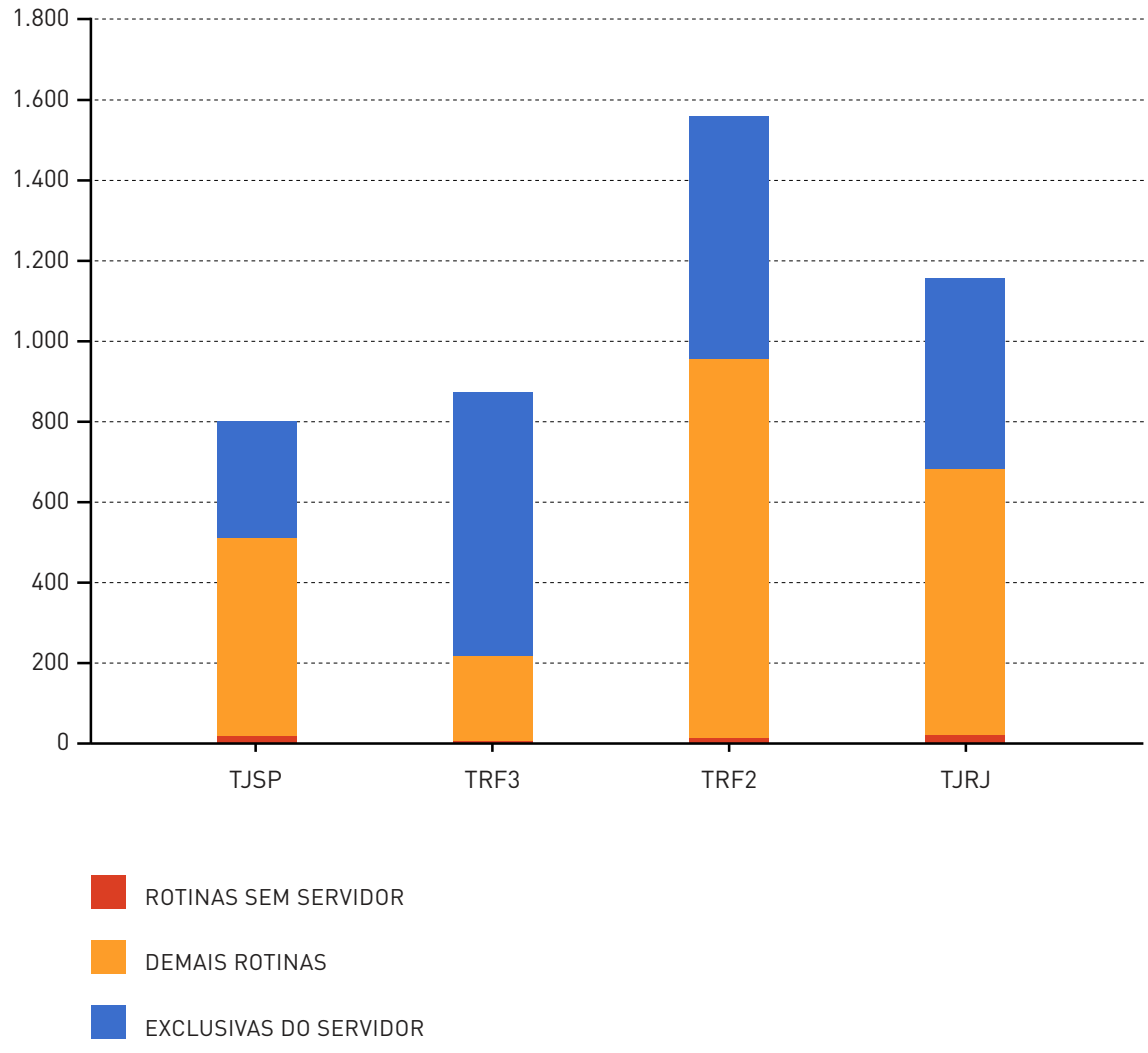
Para contornar essa questão, adotou-se o conceito de "rotinas" processuais. Essas "rotinas" são o conjunto de três andamentos que se sucedem com maior frequência no tribunal. Assim, uma rotina é o conjunto de três andamentos processuais praticados na mesma ordem, por pelo menos 20 vezes. Por exemplo, uma rotina poderia ser formada pelo conjunto: "petição", "concluso para o(a) juiz" e "decisão". Normalmente, essas três movimentações ocorrem nessa ordem, e é essencial considerar o contexto completo das movimentações para entender seu significado.

Dessa maneira, mesmo diante da não linearidade do processo eletrônico, identificaram-se sequências recorrentes de movimentos processuais nos tribunais, tornando possível uma avaliação mais precisa do tempo médio das rotinas dos tribunais.

4.2.1 Quantidade de rotinas identificadas

Identificamos 804 rotinas no TJSP, 1.562 no TRF2, 875 no TRF3 e 1.157 no TJRJ. Mais uma vez, o TRF2 destaca-se com o maior número de variações de rotinas praticadas. Nas rotinas dos tribunais, é notável o papel do servidor. Das 804 rotinas identificadas no TJSP, apenas 19 não passam por ele, no TRF2, 12 ocorrem sem a presença dele, no TRF3, 4, e no TJRJ, 20. Já o número de rotinas exclusivas do servidor é de 295 do TJSP, 607 no TRF2, 658 no TRF3 e 475 no TJRJ (Gráfico 6).

GRÁFICO 6 – **PARTICIPAÇÃO DOS SERVIDORES NAS ROTINAS**



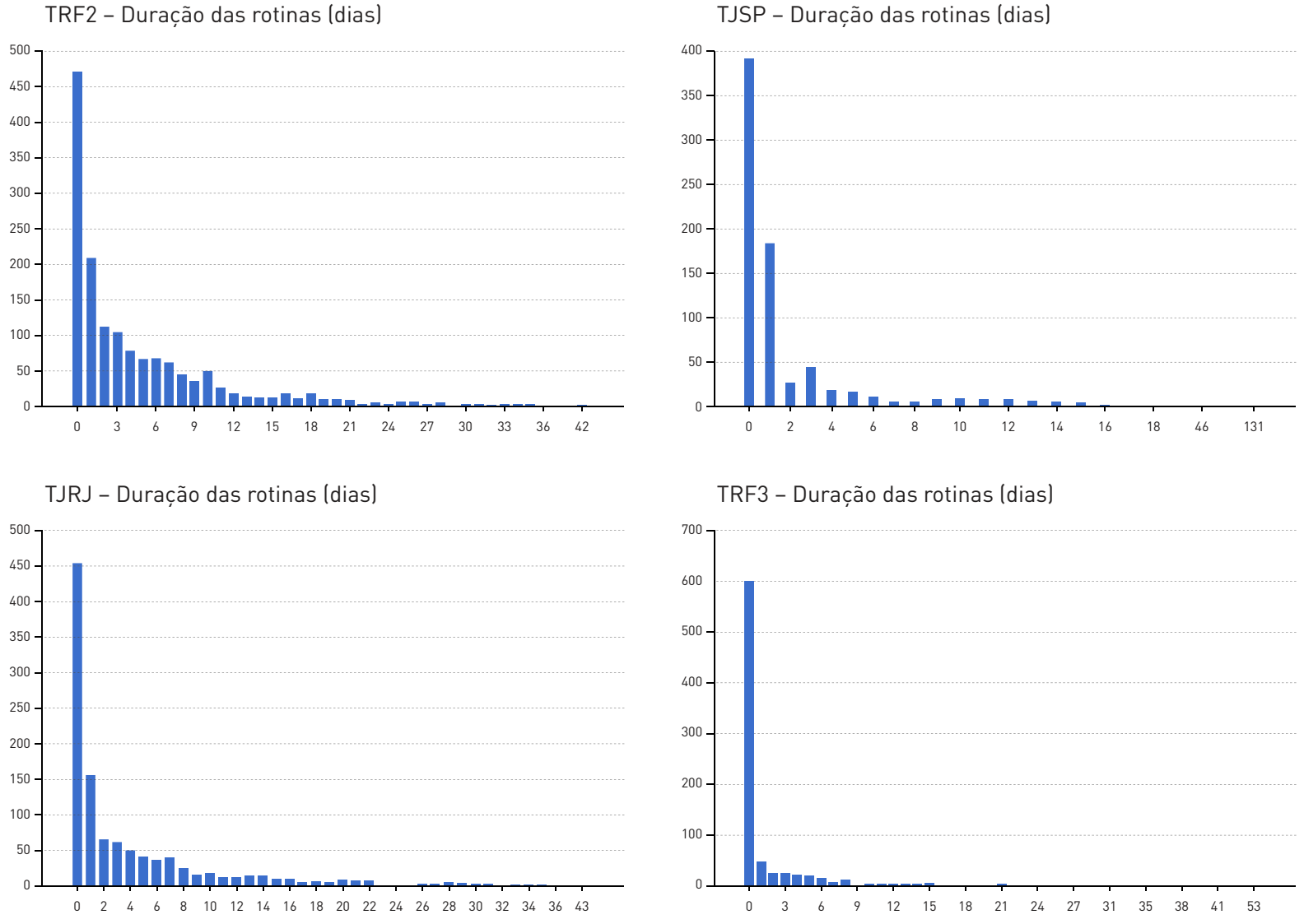
Fonte: Elaboração própria.

Podemos classificar as rotinas praticadas pelos servidores como de caráter exclusivamente administrativo. Desse modo, essas rotinas têm papel significativo nos andamentos dos processos nesses tribunais. Também é importante notar que poucas são as rotinas que ocorrem sem a participação dos servidores, eles são pelo menos os intermediários de quase todos os acontecimentos processuais. Isso implica que praticamente todas as rotinas que ocorrem nos processos têm alguma fase administrativa praticada pelo servidor.

4.2.2. Duração das rotinas

A partir da quantidade de rotinas diversas identificadas, examinamos a duração de cada uma delas em dias. O Gráfico 7, a seguir, apresenta as informações de cada tribunal, classificadas pela duração, em dias, das rotinas.

GRÁFICO 7 – **Frequência e duração das rotinas observadas**



Fonte: Elaboração própria.

Todos os tribunais apresentaram um padrão bastante semelhante, no qual a maioria das rotinas é concluída em menos de um dia, indicando que a rotina foi iniciada e encerrada no mesmo dia. Esse padrão assemelha-se muito ao identificado por Silva (2006), como discutido anteriormente, quando atividades complexas nos cartórios judiciais envolviam uma série de pequenos atos diversos (Silva, 2006, p. 23).

No entanto, em alguns dos tribunais, é possível observar um número significativo de rotinas com durações maiores (próximas ou superiores a uma dezena de dias), que, se somadas,

podem impactar a duração total do processo. É importante lembrar que o número total de rotinas é geralmente alto, variando de algumas centenas a mais de mil.

No entanto, de maneira geral, podemos afirmar que a longa duração dos processos com frequência não se deve a um procedimento específico que consuma muito tempo, mas sim à repetição de uma série de pequenas movimentações de curta duração.

Considerações finais

No exercício feito neste artigo, talvez um dos pioneiros no estudo sobre o funcionamento judicial, usamos a metodologia de *text mining* para extrair dados dos sistemas eletrônicos de quatro grandes tribunais do país para avaliar as movimentações e rotinas processuais mais frequentes. Escolhemos tribunais que operam com sistemas eletrônicos diferentes (PJe, e-Proc, e-SAJ e PJERJ, respectivamente) para averiguar se havia variações nos prazos, nas durações e nos demais resultados no andamento. Foram observados alguns resultados, que serão descritos a seguir. Apesar dos distintos sistemas utilizados, os padrões apresentados em todas as métricas analisadas foram semelhantes.

No entanto, percebe-se que o papel dos servidores na quantidade de andamentos processuais realizados e nas rotinas de tarefas executadas ainda é significativo. Apesar da informatização, a dependência no trabalho humano, especificamente dos servidores, permanece intensa. No caso do TRF3 (Justiça federal que abrange os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul), 89% dos atos processuais dependem da ação dos servidores. Observamos que muitas rotinas informatizadas têm curtíssima duração (menos de um dia), enquanto algumas poucas apresentam longa duração.

O que também se constata é a grande quantidade de rotinas no andamento do processo, chegando a centenas e, em alguns casos, mais de um milhar. Dessa forma, mesmo que cada uma tenha curta duração, o processo acaba se tornando extremamente longo devido ao número de andamentos necessários. Anedoticamente, há indícios de que alguns desses andamentos poderiam ser eliminados, por exemplo, a exigência de certidões e comprovações que faziam mais sentido na época do processo físico, mas que continuam existindo mesmo com a transição para o processo eletrônico. O TRF2, de acordo com o levantamento, é o exemplo extremo, com o maior número de atos ocorrendo em seu fluxo processual. Entretanto, os outros tribunais não estão muito melhores nesse quesito. Sabe-se que o diagnóstico pode ser generalizado para todos os outros tribunais do país.

Assim, por trás da aparente celeridade e eficiência do processo eletrônico, evidenciada por rotinas que em média duram menos de um dia, existe uma morosidade pela exigência do cumprimento de centenas de rotinas, algumas delas possivelmente passíveis de eliminação sem prejuízo da qualidade do andamento do processo. Pesquisas qualitativas mais detalhadas no futuro poderiam analisar o conjunto total dos andamentos para avaliar sua pertinência no contexto do processo eletrônico. A necessidade de cumprir um número grande de

movimentações talvez seja o maior obstáculo à maior celeridade no processo judicial pós-informatização. Se isso for verdade, a solução poderia estar em mudanças nas normas do processo civil – algo que vai além da gestão dos tribunais.

O presente estudo teve como finalidade obter uma visão detalhada do andamento processual após a implementação do processo eletrônico, considerando a nova dinâmica de quebra da linearidade e de instantaneidade das movimentações. Outro objetivo foi chamar a atenção dos pesquisadores para temas relevantes que merecem atenção em pesquisas futuras. Por exemplo, não pudemos determinar – pelas metodologias e perspectivas escolhidas – se os resultados encontrados estão de algum modo relacionados aos tribunais escolhidos. Caso tivéssemos analisado todos os tribunais brasileiros e empregado técnicas estatísticas e econométricas mais complexas, poderíamos ter analisado correlações ou até mesmo relações de causalidade, testando hipóteses sobre por que alguns tribunais têm um número maior de andamentos do que outros (entre diversas outras hipóteses possíveis). Além disso, como a literatura sobre o processo aponta, há uma multiplicidade de fatores organizacionais, normativos, humanos e mesmo tecnológicos que podem afetar o objeto aqui analisado.

Por fim, como já exposto, uma análise qualitativa das movimentações e rotinas envolvidas para avaliar a sua "pertinência" é algo que poderia ser feito futuramente. Esta pesquisa – com as limitações naturais de um artigo – não teve a ambição de exaurir as explicações sobre o fenômeno do processo eletrônico e seus impactos na burocracia judiciária. Esperamos que pesquisas futuras se motivem a investigar as questões suscitadas, mas deixadas em aberto pelo presente artigo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 27 jun. 2024.

CABRAL, James E. *et al*. Using Technology to Enhance Access to Justice. *Harvard Journal of Law & Technology,* v. 26, n. 1, p. 241-324, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) *Justiça em Números 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/574?mode=full. Acesso em: 25 jun. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2018*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 25 jun. 2024.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Ato Conjunto n. 10, de 28 de junho de 2010*. Publicado no *DeJT* 29/06/2010. Alterado pelo Ato Conjunto n. 32/TST.CSJT/2016. Disponível em: https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/TST/CSJT/Ato_Conj_10_10.html. Acesso em: 18 jul. 2024.

DYEVRE, Arthur. Text-mining for Lawyers: How Machine Learning Techniques Can Advance our Understanding of Legal Discourse. *Erasmus Law Review*, [*s.l.*], v. 14, p. 7-23, 2021.

FALCÃO, Joaquim. A competição. *In:* SADEK, Maria Tereza *et al.* (orgs.). *O Judiciário do nosso tempo*: grandes nomes escrevem sobre o desafio de fazer justiça no Brasil. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021. p. 111-120.

GUASQUE, Bárbara; FREITAS, Cinthia O. de Almeida. Política judiciária e processo eletrônico: eficácia socioeconômica. *Direito & Justiça,* Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 55-68, jan./jun. 2013.

GUIMARÃES, Paulo César Gonçalves. *Duração razoável e informatização do processo judicial*. 2008. 53 f. Monografia (Especialização) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008.

JUNG, Hoon; LEE, Bong Gyou. Research Trends in Text Mining: Semantic Network and Main Path Analysis of Selected Journals. *Expert Systems with Applications*, [*s.l.*], v. 162, p. 113851, 2020.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARREIRA, Karen Sakalauska. Dez anos de racionalização da gestão judicial no Brasil: efeitos e perspectivas. *Revista Direito e Práxis,* Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 326-364, 2015.

KUMAR, Sunil; KAR, Arpan Kumar; ILAVARASAN, Vigneswara. Applications of Text Mining in Services Management: A Systematic Literature Review. *International Journal of Information Management Data Insights*, Nova Deli, v. 1, n. 1, p. 1-14, 2021.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Processo judicial eletrônico, acesso à justiça e efetividade do processo. *In:* COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; ALLEMAND, Luiz Cláudio (coords.) *Processo judicial eletrônico*. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 131-146.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais.* 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SOARES, Marcus Vinicius Brandão. Justiça cara é injustiça: o processo eletrônico e o princípio da economia processual. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; ALLEMAND, Luiz Cláudio (coords.). *Processo judicial eletrônico*. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 455-470.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88*: (des)estruturando a justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

WYNER, A. *et al*. Approaches to Text Mining Arguments from Legal Cases. *In*: FRANCESCONI, Enrico *et al.* (eds.). *Semantic Processing of Legal Texts*: Where the Language of Law Meets the Law of Language. Berlin: Springer, 2010. (Lecture Notes in Computer Science. v. 6036). p. 60-79.

YEUNG, Luciana L. Evolução recente da eficiência do Judiciário brasileiro (2006-2018). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [*s.l.*], v. 9, p. 1-32, 2022.

Luciana Yeung

Professora Associada I do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Doutora pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EESP). Mestre em Relações Industriais e em Economia Aplicada pela University of Wiconsin/Madison. Membro-fundadora e Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), em 2016. Diretora da Associação Latino-Americana de Direito e Economia (ALACDE, 2020 até o presente). Pesquisadora visitante no Institute of Law and Economics, da Universidade de Hamburgo, Alemanha. Editora da *Revista de Análise Econômica do Direito* (RAED) em 2021-2023.

Luciana.Yeung@insper.edu.br

Paulo Eduardo Alves da Silva

Professor Associado III na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Mestre, doutor e livre-docente em Direito pela USP. Pesquisador visitante no Center for Studies of Law and Society, na Universidade da California/Berkeley, no Global Legal Studies Institute, na Universidade de Wisconsin/Madison e no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Fundador, Diretor-Executivo (2011-2018) e Conselheiro Científico (2019-2023) da Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED). Editor da *Revista de Estudos Empíricos em Direito* (2013--2016). Pesquisador Associado ao Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ).

pauloeduardosilva@hotmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 07.08.2023
Aprovado: 01.03.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202425

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo *desk review*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Decisão editorial final.

1 Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, São Paulo, Brazil
https://orcid.org/0009-0009-3329-204X

2 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brazil

3 Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, Núcleo de Acesso à Justiça, Processo e Meios de Solução de Conflitos, São Paulo, São Paulo, Brazil
https://orcid.org/0000-0001-7924-1322

4 Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, Núcleo de Acesso à Justiça, Processo e Meios de Solução de Conflitos, São Paulo, São Paulo, Brazil

Better than Nothing? The Idea of "Rough Justice" for Individual Compensation in Disaster Cases

¿MEJOR QUE NADA? LA IDEA DE "JUSTICIA POSIBLE" PARA LA COMPENSACIÓN INDIVIDUAL EN CASOS DE DESASTRES

MELHOR DO QUE NADA? A IDEIA DE "JUSTIÇA POSSÍVEL" PARA A COMPENSAÇÃO INDIVIDUAL EM CASOS DE DESASTRES

Thais Temer[1], *Karina Denari Gomes de Mattos*[2,3] and *Maria Cecília de Araujo Asperti*[4,5]

Abstract
When affecting a considerable number of victims, post-disaster remedy processes face significant obstacles related to assessing and measuring the exact extent of individual losses. Recent cases have adopted the concept of "rough justice", a method also applied to the September 11th Victim Compensation Fund and in transitional justice contexts. While achieving full compensation may be difficult, time-consuming, and sometimes impossible, resorting to "rough justice" can serve as a theoretical framework to legitimize insufficient reparations and the perpetuation of rights abuses. The article examines the application of the "rough justice" paradigm and assesses the relevance of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) in disaster cases. It focuses on holding companies accountable for compensating damages incurred by individuals. The conclusion emphasizes the necessity for any accepted parametrization to be rigorous, based on solid and transparent methods for assessing the losses of affected individuals and communities. The process should be guided by the needs of those affected and incorporate traditional knowledge, establishing minimum values while allowing for individual adjustments when possible. Furthermore, procedures should be open to review whenever new data arises regarding the impacts of the disaster or the evolving needs of the affected parties, especially considering ongoing and future losses.

Keywords
Rough justice; disaster cycle; business and human rights; compensation parameters; mass tort litigation.

Resumen
Cuando afectan a un considerable número de víctimas, los procesos de remediación en contextos posteriores a desastres enfrentan obstáculos relacionados con la evaluación y medición exacta de las pérdidas individuales. Casos recientes han importado el concepto de "justicia posible", aplicado también al Fondo de Compensación de las Víctimas del 11 de Septiembre y en contextos de justicia de transición. Mientras que, por un lado, la consecución de la reparación integral puede ser difícil, demorada y a veces imposible, por otro lado, el recurso a la "justicia posible" puede servir como un marco teórico para legitimar reparaciones insuficientes y el mantenimiento del abuso de derechos. El artículo examina el uso del paradigma de "justicia posible" y la aplicabilidad de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (UNGPs) en casos de desastre para responsabilizar a las empresas por la compensación de daños por pérdidas individuales. Se sostiene que cualquier parametrización, cuando es aceptada, debe ser rigurosa, basada en métodos sólidos y transparentes para evaluar

las pérdidas de las personas y comunidades afectadas. Las necesidades de los afectados y el conocimiento tradicional deben guiar el proceso, con valores mínimos establecidos que no impidan ajustes individuales cuando sea posible. Además, los procedimientos deben estar abiertos a revisión siempre que surjan nuevos datos sobre los impactos del desastre o sobre las necesidades de las partes afectadas, especialmente teniendo en cuenta las pérdidas actuales y futuras.

Palabras clave
Justicia posible; ciclo de desastre; empresas y derechos humanos; parámetros de compensación; litigios colectivos.

Resumo
Ao afetar um número considerável de vítimas, os processos de reparação em contextos pós-desastre enfrentam obstáculos relacionados à avaliação e mensuração precisa da extensão das perdas individuais. Casos recentes têm importado o conceito de "justiça possível", também aplicado ao Fundo de Compensação das Vítimas de 11 de Setembro e em contextos de justiça de transição. Enquanto, de um lado, a consecução da reparação integral possa ser difícil, demorada e por vezes impossível, de outro lado, o recurso à "justiça possível" pode servir como um arcabouço teórico para legitimar reparações insuficientes e a manutenção do abuso de direitos. O artigo examina o uso do paradigma de "justiça possível" e a aplicabilidade dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (UNGPs) em casos de desastre para responsabilizar as empresas pela compensação de danos por perdas individuais. Conclui-se que qualquer parametrização, quando aceita, deve ser rigorosa, baseada em métodos sólidos e transparentes para avaliar as perdas das pessoas e das comunidades afetadas. As necessidades dos atingidos e o conhecimento tradicional devem guiar o processo, com valores mínimos estabelecidos que não impeçam ajustes individuais quando possível. Além disso, os procedimentos devem estar abertos à revisão sempre que novos dados surgirem sobre os impactos do desastre ou sobre as necessidades das partes afetadas, principalmente considerando as perdas atuais e futuras.

Palavras-chave
Justiça possível; ciclo dos desastres; empresas e direitos humanos; parâmetros de compensação; ações coletivas.

5 Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, São Paulo, Brazil
https://orcid.org/0000-0001-5945-9455

Contribuição de autoria

Thais Temer:
Conceptualization; resources; writing – original draft; writing – review & editing.

Karina Denari Gomes de Mattos:
Conceptualization; resources; writing – original draft; writing – review & editing.

Maria Cecília de Araujo Asperti:
Conceptualization; resources; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
TEMER, Thais; MATTOS, Karina Denari Gomes de; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Better than Nothing? The Idea of "Rough Justice" for Individual Compensation in Disaster Cases. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2425, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202425

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction

When the dam broke apart at 3:30 pm, spilling a terrifying volume of mud and metals, Paula Geralda Alves was preparing reforestation seedlings for Samarco on a farm near the village; Eliene dos Santos, the director of Bento Rodrigues school, had just closed the glass door of the building after handing over documents to a carrier; Reinaldo Caetano was happily watching his mother's water tank, which he had just filled with water from the stream. About 350 kilometers away, in Governador Valadares, businessperson Sandro Faria Heringer, owner of a truck dealership, was talking on the phone with a customer. Further down, towards the sea, on the outskirts of the city of Resplendor, Dejanira Krenak was smoking her pipe on the river beach in the Krenak indigenous village. Downstream, in Colatina, Espírito Santo, photographer Edson Negrelli was taking pictures in his studio. In the Capixaba [local] village of Regência, community leader Carlos Sangália was walking on the white sand bathed by the blue sea, observing the nests of sea turtles laying their eggs on the beach, an environmental protection area.

None of them could imagine that, at that very moment, the world they knew so well was about to disappear.

Dieguez (2016, our translation).

Discussions regarding mitigation, adaptation and compensation of damages caused by extreme climate events are often disconnected from legal debates concerning other equally severe disaster cases in Brazil. The cases often stem from activities in the mining, energy and oil sectors, as well as in the gas industry, which have shaped recent debates concerning liability and remediation.[1] The "Rio Doce case", described in the quote above, stands out as one of the most well-known disasters in Brazil. On November 5, 2015, the collapse of the Fundão Dam, a massive iron ore tailing in Mariana, State of Minas Gerais, operated by Samarco Mineração SA—a joint venture between Vale S.A. and BHP Billiton Brasil Ltda—caused a wave of several million cubic meters of mining tailings to spill into the Rio Doce river. The resulting flow traveled along a 663.2 km path for 17 days, until it reached the ocean in the city of Regência, Espírito Santo State. At least 45 municipalities were affected, 19 people died and a population of more than two million inhabitants across these localities suffered

1 Although this study does not focus specifically on issues related to climate change, it underscores the importance of corporate players in disaster cases. These considerations are equally relevant for discussing remedies and compensations in cases of disasters triggered or augmented by extreme climate events.

different impacts on their livelihoods. Four years later, another ore tailing dam collapsed close to the Fundão Dam, in the city of Brumadinho, Minas Gerais, killing at least 272 people and causing another series of injuries and losses to local communities. Both of these cases involved Vale do Rio Doce S.A., the largest mining company in Brazil and one of the largest in the world.

Considering the specific challenges of such large and complex disaster cases, this article aims to reflect on the pursuit of adequate and comprehensive remediation in disaster cases resulting from human rights abuses caused by corporate activities that affect a significant number of victims. It focuses particularly on the challenges in assessing and measuring the exact extent of damages for individual compensation.

Technological disasters—in which hazardous events originate from technological or industrial conditions, dangerous procedures, infrastructure failures, or specific human activities (UN, 2016, p. 19; FGV, 2019, p. 27)—are particularly challenging in terms of compensation and remedy. By their very nature, there is an asymmetry between the parties, given the extreme vulnerability of the affected people, extensive losses and adverse impacts that may exceed the community's reaction capacity (UN, 2016, p. 13).

Companies should be held responsible not only for compensating damages, but also for implementing a broad range of measures to prevent future disasters. The responsibility includes mitigating losses, reconstructing affected territories and livelihoods, and building resilience among the affected communities. Victims must negotiate and/or litigate against resourceful, repeat corporate players, well equipped with specialized lawyers and ready access to specialists (Galanter, 1974, p. 97-119). Amidst legal discussions concerning terms for compensation and reconstruction, companies often exert great influence in the affected territories and are able to resume their economic activities even after the hazardous event (FGV, 2019, p. 27).

Such asymmetry becomes even more accentuated when victims pursuing individual compensation must demonstrate the entire extent of their losses. To justify these designs, debates around "rough justice" or "possible justice" gained prominence, advocating for "non-ideal" models as alternatives to individual compensation. This terminology, initially used in contexts of strategic litigation, historical reparation, and transitional justice in post-war or post-authoritarian contexts, has recently been applied in post-disaster contexts. Examples include the September 11th Victim Compensation Fund (VCF) in the United States and the simplified compensatory system (known as "Novel"), created in Brazil in response to the Fundão Dam Break case in Mariana, in the state of Minas Gerais, Brazil (also known as the "Rio Doce case"). In the Brazilian case, the Novel system was aimed at facilitating the assessment of individual damages, applying pre-established parameters for eligibility, evidence, and compensation amounts.

Although the paradigm of "rough justice" may help overcome practical obstacles to individual compensation for disaster victims, it is necessary to assess whether its application may overlook standards established in the field of Business and Human Rights, such as those set forth in the Guiding Principles on Business and Human Rights by the United Nations Human

Rights Council (UNGPs). Is this a shortcut for companies to evade their duty to provide remedies, or is it a valid solution to the challenges related to the assessment of individual injuries resulting from complex disasters?

The analysis starts with examining the applicability of the UNGPs framework in disaster cases involving corporate players. Following that, specific challenges related to compensating individual damages in large and complex cases are explored, drawing upon the Brazilian context and rule of law as an example. The obstacles faced by victims in Brazil vividly illustrate the reality of vulnerable communities affected by disasters and climate change around the globe. Following the analysis of the paradigmatic decision rendered in the Rio Doce case, the discussion shifts to a literature review of the concept of "rough justice" in strategic litigation, transitional justice, and historical reparation. This review aims to provide a better understanding of the framework, its uses and limitations. Subsequently, it is examined through the parameters of human rights, legal and material obstacles identified in the previous topics with the aim of outlining some guidelines for the development of appropriate compensation parameters in cases of technological disasters.

1. Disasters, Remediation and the Business and Human Rights agenda

Since the unanimous adoption of the Guiding Principles on Business and Human Rights by the United Nations Human Rights Council (UNGPs) in 2011(UN, 2011), there has been a notable paradigm shift in terms of corporate responsibility for respecting human rights in business conduct, as well as companies' duty to address any adverse impacts they may cause or to which they may contribute.

In this sense, the Business and Human Rights agenda aimed to surpass the framework of Corporate Social Responsibility (CSR) based on the implementation of voluntary and discretionary actions (FGV, 2017), establishing minimum standards for human rights to be observed by companies in their activities and operations (FGV, 2020a; FGV, 2017; Wettstein, 2019). In its second pillar, specifically focused on business conduct, the Guiding Principles set out fundamental and operational standards that should guide corporate responsibility to respect human rights.

The fundamental principles establish that companies must refrain from infringing human rights and address any adverse impacts they may have caused or contributed to (UNGP 11). This responsibility extends to situations in which companies are directly connected to the negative effects of activities, operations, products, or services provided by their commercial relationships, even if they did not contribute to such impact (UNGP 13) (UN, 2011). When companies have caused or contributed to adverse impacts, they are obligated to provide or contribute to remedies through legitimate processes (UNGP 22), following parameters set out in the third pillar of the Guiding Principles.

Building upon the discussion, it becomes evident that determining when disasters resulting from business activities amount to "human rights abuse" is pivotal in applying the principles

governing corporate responsibility and human rights, as outlined in the Guiding Principles. As mentioned, these principles dictate that businesses must not infringe upon human rights and must address any adverse impacts they are associated with, whether through their own actions or their commercial relationships. However, the principles lack detailed guidance on classifying all disasters as human rights abuses, leading to ambiguity and room for interpretation. Furthermore, the concepts of contribution, cause, and connection are subjects of legal debates and disputes.

Nevertheless, in defining this responsibility, it is necessary to consider the provisions of Principle 12, which stipulates companies' responsibility to respect human rights relates to international recognition of such rights. These rights should be understood, at a minimum, as those set forth in the International Bill of Human Rights, comprising the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, as well as the fundamental rights principles established in the International Labour Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (UNGP 12) (UN, 2011).

Additionally, in addressing this question, it is essential to consider factors such as the extent of a business's involvement, its contribution to adverse impacts, and the connection between its activities, operations, products, or services and the impact in question. This nuanced assessment is crucial because, according to the Guiding Principles, if businesses have caused or contributed to adverse impacts, they bear an obligation to provide remedies or contribute to such remedies through legitimate processes. However, if businesses have not caused or contributed to the adverse impact, and it is related to their activities, operations, products, and services, the Principles do not explicitly mandate a remedy. Instead, they emphasize the duty of prevention and mitigation, which raises questions about varying levels of accountability.

Regarding the duty of remediation, the principles within the third pillar establish, on the one hand, that states must take appropriate measures to ensure, through appropriate means (such as judicial, administrative, and legislative mechanisms), that affected persons have access to effective remedy mechanisms (UNGP 25). This includes addressing obstacles to access when dealing with abuses related to business activities (UNGP 26). Secondly, companies must establish or participate in "effective operational-level grievance mechanisms" accessible to affected individuals to remedy any damage caused (UNGP 29).

This obligation to provide a remedy under the UNGPs should encompass two dimensions—procedural and substantive (UN, 2011; 2018). As explained by Dinah Shelton (2015, p. 15), the procedural dimension refers to the "processes through which human rights violations are heard and decided, whether by courts, administrative bodies, or other competent mechanisms". Substantive dimension, however, refers to the outcome of such measures and the relief granted to the victim.

In the procedural dimension, "the UNGPs determine that the procedures for providing remedies must be impartial and protected from corruption, political interference or other

attempts to influence the outcomes" (FGV, 2019, p. 67). Under this perspective, relevant parameters regarding the guarantee of effectiveness of extrajudicial grievance mechanisms (UNGP 31) are highlighted. These parameters should be observed in all remediation processes involving complex situations of human rights violations and abuses. The parameters include: (i) legitimacy; (ii) accessibility; (iii) predictability; (iv) transparency; (v) rights-compatibility; (vi) equitability and (vii) sustainability (UN, 2011).

Additionally, the UN Working Group on Business and Human Rights, in seeking to clarify the content of the right to remedy in the context of adverse impacts caused by companies, points out that the mechanisms employed must be accessible, prompt, and appropriate to the damages suffered (UN, 2018, p. 8).

In terms of material outcomes, the commentary to Guiding Principle 25 states that remediation may encompass a wide range of reparatory measures (UN, 2011). This includes the classification adopted by the "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law" (in the following referred to as the Basic Principles) (UN, 2006; 2017). The use of this broad range of measures is crucial, particularly in situations involving serious violations and abuses of rights and complex damages. This is because the restoration of the previous situation (*status quo ante*) is often unfeasible in such cases. In fact, in disaster scenarios, an exact return to the previous situation is not even desirable, as it may not have adequately addressed risk and vulnerability management, thus contributing to the occurrence of the disaster itself (FGV, 2020b).

In this regard, it is important to adopt a "build back better" approach, as advocated by the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (UNISDR, 2015). This approach emphasizes that post-disaster actions should focus on "increasing the resilience of nations and communities by integrating disaster risk reduction measures into the restoration of physical infrastructure and social systems, as well as the revitalization of livelihoods, economies, and the environment" (UN, 2016, p. 11).

From the discussion above, it is assumed that ideally, in cases of serious human rights abuses caused by corporate activity, all available remediation measures should be employed to address the full extent of the damages suffered by individuals, communities and the environment. Additionally, measures should be implemented to "build back better" the affected territory or to avoid rebuilding the relationships and dynamics that enabled such abuses. In doing so, it is important to address the particularities of each affected person, their past and current situation, and all their losses individually. However, conducting such a detailed and individualized assessment is not always feasible, leading to the use of alternatives such as the establishment of standardized compensation values, as will be discussed in subsequent sections.

2. Specific challenges for compensating individual damages in disaster cases in Brazil

When dealing with risk management and right to remedy in disaster cases, the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) adopts a human rights-based approach (UN, 2015, p. 4), which seeks to identify rights holders and corresponding duty bearers, promoting the strengthening of their capacities to make their claims (UN, 2015, p. 11; FGV, 2019, p. 39-40). Rights holders should be at the center of decision-making processes to effectively minimize risks and fully repair the damage resulting from the disaster (FGV, 2019, p. 38).

The reparation measures established in the Basic Principles include restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction, and the guarantee of non-repetition (FGV, 2019, p. 67--68). These measures can be employed cumulatively rather than exhaustively, with attention to the particularities of each case and a central focus on the victims. This approach ensures that all identified harms are addressed and contributes to "build back better" reconstruction (UN, 2016, p. 11), as previously mentioned.

In a context of serious human rights abuses caused by corporations, the implementation of these remedial measures poses challenges in their implementation due to factors such as the asymmetry between parties, the complexity of damages, obstacles to victims accessing remediation, and the existence of vulnerable groups. Moreover, in the scope of technological disasters, a complicating factor often arises from the continued presence of individuals in the affected territory, strengthening the need for greater resilience in the remedial process (FGV, 2019, p. 93).

Despite this array of remedies, considerable emphasis is placed on compensatory remedies, which can encompass both material (loss of profits, emergent damages, loss of opportunity) and immaterial (moral damages, damage to personal life projects, spiritual damage, aesthetic damage, collective moral damage, and social damage) aspects within the Brazilian legal system (FGV, 2020b, p. 386-391).

Under the typology of judicial and extrajudicial remedies established by the UNGPs, claims for compensation in complex cases of human rights abuses by companies in Brazil, including cases of disasters, can be pursued through individual or collective legal actions. Additionally, reporting mechanisms developed by state actors or companies themselves are available, typically accessed by victims individually through the submission of documents and meeting pre-established requirements.

Regarding individual claims in Brazilian courts, victims must file a lawsuit demonstrating their personal injury and its link to the disaster, either with the assistance of a lawyer, public defender, or through the small claims court (when applicable). This process involves overcoming a series of obstacles in accessing legal services and information about their rights, gathering documentation to substantiate their damages and eligibility, and convincing the court of the connection between their injury and the disaster. Conversely, companies employ

sophisticated legal strategies to mitigate their duty to compensate victims, resulting in individual lawsuits that often fail to achieve comprehensive resolutions.

For these reasons, the Brazilian legal system provides for the possibility of filing class actions, usually sponsored by public players, such as the Public Attorney's Office and the Public Defender's Office. The actions aim to secure environmental injunctions, provide collective redress and individual compensation for victims. In such cases, the process involves executing a court judgment or reaching a collective settlement, which may establish criteria for assessing eligibility, presenting evidence, and setting minimum compensation values, which often can be translated into formulas to determine the amount owed to each person whose rights were violated (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2020, p. 525). In this process of determining the individual compensation amount under Brazilian procedural rules, two main aspects are evaluated. First, the entitlement to compensation (or eligibility) is assessed based on evidence demonstrating the individual's suffered damage. Second, the corresponding value is based on the parameters or formula defined in the court's judgment.

In certain cases, such as the Rio Doce itself, courts and companies may design mechanisms to assess and compensate individual losses. In all these arrangements, Brazilian procedures must ensure the effective and informed participation of victims. Additionally, there should be minimum parameters that enable the proper valuation of material and immaterial damages suffered, as well as the proper registration of all victims and their losses. This lesson also applies to other jurisdictions.

However, in both judicial and extrajudicial venues, there is a tension between effectiveness and due process in assessing individual losses. The passage of time accentuates the severity of damages and the vulnerabilities of victims. In addition, disaster victims, not only in the Brazilian context, often live in highly informal settings with limited access to documentation proving their eligibility and losses. These losses are diverse and complex, reflecting the various aspects of livelihood affected by a disaster.

These factors have led, in some cases, to the establishment of formulas, standardized compensation values, or compensation matrices that contemplate, to varying degrees of detail, individual, material, and immaterial damages. These damages include the death of victims, bodily injuries, health damages, loss of property, loss of income, loss of access to water, loss of housing, and forced displacement, among others. This approach was used in the context of the compensation fund for the victims of the September 11th attacks at the World Trade Center, the Pentagon, and in Shanksville in the United States, as well as in the case of the Rio Doce disaster, where the concept of "rough justice" or "feasible justice" was applied.

3. The Rough justice framework

In the North American context, where the expression "rough justice" appears most frequently,[2] references are often associated with strategic litigation, transitional justice, and historical reparations (Munro, 1991; Wagner, 1999; Satz, 2012; Vermeule, 2012),[3] whether in post-war contexts (Chinkin, 2006) or in post-authoritarian democratic transitions (Tucker, 2009). There is also a subgroup of more recent works that addresses "rough justice" in the context of responsibility for climate change (Farber, 2007; Stern, 2010; Mayer, 2017). Technical productions by special master Kenneth Feinberg also refer to the concept of "rough justice" when describing the September 11th Victim Compensation Fund (VCF) (Feinberg, 2012). Additionally, Alexandra Lahav's work (2010) discusses the use of statistics in defining compensatory values in complex cases.

References to "rough justice" often signal informal or "non-ideal" models of access to justice, indicating a certain level of precariousness, whether in the procedural framework or the substantive reparation of the violation at hand (Chinkin, 2006; Satz, 2012; Mayer, 2017). While addressing the complexities of establishing individual compensatory parameters, these sources present "rough justice" as the most pragmatic alternative available (Feinberg, 2012; Farber, 2007; Lahav, 2010; Vermeule, 2012).

Christine Chinkin (2006) presents a critical perspective when discussing the case of the Women's Tribunals created for the judgment of the crimes of sexual slavery committed by Japanese soldiers against Asian women during World War II in the context of ad hoc People's Tribunals. The same case is discussed in Debra Satz's article (2012), in which it is noted that the compensation offered by the Japanese Prime Minister to the 500 surviving women, out of the more than 200,000 victims, was accepted by only six of them. This is because offer of financial compensation was deemed an inadequate form of redress for the violation suffered, as it was not accompanied by official apologies from the government and came from private resources (Satz, 2012, p. 136). In such cases, the term "rough justice" highlights both the challenges victims face in accessing the justice system and the precariousness of the redress they receive. Christine Chinkin (2006) explores

2 The United States stands out as the country with the highest academic production on the subject, followed by the United Kingdom, albeit with a significantly lower average (SCOPUS and Web of Science, search with the term "rough justice" on 6/9/2022). Much of the research is concentrated in the scientific fields of history, law, and political science (Web of Science, search with the term "rough justice" on 6/9/2022).

3 Works related to the "Bush v. Gore" case of the US Supreme Court also reference the term "rough justice", as used by Richard Posner and Richard Hasen to describe the outcome of the decision. However, these results are excluded. See on this topic: Marshall (2001).

this through the legitimation of People's Tribunals as a civil society response, while Debra Satz (2012) empirically demonstrates the inadequacy of financial compensation as redress in these cases.

In addition to discussing the case of Asian sex slaves during World War II, Debra Satz (2012) explores other situations in which financial compensation is not an adequate reparative mechanism, particularly those related to historical and intergenerational injustice, such as structural racism in the United States. Satz (2012) argues against the use of "rough justice" in contexts where financial compensation is proposed as the primary means of reparations, offering principled and practical objections. Her argument is that, especially in intergenerational contexts, compensation should be a means to seek the restoration of relationships based on mutual respect (Satz, 2012, p. 141). However, she acknowledges that flaws in compensatory programs often undermine these aims.

In the field of environmental litigation, Rachel Stern (2010) criticizes the concept of "rough justice", considering it the opposite extreme of strict legality—a form of judicial informality and discretion. She normatively defends the judicial position that she calls "legal innovation", which would be the balance between legalism and discretion (Stern, 2010, p. 83).

In addition to Stern (2010), Mayer (2017) presents a critical view of the use of "rough justice", especially in cases involving systematic human rights violations by states and governments, whether inadvertent, negligent, or even intentional (Mayer, 2017, p. 209).

During the first decade of the 2000s, the United States established significant compensation programs that became models for others worldwide. As an example, the creation of the World Trade Center Victim Fund (WTCVF) stands out, which compensated victims of the September 11th, 2001 attacks, under the responsibility of special master Kenneth Feinberg.[4]

4 The compensation fund for victims of the attacks on the World Trade Center, Pentagon, and Shanksville (Pennsylvania) on September 11th, 2001, is a landmark in the history of non-judicial compensation measures for highly complex damages. Established by the "Air Transportation Safety and System Stabilization Act", also known as the "September 11th Victim Compensation Fund of 2001", it aimed to provide non-litigious compensation for eligible individuals who suffered bodily injuries or representatives of deceased victims. The fund's regulations outlined substantive and procedural rules, including criteria for who could submit claims and the values to be paid for damages deemed compensable, listing both economic and non-economic losses considered (Schneider, 2003, p. 461). For lost profits, values were calculated based on assumed age and income levels. Standardized values for moral damages to relatives of deceased victims were set at $250,000 per victim, with an additional $100,000 for the surviving spouse and each dependent child, and bodily injuries were individually assessed (Schneider, 2003, p. 462). According to the special master responsible for the fund, Kenneth Feinberg, the values and procedures adopted were based on a notion of "rough justice", or possible justice, as previously mentioned.

A decade later, Feinberg also administrated the Gulf Coast Claim Facility (GCCF), aimed at compensating victims of the environmental disaster in the Gulf of Mexico on June 16th, 2010. These funds are notable examples of the use of compensation in complex cases in the United States.

Alongside Kenneth Feinberg (2012), the works of Alexandra Lahav (2010), Daniel Farber (2007), and Adrian Vermeule (2012) also presented similar positions during the same period. Engaging with Satz's work (2012), Vermeule (2012, p. 151) conceptualizes "rough justice" as "the intuition that sometimes it is permissible, even mandatory, to enact a scheme of compensatory reparations that is indefensible according to any first-best criterion of justice". Vermeule (2012, p. 154) advocates for the "rough" approach, arguing that the alternative would be simply "no remedy at all", which is how the legal system typically operates. Therefore, he argues that Satz's principled criticisms do not apply, as "rough justice" is a subsidiary mechanism (second-best expedient). However, Vermeule (2012, p. 153) agrees that Satz's pragmatic criticisms remain valid, as they "are clear-minded and, on their own terms, incontestable". This implies the need for reflection on improving the mechanism by establishing better rules for access, resource distribution, identification of responsibility and victims, and better valuation considering the type of violation suffered (Vermeule, 2012, p. 153).

Daniel Farber (2007), while addressing the individual proof system and the definition of compensatory values, argues that "determining exactly the right level of compensation in every case would be extremely expensive and time-consuming" and that "it is better to have a rough-and-ready system of compensation that provides at least partial justice and operates efficiently" (Farber, 2007, p. 1655).

In similar terms, Alexandra Lahav (2010) considers "rough justice" not only efficient but also fair if correctly implemented in compensatory actions of a collective nature, especially regarding the use of "informal statistical adjudication techniques to determine more or less what damages, if any, the plaintiffs ought to be awarded" (Lahav, 2010, p. 2). She argues that "rough justice" is beneficial from the perspective of an individual settlement, statistical strategy in collective compensation actions for damages.

The author gained popularity in Brazil after her 2010 paper was cited in judicial decisions in the Rio Doce case by the 12th Federal Civil and Agrarian Court of the Judicial Section of Minas Gerais. The civil public actions No. 69758-61.2015.4.01.3400 and 23863-07.2016.4.01.3800 address the damages resulting from the rupture of the Fundão Dam. Such decisions, endorsed by the Federal Regional Court of the 1st Region (TRF-1), cited Lahav and her study on "rough justice" (Lahav, 2010) to justify the creation of a "simplified compensatory system" based on pre-established standards of evidence and compensatory amounts. Thus, for each category of economic activity—such as extractors, fishermen, merchants, farmers/rural producers—a compensation amount was established for lost profit and moral damages, along with a list of documents to prove eligibility

and damages.[5] This resulted in a compensation with fixed rates, as exemplified in one of the court rulings for the city of Linhares, in Espírito Santo State. In this ruling, the judge set compensation amounts for several professional categories, most of them based on the current minimum wage:

> Following the reasoning presented, for the exclusive purposes of this decision and as a general and presumed "average possible solution" applicable to all "craftsmen", I believe they are entitled to the following compensation amounts.
> MATERIAL DAMAGES (lost profits): Adoption of the minimum wage in effect on this date (R$ 1,045.00) multiplied by the total retroactive and prospective months related to the interruption of income-generating activity (71 months), totaling R$ 74,195.00.
> MATERIAL DAMAGES (direct damages): R$ 6,000.00 (six thousand reais), as compensation for the unusability of stored raw materials and finished products, although not sold.
> MORAL DAMAGES: R$ 10,000.00 (ten thousand reais) as compensation (per individual) for moral damages.
> Therefore, the "craftsmen" who wish to adhere to this damage matrix and the consequent compensation system, upon final settlement, will be compensated at the following values:

• • •

5 In this sense, it is worth quoting a passage from a decision that brings this reflection on the complexity of the situation and the insufficiency of existing legal responses to address it: "[…] It is estimated that the Mariana Disaster ('SAMARCO CASE') impacted, directly or indirectly, a universe of more than 500 thousand affected […] In a classic conception, this would mean that each of these affected individuals should prove in court the individual extent of their damages (constitutive fact of their right—art. 373, item I, of the CPC), so that the compensation could be fixed correspondingly. However, this (classic) situation is totally inapplicable in the scenario of large disasters, with a multiplicity of victims and damages. Firstly, the Judiciary would not be able to process and judge, in a timely manner, hundreds of thousands of individual actions, not to mention, obviously, the risk of contradictory and anti-isonomic decisions, leading to distrust in the system. Secondly, the classic solution provided for in the civil law system often does not consider the reality of the location. In the Rio Doce context, the location is an extremely disadvantaged and sometimes socially vulnerable region. Reality shows that most victims (affected individuals) do not have adequate conditions to prove many of the damages that they allegedly (but surely) experienced. The situation of informality is so present in the basin that many affected individuals cannot even prove their alleged profession or even their residential address. Thirdly, the Judiciary, by acting in an individual-case way, is unable to resolve the conflict, much less lead to any kind of social pacification. All of this shows that, from an eminently classic perspective, the legal system does not offer an adequate solution for processes of this magnitude. This is why this (historic) case requires the Judiciary to adopt a new approach to compensation for the affected individuals, allowing the judicial provision to fulfill its mission of bringing social pacification. Given this context, it is up to this federal court to find a theoretical substrate to present a possible solution to the complex and delicate issue of 'compensation for the affected individuals'" (TRF1, 2020, p. 32, our translation).

MATERIAL DAMAGES: R$ 80,195.00.
MORAL DAMAGES: R$ 10,000.00
TOTAL: R$ 90,195.00 (TRF1, 2020, p. 64).

Based on the incorporation of the concept of "rough justice" as a form of justice in complex cases such as the Rio Doce disaster, this decision established standardized values and evidentiary parameters pre-established by categories of individuals affected, according to the type of economic activity they were engaged in at the time of the disaster.

Compensation amounts followed this same logic across most professional categories in all of the 45 municipalities affected by the Rio Doce disaster. Although this system was designed based on claims from committees representing those affected in various territories, the categories and values adopted were not directly tied to specific factual or evidentiary elements in the case records. Instead, they were grounded in "common experience", as stated in the decisions handed down by the judge overseeing the case at the time (TRF1, 2020, p. 28). The concept of "rough justice" was explicitly used to justify this approach, deemed by the judge as the only feasible method to provide some form of compensatory redress to the affected individuals, more than five years after the dam rupture.

The Novel system, as it came to be known, was considered a landmark in terms of the valuation of mass injuries in Brazil, sparking debates among researchers and practitioners regarding its legitimacy and adequacy. While the discursive use of the "rough justice" concept was primarily seen in the Rio Doce case,[6] the practice of "roughly" establishing categorized parameters for compensation also emerged in subsequent decisions and negotiations. Examples include the dam rupture disaster in the city of Brumadinho, in the state of Minas Gerais, and the ground subsidence disaster in Maceió, state of Alagoas, caused by salt mining activities conducted by the mining company Braskem.[7]

6 An exploratory study on case law which included the Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça), Federal Courts (Tribunais Regionais Federais) and State Courts (Tribunais de Justiça) in January 2024, using the term "rough justice", identified 470 rulings, all related to the Rio Doce case (JusBrasil, [*s.d.*]). It can be concluded that the concept played a crucial role in justifying a systematic approach and legal reasoning in mass compensation issues, even though subsequent court rulings have not yet explicitly incorporated it.

7 The approach employed in the Rio Doce case has been similarly applied in cases such as Braskem and Brumadinho. Matrices, as structured frameworks for damage assessment, were employed in these instances, mirroring the methodology used in the Rio Doce context. For example, Vale used the Brumadinho Individuals' Compensation Matrix (2019) to negotiate over 500 agreements two years after the disaster, according to the Brazilian National Justice Council (Agência CNJ de Notícias, 2021). In the Braskem case, the Caritas Matrix from the Rio Doce case was recommended for estimating damage (TRF5, 2023). However,

Concerns persist among affected communities and their representatives regarding the lack of victim participation, as well as the absence of a solid legal and evidentiary foundation to support the identification and valuation of damages. These concerns are evident not only in the Rio Doce case, but also in other disasters influenced by the "rough justice" paradigm in compensatory processes. On July 28th, 2023, three years after the implementation of the Novel system, a newly appointed judge, who recently took over the Rio Doce case (following another judge who had replaced the one who initially established the Novel system), rendered a decision recognizing legal flaws in the Novel system. These flaws were attributed to inadequate representation of disaster victims and procedural inadequacy that fails to properly address the individual situation of each victim (TRF6, 2024).[8]

4. Rough Justice in Disaster Cases: Better than Nothing?

The creation of simplified individual remediation procedures, particularly of compensatory nature based on the notion of "rough justice", has gained prominence in Brazil. This approach has been notably applied in the creation of the Novel system, which addresses the difficulty of proving and individually assessing the losses faced by those affected. In the case of immaterial damages, which often heavily rely on judicial discretion, it is understandable that judges seek theoretical frameworks to support simplified responses. This is especially relevant considering the complexities of quantifying non-material damages, diffuse or continuous material damages, and the establishment of reparatory structures such as funds, which involve highly intricate considerations. While this approach is understandable, as mentioned earlier, it may not be the most appropriate in all cases.

challenges and varying interpretations have arisen, a common occurrence in such agreements, as indicated by a document from Nacab (2022) regarding the Brumadinho case: "It should be noted that, although the content of the Term of Commitment presents basic references for thinking about individual indemnities, there may be some kind of restrictive interpretation on the part of Vale S/A or the Judiciary itself regarding the use of the indemnity parameters contained therein for the purposes of condemnation in individual lawsuits".

8 According to Judge Vinicius Cobucci in relevant excerpts from his ruling: "The current system adopted does not fully comply with the rules of Civil Procedural Law", "The Commissions of Affected People, which were responsible for the origin of the Novel, do not have procedural standing. In the present case, the defect is insurmountable since these are depersonalised groups that cannot be converted into associations", "The judgement that determined its creation cannot be understood as a judicial enforcement order that allows the liquidation and individual enforcement of the judgement, since there was an absolute nullity, consisting in the lack of standing and extraordinary legitimacy of the Commissions occupying the claimants' position" (TRF6, 2024).

It is worth questioning whether this paradigm is compatible with the parameters applicable to the remediation of human rights abuses caused by corporations, especially in disaster cases.

Firstly, the idea of "rough justice", however well-formulated, should be a subsidiary and exceptional option. Remedies must be adequate and comprehensive, attentive to the particularities, complexities, and specific extent of all individual and collective losses. Simplification or parameterization is only applicable when individual remediation procedures are excessively complex, time-consuming, or even unfeasible in a specific case. Reparation based on the idea of "rough justice" must meet the interests of the victims, not those of the companies that are involved.

In such cases, it is necessary to design, implement, and operationalize these mechanisms—whether judicial or extrajudicial—in accordance with the paradigms related to due process, remedy and a victim-centered approach. The flexibilization proposed by the "rough justice" paradigm should therefore concern the procedures for assessing values and evidentiary criteria, not observance of the principles applicable to the remediation of human rights abuses. These principles are non-negotiable.

As for the substantive and procedural dimensions of the duty to remedy, it seems that the concerns underlying the use of "rough justice" are primarily focused on the fairness of the outcome (such as the amount of compensation), with little debate on the procedural aspects that precede this outcome.

In this sense, while the establishment of standardized compensation values may enhance efficiency, equity, predictability, and even facilitate access to redress, it is questionable whether the procedures that lead to the establishment of these values and formulas adhere to other applicable parameters, such as transparency, compatibility with rights, continuous learning, and, above all, participation and dialogue (UNGPs 25, 26, 29 and 31, UN, 2011).

Thus, it is crucial to highlight the need for victim participation in all decisions related to such a system—whether regarding the values to be fixed, eligibility and proof criteria, or the definition of the procedures to be implemented for qualification, recognition, and receipt of the established remedy. It is essential to remember that the criteria set forth in the UNGPs indicate the relevance of transparency, participation, and dialogue with affected individuals for the effectiveness of remediation mechanisms. Consulting affected individuals regarding the conception and performance of such mechanisms is necessary. Furthermore, according to the UN Working Group on Business and Human Rights, victims should participate effectively in the creation, development, and operationalization of these mechanisms (FGV, 2019, p. 73; UN, 2018, p. 8).

Even regarding the substantive dimension, there are concerns regarding the practical application of the "rough justice" framework: the concept of rough justice must not lead to excessive informality, discretion, or even arbitrariness, as this could result in real injustice.

As pointed out by Lahav (2010), it is necessary that values are underpinned by surveys and calculations conducted with methodological rigor, employing statistical methods, and gathering both primary and secondary data, and any information that can be used to approximate these values to the damages to be repaired. A model based on "rough justice" requires absolute transparency (Lahav, 2010, p. 54). Therefore, such methodology must adhere to due process and participation standards, ensuring the meaningful involvement of victims in defining margins and criteria. This includes incorporating their knowledge and experiences throughout the process to impart consistency and legitimacy to compensation parameters. Additionally, assessing the effectiveness of the remedy from the perspective of the rights holders is necessary to understand what the victim understands as an effective remedy (UN, 2018, p. 8).

Furthermore, it is important to consider allowing for a certain degree of flexibility and differentiation in the implementation of remedy procedures. Based on a clear and transparent methodology, it becomes possible to identify particularities and address varying degrees of severity and vulnerability, particularly through the use of appropriate sampling methodologies (Lahav, 2010, p. 36).

Finally, while standardizing values and parameters may streamline both judicial and extrajudicial compensation processes, it is possible that this simplification may not adequately compensate for all individually suffered damages. In such cases, the established values serve as minimum parameters, allowing victims to individually demonstrate that the damages exceed these amounts or to claim ongoing losses and future damages. Evidence standards, in that sense, must also be flexible and coherent with cultural and social features of the affected communities. Specifically in environmental claims, Brazilian legislation stipulates that the burden of proof must be reverted to the benefit of affected individuals.

Conclusions

The purpose of this article was to reflect on the challenges of achieving full redress in cases of human rights abuses caused by companies, especially in technological disasters. In such situations, it is particularly difficult to provide complete and adequate individual remediation due to challenges in identifying all victims and accurately assessing the damages suffered for compensation purposes. Moreover, addressing the challenges arising from the imbalance between the parties involved is crucial, as significant corporations with significant economic, legal, and informational influence often tend to align predominantly on one side of the equation.

To facilitate compensation in large-scale procedures, courts, public players, and companies have increasingly adopted a "rough justice" framework to justify standardized parameters and simplified procedures. While flexibility and efficiency are desirable in any remedy mechanism, the paradigm of "rough justice" may overshadow individual losses and the comprehensive array of damages, resulting from the loss of livelihoods.

For that reason, this "far from ideal" form of justice should remain exceptional in theory and practice. When parametrization is employed, it must be rigorous, based on solid statistical and/or empirical methods, and conducted through transparent and participatory procedures to thoroughly assess the losses suffered by the affected communities. The needs of affected individuals and their traditional knowledge, when applicable, should guide every stage of this process. Any established values should be viewed as minimum parameters, allowing for individual increases or adjustment when possible. Finally, the use of fixed amounts must not prevent stakeholders from revisiting procedures and standards whenever new data arises concerning the impacts of the disaster and the evolving needs of victims, including ongoing and future losses.

Therefore, the use of "rough justice" or the concept of approximate justice in establishing compensation parameters can only be "better than nothing" if these parameters meet the minimum criteria outlined. Failing to do so risks perpetuating inherent injustice and worsening the existing imbalance between the involved parties. Consequently, it is crucial to prioritize rigorous validation of reparation efforts rather than accepting substandard resolution that falls short of achieving genuine justice.

REFERENCES

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Defensoria de Minas se aproxima de 500 acordos sobre desastre em Brumadinho. *CNJ*, Jan. 24th, 2021. Available at: https://www.cnj.jus.br/defensoria-de-minas-se-aproxima-de-500-acordos-sobre-desastre-em-brumadinho/. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

CHINKIN, Christine M. People's Tribunals: Legitimate or Rough Justice. *Windsor Yearbook of Access to Justice,* [*s.l.*], v. 24, n. 2, p. 201-220, 2006.

COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (v. 4).

DIEGUEZ, Consuelo. A onda: uma reconstituição da tragédia de Mariana, o maior desastre ambiental do país. *piauí*, Edition 118, Jul. 2016.

FALECK, Diego. *A busca pela justiça possível*. [*S.d.*]. Available at: https://web.archive.org/web/20230202234144/https://www.caminhodareparacao.org/a-busca-pela-justica-possivel/. Accessed on: Jul. 31th, 2024.

FARBER, Daniel A. Basic Compensation for Victims of Climate Change. *University of Pennsylvania Law Review*, [*s.l.*], v. 155, p. 1605-1656, 2007.

FEINBERG, Kenneth R. *Who Gets What*: Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval. PublicAffairs, 2012.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). *Prevenção do trabalho forçado na indústria da moda*: análise de políticas e práticas. Resultados preliminares. São Paulo, 2020a. Available at: https://repositorio.fgv.br/items/5750dba9-b31a-4dde-b4fd-3914f6afe1a8. Accessed on: Jul. 31th, 2024.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). Parâmetros e subsídios para a reparação dos danos socioeconômicos nos territórios de Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado e Chopotó. Rio de Janeiro: São Paulo: FGV, 2020b. Available at: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/rosa-fortini-parametros-e-subsidios-para-a-reparacao-dos-danos-socioeconomicos_parte-1.pdf. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). Análise da decisão emitida no Eixo Prioritário n. 7 ("Cadastro e Indenizações") que define a matriz de danos referente ao Município de Baixo Guandu (ES). Rio de Janeiro: São Paulo: FGV, 2020c. Available at: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_opiniao-tecnica-analise-da-decisao-de-baixo-guandu.pdf. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). *Parâmetros para uma abordagem baseada em Direitos Humanos para a resposta e reconstrução de desastres envolvendo empresas*. Rio de Janeiro: São Paulo: FGV, 2019. Available at: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_parametros-para-uma-abordagem-baseada-em-direitos-humanos-para-a-resposta-e-reconstrucao-de-desastres-envolvendo-empresas.pdf. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). Centro de Direitos Humanos e Empresas. *Avaliação de impacto em direitos humanos*: o que as empresas devem fazer para respeitar os direitos de crianças e adolescentes. São Paulo: FGV, 2017. Available at: https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/2021-12/guia_de_avaliacao_de_impacto_em_direitos_humanos.pdf. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

GALANTER, Marc. Why The "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, [*s.l.*], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

JUSBRASIL. *Análise da jurisprudência sobre "rough justice"*, [*s.d.*]. Available at: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22rough+justice%22. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

LAHAV, Alexandra D. Rough Justice. *SSRN Electronic Journal*, [*s.l.*], p. 1-55, Mar. 2nd, 2010. Available at: https://ssrn.com/abstract=1562677. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

MARSHALL, William P. The Supreme Court, Bush v. Gore, and Rough Justice. *Florida State University Law Review*, [*s.l.*], v. 29, n. 2, p. 787-809, Winter 2001.

MAYER, Benoit. Climate Change Reparations and the Law and Practice of State Responsibility. *Asian Journal of International Law*, [*s.l.*], v. 7, n. 1, p. 185-216, 2017.

MUNRO, Robin. Rough Justice in Beijing: Punishing the "Black Hands" of Tiananmen Square. *UCLA Pacific Basin Law Journal*, [*s.l.*], v. 10, n. 1, p. 77-135, Fall 1991.

NÚCLEO DE ASSESSORIA ÀS COMUNIDADES ATINGIDAS POR BARRAGENS (NACAB). *Aspectos processuais da reparação individual do crime da Vale S/A em Brumadinho*. Mar., 2022. Available at: https://nacab.org.br/wp-content/uploads/2022/03/Cartilha_Aspectos_processuais_reparacao_individual.pdf. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

PURVIN, Guilherme. Notas sobre a suspeição no caso Samarco: Rough Justice é justiça imperfeita. *O Eco*, May 13th, 2021. Available at: https://oeco.org.br/colunas/notas-sobre-a-suspeicao-no-caso-samarco-rough-justice-e-justica-imperfeita/. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

SATZ, Debra. Countering the Wrongs of the Past: The Role of Compensation. *Nomos*, [*s.l.*], v. 51, p. 129--150, 2012. Available at: http://www.jstor.org/stable/24220126. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

SCHNEIDER, Elizabeth M. Grief. Procedure, and Justice: The September 11th Victim Compensation Fund. *DePaul Law Review*, [*s.l.*], v. 53, n. 2, p. 457-500, 2003.

SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

STERN, Rachel E. On the Frontlines: Making Decisions in Chinese Civil Environmental Lawsuits. *Law & Policy*, [*s.l.*], v. 32, n. 1, p. 79-103. Jan. 2010.

THE UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION (UNISDR). *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015 - 2030*. Geneva: United Nations, 2015.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (TRF1). 12ª Vara Cível e Agrária da SJMG. *PJe n. 1016742-66.2020.4.01.3800*. "Caso Samarco" (desastre de Mariana). Belo Horizonte, 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (TRF5). Gabinete da Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira. *PJe n. 0806743-11.2023.4.05.0000*. Recife, 2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 6ª REGIÃO (TRF6). 4ª Vara Cível e Agrária da SSJ. *PJe n. 1000415-46.2020.4.01.3800*. Belo Horizonte, 2024.

TUCKER, Aviezer. Rough Justice: Rectification in Post-authoritarian and Post-totalitarian Regimes. *In*: ELSTER, Jon (ed.). *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 276-298.

UNITED NATIONS (UN). Human Rights Council. *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. Geneva: UN, 2018.

UNITED NATIONS (UN). *Report of the Open-Ended Intergovernmental Expert Working Group on Indicators and Terminology Relating to Disaster Risk Reduction*. [*S.l.*]: UN, 2016.

UNITED NATIONS (UN). Human Rights Council. *Final Research-based Report of the Human Rights Council Advisory Committee on Best Practices and Main Challenges in the Promotion and Protection of Human Rights in Post-Disaster and Post-conflict Situations*. Geneva: UN, 2015. Available at: https://undocs.org/A/HRC/28/76. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

UNITED NATIONS (UN). *Guiding Principles on Business and Human Rights*: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. New York: Geneva: Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 2011.

UNITED NATIONS (UN). *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. [*S.l.*]: UN General Assembly, 2006.

VERMEULE, Adrian. Reparations as Rough Justice. *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*, [*s.l.*], v. 51, n. 1, p. 151-165, 2012.

VITAL, Danilo. Decisões referendam uso de matriz de danos para indenizar desastre ambiental. *Consultor Jurídico*, Nov. 9th, 2020. Available at: https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/trf-referenda-uso-sistema-indenizatorio-simplificado. Accessed on: Jun. 29th, 2024.

WAGNER, Wendy E. Rough Justice and the Attorney General Litigation. *Georgia Law Review*, [*s.l.*], v. 33, p. 935-978, 1999.

WETTSTEIN, Florian *et al*. International Business and Human Rights: A Research Agenda. *Journal of World Business*, [*s.l.*], v. 54, n. 1, p. 54-65, Jan. 2019.

Thais Temer

PhD Candidate at the University of São Paulo Law School (USP). Legal analyst at Public Prosecutors Office of the State of São Paulo – Ministério Público do Estado de São Paulo.

thaistemer@hotmail.com

Karina Denari Gomes de Mattos

PhD at the Federal University of Rio de Janeiro Law School (UFRJ). Researcher at Fundação Getulio Vargas Law School – São Paulo (FGV DIREITO SP).

karinadenari@gmail.com

Maria Cecília de Araujo Asperti

PhD at the University of São Paulo Law School (USP). Professor and researcher at Fundação Getulio Vargas Law School – São Paulo (FGV DIREITO SP).

Maria.Asperti@fgv.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 22.12.2022
Aprovado: 28.03.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202426

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Três decisões editoriais, incluindo *desk review*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Decisão editorial final.

1 Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-8949-6898

Um país refém do conceito de crime de corrupção e de sua prova

A COUNTRY DETERMINED BY THE CONCEPT OF BRIBERY AND ITS EVIDENCE

UN PAÍS REHÉN DEL CONCEPTO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN Y SU PRUEBA

Arthur Guerra Filho[1]

Resumo
Nos últimos anos, questões sobre a prática de crime de corrupção têm balizado a competição política na democracia constitucional brasileira, especialmente após a Operação Lava Jato. Este artigo examina as decisões judiciais nas quais Lula e Vaccari (ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores [PT]) haviam sido condenados, para entender o conceito de crime de corrupção passiva aplicado, bem como a qualidade e a quantidade de provas consideradas suficientes pelos magistrados. Este artigo argumenta que foi adotado um conceito baseado em uma versão ampla do paradigma de pacto *quid pro quo*, com a flexibilização simultânea de dois requisitos: a especificidade do ato de ofício (por meio do uso do termo "corrupção sistêmica") e a explicitude do pacto (e sua prova). O artigo demonstra que esse conceito contrasta com a experiência estadunidense, onde se tem optado por um conceito mais restrito. O artigo analisa os argumentos favoráveis e contrários ao alargamento do conceito e observa que ambos têm como base uma tensão central: de um lado, a impunidade; de outro lado, a criminalização de atividades político-partidárias consideradas legítimas. O artigo conclui que é necessário esclarecer a linha divisória entre a influência política tolerável e a configuração do crime de corrupção.

Palavras-chave
Corrupção; propina; financiamento de campanhas eleitorais; Operação Lava Jato; democracia.

Abstract
Over the past few years, issues about bribery in campaign finance have shaped political competition in Brazil's constitutional democracy, especially following Operation Car Wash. This article examines the rulings in which Lula and Vaccari (former treasurer of the Workers' Party [PT]) had been convicted, to understand the concept of bribery applied as well as the quality and quantity of evidence deemed sufficient to conclude that a bribe has occurred. This article argues that Brazilian courts have adopted a concept based on a broad version of the quid pro quo *agreement paradigm, with the simultaneous relaxation of two requirements: the specificity of the official act (through the use of the expression "systemic corruption") and the explicitness of the agreement (and its evidence). The broad concept adopted in Brazil contrasts with the US experience, where a more restricted concept has been adopted. The article discusses arguments for and against the enlargement of the concept and observes that both are based on a tension: impunity, on one hand; and criminalization of party politics, on the other hand. The article concludes that it is necessary to clarify the boundaries between legitimate political influence and bribery.*

Keywords
Corruption; bribery; campaign finance; Operation Car Wash; democracy.

Como citar este artigo
GUERRA FILHO, Arthur. Um país refém do conceito de crime de corrupção e de sua prova. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2426, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202426

Resumen
En los últimos años, las cuestiones sobre la práctica de suborno han marcado la competición política en la democracia constitucional brasileña, especialmente después de la Operación Lava Jato. Este artículo examina las decisiones judiciales en las que Lula y Vaccari (ex tesorero del Partido de los Trabajadores [PT]) habían sido condenados, para entender cuál era el concepto de delito de soborno utilizado, así como la calidad y cantidad de pruebas consideradas suficientes por los magistrados. Este artículo sostiene que se utilizó un concepto basado en una versión amplia del paradigma del pacto quid pro quo, *con la flexibilización simultánea de dos requisitos: la especificidad del acto relativo al ejercicio de sus funciones (mediante el uso de la expresión "corrupción sistémica") y la explicitud del pacto (y su prueba). Este concepto contrasta con la experiencia estadounidense, donde se ha optado por un concepto más restringido. Este artículo investiga los argumentos a favor y en contra de la ampliación del concepto; y se observa que ambos se basan en una tensión: la impunidad, por un lado; y la criminalización de las actividades de los partidos políticos, por otro lado. Se concluye que es necesario aclarar la línea divisoria entre la influencia política tolerada y la ocurrencia de soborno.*

Palabras clave
Corrupción; soborno; financiación de campañas electorales; Operación Lava Jato; democracia.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

Corrupção. Mais uma vez, esse foi um dos principais temas da eleição presidencial (Machado, 2022). Na eleição presidencial de 2022, um tipo específico de corrupção foi constantemente associado ao ex-presidente Lula e ao Partido dos Trabalhadores (PT): o crime de corrupção passiva relacionado aos casos da Operação Lava Jato (OLJ).[2] Isso parece indicar que uma pergunta permanece pouco esclarecida, ao menos para parte da sociedade brasileira: até que ponto é possível afirmar que Lula e o PT (na figura de seu tesoureiro, João Vaccari Neto, acusado de receber propinas em nome do partido) pactuaram com o esquema de corrupção descoberto na Petrobras?

Quando se discute o tema, tem-se apontado que foram anulados os processos nos quais Lula havia sido condenado devido a problemas processuais. Porém, fala-se menos sobre questões relacionadas ao conceito de crime de corrupção e sua prova. Apesar de haver menos controvérsias quanto à ocorrência dos crimes de corrupção ativa e passiva (previstos nos arts. 317 e 333 do Código Penal brasileiro [Brasil, 1940]) em eixos não políticos da OLJ – i.e., empresários do setor privado, lobistas e diretores e gerentes da Petrobras – surgem importantes questões técnico-jurídicas quando se analisam as decisões judiciais que

1 A pesquisa que originou este artigo foi financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) (processo Fapesp 2020/12205-0). O autor agradece os comentários de Ana Laura Barbosa, André Galego Boselli, Arthur El Horr, Camilla Gomes, Conrado Hübner Mendes, Fernando Romani, Guilherme Balbi, Julia Cani, Juliana Pontes, Leonardo Heck, Luiz Fernando Gomes Esteves, Maysa Cortez, Octavio Sampaio Azevedo e Pedro Marques Neto, feitos a uma versão preliminar do texto debatida no seminário de pesquisa do grupo Constituição, Política & Instituições da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Agradece, especialmente, a Cristiano de Jesus Pereira Nascimento e Artur Pericles pela generorisidade em travar discussões mais longas sobre alguns dos pontos abordados neste artigo. Agradece também a Rick Pildes e a Diego Werneck Arguelhes pelos comentários acerca do projeto de pesquisa de pós-doutorado do qual este artigo é um dos frutos. Algumas partes do artigo também foram discutidas no Hauser Global-Emile Noël Fellows Forum da Faculdade de Direito da New York University (NYU), de modo que o autor agradece os comentários feitos por Sam Issacharoff, Gráinne de Búrca, Joseph H. H. Weiler, Kevin Davis, Nedim Hogic, Ewan Smith, Sebastián Mantilla Blanco, Oren Tamir, Adam Strobeyko, Corrado Caruso, Stéphanie Hennette Vauchez, Sabine Gless, entre outros. Por fim, agradece a Virgílio Afonso da Silva, supervisor da pesquisa de pós-doutorado na Faculdade de Direito da USP, e a Keith D. Ewing, orientador do seu doutorado na Faculdade de Direito do King's College London, pelos apoios, conselhos e diálogos, sem os quais este artigo não teria sido possível.

2 O tema teve destaque em todos os debates nos quais Lula participou, bem como na entrevista de Lula ao *Jornal Nacional* em 25 de agosto de 2022. Em fevereiro de 2024, a Genial Pesquisas e o Instituto Quaest publicaram pesquisa de opinião registrando que 43% dos brasileiros acham que "Lula é culpado e deveria estar preso", enquanto outros 43% acham que "Lula sempre foi inocente"; 14% não soube responder ou não respondeu (Genial Pesquisas; Instituto Quaest, 2024).

envolvem políticos, mesmo que os problemas processuais que resultaram nas anulações de processos não tivessem ocorrido.

O objetivo central deste artigo é entender qual conceito de crime de corrupção passiva foi utilizado nos processos nos quais Lula e Vaccari haviam sido ou foram condenados, bem como avaliar a qualidade e a quantidade de provas consideradas suficientes para essas condenações. Ao analisar as *nuances* da técnica jurídica aplicada nas questões de mérito desses casos, o artigo também busca lançar luz sobre os pressupostos, os acertos e as limitações das decisões tomadas pelos juízes brasileiros no combate à corrupção no Brasil.

Para responder a esses objetivos, o artigo está estruturado em cinco seções. A primeira seção argumenta que, em casos relacionados ao financiamento da política, o conceito de crime de corrupção passiva tem como paradigma hegemônico o acordo *quid pro quo*, cuja evolução envolve a discussão de dois requisitos: (i) explicitude do acordo e (ii) especificidade do ato de ofício. A segunda seção analisa como ocorreu a flexibilização do requisito da especificidade do ato de ofício nas decisões judiciais da OLJ envolvendo Lula e Vaccari. A terceira seção observa que o requisito da explicitude também foi flexibilizado nessas decisões judiciais. A quarta seção argumenta que o amplo conceito de acordo *quid pro quo* adotado nas recentes decisões judiciais brasileiras contrasta com a experiência estadunidense, onde se tem optado por um conceito mais restrito. A quinta seção discute argumentos favoráveis e contrários ao alargamento do conceito de crime de corrupção e de sua prova, destacando que ambos têm como base uma tensão inerente a casos relacionados ao financiamento da política: de um lado, a impunidade; e, de outro lado, a criminalização de atividades político-partidárias legítimas.

O enfoque adotado será o do direito constitucional eleitoral, que ainda dedica pouca atenção ao tema da corrupção (Silva, 2021, p. 630-632). Questões sobre corrupção na política transcendem o direito criminal, pois discutem os limites da atividade político-partidária e podem colocar em risco a resiliência constitucional. As discussões sobre dogmática penal serão realizadas a partir dessa perspectiva.

1. O CONCEITO DE CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA COMO VARIAÇÕES DO PARADIGMA *QUID PRO QUO*

O que é, afinal, crime de corrupção passiva? Em casos relacionados ao financiamento da política e presentes dados a políticos, o crime de corrupção não parece ser mera influência. O sistema jurídico da ampla maioria dos países contemporâneos admite que pessoas físicas façam doações para partidos políticos e/ou candidatos (IDEA International, [*s.d.*]). Qualquer país que permita doações de pessoas privadas para políticos está também permitindo que o dinheiro dessas pessoas influencie os políticos: ao fazer uma doação, o doador ou busca influenciar o *resultado das eleições* ou a *atuação do político a ser eleito*, ao alavancar práticas lícitas de *lobby* (Lowenstein, 1989, p. 308-313). Essas estratégias podem se sobrepor.

Uma doação pode fornecer a um político mais recursos para campanha e, ao mesmo tempo, reforçar sua ideologia sobre determinado tema, ao estreitar seu relacionamento com um grupo de interesses específico.

Entretanto, apesar de permitirem certa influência do dinheiro sobre a atuação dos políticos eleitos, todos esses países proíbem o que usualmente se denomina propina ou suborno. A justificativa é a proteção da liberdade do político eleito para agir conforme o interesse público – as teorias de representação debatem o que exatamente seria isso, mas todas elas parecem ter relação com a integridade da tomada de decisão do político eleito (Dovi, 2018). Portanto, a doação ou o presente dado pelo empresário ao político não pode dominar por completo a tomada de decisão do político eleito sobre determinado tema (nem pode haver tal promessa). Se isso ocorrer, terá havido uma venda da função pública e, assim, crime de corrupção passiva praticado pelo político.

A dificuldade surge quando se tenta determinar o que, exatamente, se entende por "venda da função pública"; e a qualidade e a quantidade de provas necessárias para comprovar sua ocorrência. É possível argumentar que, ao menos nos países europeus e nos Estados Unidos (EUA), o paradigma hegemônico para responder a essas questões é o acordo *quid pro quo*. Isto é, deve existir um acordo (o "*pro*"); que envolva uma doação, um presente ou algo similar dado por alguém ao político (o "*quid*"); e um benefício político subsequente ou anterior prometido ou concedido pelo político titular do cargo (o "*quo*"). Esse paradigma tem sido aplicado em diversas democracias constitucionais, mesmo que implicitamente ou com a utilização de conceitos similares, como o "pacto do injusto" no Direito alemão (*e.g.*, Barbosa, 2021).

Adicionalmente, para evitar a criminalização de atividades político-partidárias legítimas (cf. 5.2), o conceito de *quid pro quo* mais clássico costuma exigir dois elementos: *explicitude* e *especificidade* (cf. seção 4). Ou seja, o pacto deve ser *explícito* e a contrapartida concedida pelo político deve estar relacionada a um ou mais atos de ofício *específicos*.

Em 1994, o Supremo Tribunal Federal (STF) seguiu rigorosamente esse padrão. No primeiro caso relevante sobre o tema após a Constituição Federal de 1988 (CF/88), o STF absolveu, por 5 a 3, o ex-presidente Fernando Collor da acusação de crime de corrupção passiva, devido à ausência, na denúncia, da especificação de qual contrapartida Collor teria pactuado em troca de doação eleitoral (Ação Penal n. 307/DF [Brasil, 1994]).

No entanto, um voto do ministro Sepúlveda Pertence chamou a atenção na minoria. Pertence analisou legislações europeias e argumentou que o Código Penal brasileiro teria rompido, "a um só tempo, com a quase unanimidade do direito comparado e com todos os antecedentes legislativos brasileiros", ao não exigir "a predeterminação do ato de ofício" (p. 2708-2714). Para Pertence, como o termo "ato de ofício" não está explicitamente mencionado no *caput* do art. 317 (que prescreve ser crime "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem"), não seria necessário exigir

o requisito da especificidade.[3] Em contraste, para a maioria do tribunal, o termo "ato de ofício" estaria implícito no *caput*, pois, entre outras justificativas, aparece nos parágrafos do artigo e no *caput* do art. 333, que estabelece o crime de corrupção ativa (*e.g.*, voto do relator Ilmar Galvão, p. 2191-2203).

Em 2013, o STF mudou de entendimento quando julgou a Ação Penal n. 470/MG (conhecida como Mensalão [Brasil, 2012]), envolvendo o partido então na Presidência da República, o PT. A maioria dos ministros decidiu que o ato de ofício apontado não precisaria ser individualmente especificado (Quandt, 2014). Bastaria descrever o tipo de atos de ofício vendidos pelo político: no Mensalão, "votos parlamentares em matérias na Câmara dos Deputados (projetos de lei, emendas constitucionais, medidas provisórias)". Assim, passou-se a exigir atos de ofício com grau de especificação *moderado* (com o mero apontamento do tipo de ato de ofício mercantilizado, como "votação em projetos de lei do governo"), e não mais com grau de especificação *absoluto* (com o apontamento do exato ato de ofício mercantilizado, como o voto parlamentar em um projeto de lei específico).

No Mensalão, o STF também flexibilizou o requisito da explicitude. Na verdade, não flexibilizou apenas o requisito da explicitude, mas também a qualidade e a quantidade de provas necessárias para concluir pela ocorrência de *quid pro quo* e, assim, de crime de corrupção. Os ministros do STF adotaram uma presunção de que pessoas em posição de comando (como em partidos políticos) teriam pleno conhecimento de atos ilícitos, independentemente da qualidade e da quantidade de provas de que tais pessoas ajudaram a causar a prática delituosa (Costa, 2019). Para fundamentar tal presunção, alguns ministros chegaram a citar retoricamente o termo "domínio do fato", causando confusão terminológica, visto que a teoria alemã nomeada com essa expressão não possibilita a flexibilização da necessidade de provas de autoria do crime (Leite, 2014).

As decisões judiciais da OLJ relacionadas a Vaccari ou a Lula seguiram, em certa medida, o caminho técnico aberto pelo julgamento do Mensalão.[4]

Vaccari foi condenado em quatro processos por corrupção passiva na 13ª Vara Federal de Curitiba: n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR (acerca de doações eleitorais oficiais ao PT [Curitiba, 2015]); n. 5061578-51.2015.4.04.7000/PR (sobre quitação de empréstimo concedido ao PT [Curitiba, 2016]); n. 5013405-59.2016.4.04.7000/PR (referente ao pagamento via caixa dois pelo Grupo Keppel Fels para marqueteiros políticos, resultante de

3 Cabe observar que o Código Penal brasileiro foi outorgado durante o regime autoritário do Estado Novo, um período com pouca afeição às atividades político-partidárias.

4 Essa ligação foi observada diversas vezes, ainda que com enfoques diferentes – *e.g.*, Prado, Machado e Barros (2021, p. 12-17). Contudo, ao contrário do Mensalão, diversos casos na OLJ tratam sobre doações eleitorais declaradas.

esquema de corrupção instalado na Sete Brasil [Curitiba, 2017a]); e n. 5050568-73.2016.4.04.7000/PR (também relacionado ao esquema na Sete Brasil [Curitiba, 2020]).

Lula, por sua vez, foi condenado por corrupção passiva em duas ações penais na 13ª Vara Federal de Curitiba: n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (referente ao "*upgrade*" de apartamento para um triplex no Guarujá e reformas no imóvel [Curitiba, 2017b]); e n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR (relacionado a reformas em sítio em Atibaia, como forma de propina [Curitiba, 2019a]).

A 8ª Turma do TRF-4 havia mantido as condenações em todos esses casos,[5] exceto no Processo n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2017a). Entre esses casos, o único julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) havia sido o do apartamento triplex que envolvia Lula, no qual a condenação havia sido mantida (Brasília, 2019).

A análise a seguir não visa abordar todos os aspectos das decisões, na medida em que tem um recorte: identificar, sob o prisma do paradigma *quid pro quo*, como foram tratados os requisitos da explicitude (do "*pro*") e da especificidade (do "*quo*"). Portanto, não se concentrará em discussões sobre o "*quid*" (i.e., a vantagem recebida), pressupondo que tanto Vaccari quanto Lula teriam recebido vantagens (*e.g.*, doações eleitorais e presentes).

2. A flexibilização do requisito da especificidade na OLJ

O requisito da especificidade do ato de ofício foi flexibilizado em todas essas sentenças da 13ª Vara Federal de Curitiba (e nas decisões judiciais de mérito dos respectivos recursos) que haviam resultado na condenação de Vaccari ou Lula. Lula havia sido condenado nos casos do triplex e do sítio pela sua capacidade de indicar os nomes dos diretores da Petrobras e pelas evidências de que teria mercadejado essa capacidade. O juiz Sérgio Moro condenou Lula afirmando que "cabia a ele indicar os nomes dos Diretores ao Conselho de Administração da Petrobras e a palavra do Governo Federal era atendida" (parágrafo 838 da sentença do Processo n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR [Curitiba, 2017b]).

De modo similar, a juíza Gabriela Hardt, citando ementa da 8ª Turma do TRF-4 no caso do triplex, condenou Lula no caso do sítio por sua "capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos [...]" (Processo n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR [Curitiba, 2019]).

Já as condenações de Vaccari foram fundamentadas como participação nos crimes de corrupção passiva praticados pelos diretores da Petrobras (que deixaram de tomar as atitudes

5 Casos Vaccari disponíveis em: Porto Alegre (2017b; 2018a; 2021). Casos Lula disponíveis em: Porto Alegre (2018b; 2019).

devidas para combater o cartel e as fraudes em licitações de empresas fornecedoras da Petrobras, descritas de forma genérica – cf., *e.g.*, parágrafo 383 da sentença do Processo n. 5061578-51.2015.4.04.7000/PR [Curitiba, 2016]).

Para justificar a flexibilização do requisito da especificidade do ato de ofício, as decisões judiciais que condenaram Lula e Vaccari recorreram ao termo "*corrupção sistêmica*". Os juízes argumentaram que, em um contexto de corrupção sistêmica, é difícil especificar a exata contrapartida prometida ou praticada pelo político eleito (ou seja, o ato de ofício específico). A principal razão é a explorada por Moro em suas decisões: quando as propinas são "regra de mercado", elas não estão necessariamente vinculadas a uma contrapartida específica. Por exemplo, Léo Pinheiro e Agenor Franklin Medeiros depuseram que "as vantagens indevidas nos contratos da Petrobras eram uma 'regra de mercado' e que não necessariamente estariam vinculadas a uma contrapartida específica" (parágrafo 860 da sentença do Processo n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR [Curitiba, 2017b]). No mesmo sentido, em uma das sentenças condenatórias de Vaccari (Processo n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR [Curitiba, 2015]), Moro argumentou que os envolvidos sequer tinham "compreensão do porquê se pagava ou do porquê se recebia" e citou genericamente a Operação Mani Pulite na Itália, afirmando que um fenômeno semelhante foi descoberto naquele país, "com a corrupção nos contratos públicos tratada como uma regra 'geral, penetrante e automática'" (parágrafo 595). De modo similar, o juiz Luiz Bonat argumentou que, "no âmbito da macrocorrupção e da corrupção sistêmica", em que a propina é tida como regra do jogo, "mostra-se cada vez mais difícil delimitar o ato praticado pelo agente público ou almejado pelo particular, fato que não pode ser analisado de modo a beneficiar corrupto e corruptor [...]" (sentença no Processo n. 50568-73.2016.4.04.7000/PR [Curitiba, 2020]).

A flexibilização do requisito da especificidade do ato de ofício – passando de um grau de especificidade absoluto para um grau de especificidade moderado – foi referendada por unanimidade pelo TRF-4 em todos os casos aqui analisados, bem como pela 5ª Turma do STJ, em julgamento de recurso no caso do triplex (AgRg no Recurso Especial n. 1.765.139 [Brasília, 2019]).

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO REQUISITO DA EXPLICITUDE E DE SUA PROVA NA OLJ

As mais de 2.700 páginas das sentenças (e respectivas decisões de mérito dos tribunais) que condenaram Lula e Vaccari revelam provas sólidas de que recursos oriundos do esquema criminoso na Petrobras financiaram campanhas eleitorais do PT (*e.g.*, parágrafos 228-244 na sentença do Processo n. 5013405-59.2016.4.04.7000/PR [Curitiba, 2017a]).

Contudo, a questão não é se políticos receberam doações e presentes oriundos do esquema criminoso na Petrobras, mas sim se eles sabiam do esquema. É possível definir o requisito de explicitude como a existência de um comprometimento ausente de ambiguidade, por

parte do político, de vender a sua capacidade de praticar ou participar de atos de ofício.[6] Em um contexto de corrupção sistêmica, é razoável entender que esse comprometimento inequívoco ocorre quando o político tem conhecimento do esquema de corrupção e aceita receber algum benefício em troca de sua influência na sustentação do esquema.

Nas decisões judiciais aqui analisadas, os juízes concluíram que Vaccari e Lula teriam *explicitamente* pactuado um acordo *quid pro quo*, e, assim, sabiam que as doações eleitorais e presentes recebidos eram propinas.

Nesse ponto, os casos de Lula e Vaccari passaram por um refinamento importante do TRF-4. Os desembargadores Leandro Paulsen e Victor Laus averiguaram quais provas materiais corroborariam o conteúdo dos depoimentos dos colaboradores, com base no art. 4º, parágrafo 16, da Lei n. 12.850/2013, que estabelece: "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" (Brasil, 2013). O outro membro da turma, o desembargador Gebran Neto, argumentou que uma colaboração oral seria suficiente para corroborar a outra (cf. "*mutual corroboration*" na Apelação Criminal n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR [Porto Alegre, 2017a]).

Como o desembargador Paulsen foi o revisor ou relator em todos os casos em que participou, e como o voto de Palsen foi o vencedor no único caso em que ele e Laus discordaram de Gebran, presumo que seus votos são razoavelmente representativos de como o colegiado entendeu haver provas materiais de corroboração suficientes. Portanto, embora não seja o único, serão os votos de Paulsen o foco da análise.

3.1. Vaccari

Nas quatro ações contra Vaccari, as condenações basearam-se na alegação de que ele teria *explicitamente* tratado sobre propina com empresários do setor privado e diretores da Petrobras. Diversas pessoas depuseram afirmando terem tido diálogos com Vaccari onde teria sido explicitamente tratado sobre propina: na Apelação Criminal n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2017a), encontrei dois depoimentos (cf. "5.2 Réu João Vaccari" no voto do desembargador Paulsen); na Apelação Criminal n. 5013405-59.2016.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2017b), cinco (cf. "4.1 Materialidade" no voto de Paulsen); na Apelação Criminal n. 5050568-73.2016.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2021), foram quatro (cf. "3.2.3" no voto do desembargador Gebran); e na Apelação Criminal n. 5061578-51.2015.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2018a), três (cf. "4.3.4 João Vaccari Neto" no voto de Paulsen). Há outros depoimentos de colaboradores que relataram ter "ouvido falar" que Vaccari tinha conhecimento do esquema, sem, contudo, terem tratado diretamente sobre propina com ele.

6 Em sentido similar, ver Lowenstein (2004, p. 153).

Na Apelação Criminal n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2017a), a condenação foi revertida. Os desembargadores Paulsen e Laus absolveram Vaccari em virtude da ausência de prova material que corroborasse as declarações dos colaboradores. Nas palavras de Paulsen em seu voto, "o que há no caso concreto são indícios do conhecimento de João Vaccari acerca do esquema ilícito de corrupção na Petrobras, mas nenhuma prova de que o agente dolosamente tomou parte na corrupção [...]" (Porto Alegre, 2017a).

Nos outros três processos, a condenação de Vaccari foi mantida. Na Apelação Criminal n. 5013405-59.2016.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2017b), consideraram-se como provas de corroboração documentos que mostravam: (i) o repasse de parte dos recursos do esquema da Petrobras para o PT; (ii) a transferência, via caixa dois, de US$ 4,5 milhões por Skornicki, do Grupo Keppel Fels, para as contas no exterior dos publicitários Mônica Moura e João Santana; (iii) o relacionamento próximo entre Skornicki e Vaccari, com base em um convite de Vaccari para a festa do filho de Skornicki e em 77 ligações telefônicas registradas entre os dois a partir de 2010 (cf. "Série de provas documentais" e "4.3 Autoria dos crimes de corrupção" no voto de Paulsen).

Na Apelação Criminal n. 5050568-73.2016.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2021), foram consideradas provas de corroboração: (i) anotações de Barusco, diretor da Petrobras, sinalizando que parte dos recursos foi repassada ao PT; (ii) um registro encontrado no celular de Marcelo Odebrecht associando o nome de Vaccari à palavra "sondas" e siglas que significariam "pagamentos ilícitos"; (iii) um *e-mail* interno da Odebrecht no qual Renato Duque teria afirmado a um funcionário da Odebrecht que tinha compromissos com o PT para manter seu cargo de Diretor de Serviços até a conclusão da contratação de alguns navios-sonda (cf. "3.2.3.1" do voto do desembargador relator Gebran – Paulsen e Laus não participaram desse julgamento).

Na Apelação Criminal n. 5061578-51.2015.4.04.7000/PR (Porto Alegre, 2018a), consideraram-se como provas de corroboração documentos que mostravam que, um dia antes da assinatura do contrato de operação do navio-sonda Vitória entre a Petrobras e a Schahin Engenharia (sem procedimento concorrencial e sob critérios técnicos questionáveis), o Banco Schahin perdoou uma dívida contraída por José Bumlai, supostamente em nome do PT (cf. "4.2 Materialidade" e "4.3.4 João Vaccari Neto" no voto de Paulsen).

Devido à inerente dificuldade probatória em casos de corrupção (cf. seção 5), não há prova material direta (como gravações em vídeo, áudio ou trocas de *e-mails*) demonstrando que as comunicações entre Vaccari e os outros envolvidos tinham um objetivo ilícito. Os magistrados realizaram inferências para determinar se as provas materiais eram suficientes para corroborar os depoimentos orais. Algumas dessas inferências parecem mais controversas: por exemplo, inferir que documentos mostrando uma relação próxima entre Skornicki e Vaccari implicam, necessariamente, uma relação corrupta por parte de Vaccari. No entanto, outras inferências parecem mais robustas, como o questionamento sobre por qual razão o Banco Schahin perdoaria dívida de José Bumlai (alegadamente em nome do PT) exatamente um dia antes da assinatura do contrato entre a Petrobras e a Schahin Engenharia.

3.2. Lula

As provas contra Lula parecem menos robustas em comparação às contra Vaccari – os próprios desembargadores reconheceram a dificuldade probatória (cf. seção 5.1 deste artigo). No caso do triplex (Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR [Porto Alegre, 2018b]), o desembargador Paulsen apontou que centrais para a sua convicção foram os depoimentos dos delatores Adelmário Pinheiro (da construtora OAS, também conhecido como Léo Pinheiro) e Pedro Corrêa (ex-deputado federal), que afirmaram ter tratado *explicitamente* sobre propina com Lula (cf. "relativamente à autoria e à culpabilidade de Luiz Inácio" no voto). Como prova material, Paulsen mencionou os diversos encontros documentados entre Pinheiro e Lula (cf. mesmo trecho do voto), embora a interpretação do conteúdo desses encontros pareça depender principalmente do depoimento de Pinheiro. Ademais, Paulsen entendeu que "fotos do ex-Presidente com Paulo Roberto Costa [ex-diretor da Petrobras]" indicam que Lula tinha vínculos "com aqueles que atuavam na linha de frente da arrecadação dos recursos".

Adicionalmente, os outros desembargadores mencionaram depoimentos de delatores que afirmaram ter "ouvido falar" que Lula sabia do esquema criminoso e que participava ativamente do processo de escolha da diretoria da Petrobras – *e.g.*, depoimentos do ex-senador Delcídio do Amaral (cf. "3.3.4.1" no voto de Gebran) e Nestor Ceveró (cf. "3.3.4.2" no voto de Gebran). Os três desembargadores deram pouco peso a alguns argumentos articulados por Moro na sentença de primeiro grau, como o encontro entre Lula e o ex-diretor da Petrobras Renato Duque (parágrafo 805 da sentença). O que parece ter influenciado a formação da convicção dos desembargadores de que os "*quos*" (as nomeações da diretoria da Petrobras) ocorreram em virtude de um "*pro*" (um acordo) foi a solidez do "*quid*" (i.e, as evidências do recebimento de presente por parte de Lula, com manobras de ocultação).

As provas do caso do triplex foram reutilizadas no caso do sítio (Apelação Criminal n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR [Porto Alegre, 2019]) para condenar Lula. Quanto às reformas feitas pela OAS, Paulsen também citou novos documentos demonstrando que existia uma relação entre Pinheiro e Lula (cf. "10.3 Reforma realizada pela OAS" no voto de Paulsen). Adicionalmente, a condenação de Lula no caso do sítio foi fundamentada em depoimentos e documentos de pessoas ligadas à Odebrecht (cf. "10.2 Reforma concluída pela Odebrecht" no voto de Paulsen). Paulsen mencionou prova material demonstrando que Marcelo Odebrecht acreditava que Lula tinha conhecimento do esquema criminoso: um *e-mail* de 2011 enviado por Marcelo a um funcionário da Odebrecht dizendo explicitamente que a "conta-corrente" com "Italiano" (i.e., Palocci) era de conhecimento de Palocci e do "amigo do meu pai" (i.e., Lula) (cf. "9. Contratos da Odebrecht"). No entanto, Marcelo Odebrecht afirmou que nunca conversou com Lula sobre propina ("eu nunca conversei com Lula sobre isso, só conversava com o meu pai e com Palocci") e que havia um descompasso entre o que era tratado entre Lula e seu pai (Emílio) e entre ele e Palocci ("nem eu nem você ficamos sabendo o que Lula e meu pai acertam").

Além disso, Paulsen citou documentos que mostram uma relação próxima entre Emílio Odebrecht e Lula (cf. "10.2 Reforma concluída pela Odebrecht"). Porém, quando questionado sobre o conteúdo de seus diálogos com Lula, Emílio deu respostas genéricas. Ele afirmou que o ex-presidente solicitava "ajuda de campanha para o partido" e que em uma ocasião negociou com Lula para chegar a uma "ajuda de campanha plausível" (cf. "4.4.3" do voto de Gebran); e que:

> […] não levava tudo, não era o nível de conversa que eu tinha com ele, as minhas conversas que eu tinha com ele era[m] efetivamente a forma da minha organização poder crescer, lutar e já ajudar o país a crescer […] e se eu pudesse influenciar nessa direção era o que eu fazia, contribuía (cf. "4.4.3" do voto de Gebran) (Porto Alegre, 2019).

O relato de Emílio Odebrecht demonstra uma proximidade entre as elites econômicas e políticas, evidenciada pelo acesso privilegiado do empresário ao político. No entanto, parece menos claro se existia um acordo *quid pro quo*, pois Emílio não menciona se Lula sabia da existência da "planilha de propinas".

Outro fundamento das decisões que condenaram Lula no caso do sítio são os depoimentos de João Santana e Mônica Moura, que afirmaram que Lula pediu a eles que trabalhassem em uma campanha eleitoral em El Salvador, com os honorários pagos pela Odebrecht, o que acabou ocorrendo via caixa dois (cf. "9. Contratos da Odebrecht" no voto de Paulsen). A ligação entre esse fato e a conclusão de que Lula tinha ciência do esquema criminoso na Petrobras poderia ter sido mais bem explicada pelos magistrados.

O desembargador Gebran também mencionou o depoimento de Salim Schahin, que disse ter "ouvido falar" que Lula estava ciente do negócio corrupto entre Schahin, PT e Nestor Cerveró (cf. "4.4.3" do voto).

4. O CONTRASTE COM A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE

Em várias das decisões judiciais analisadas neste artigo, os magistrados citaram a experiência estadunidense como referência técnica. Embora Moro tenha notoriamente escrito um artigo acadêmico sobre a Operação Mãos Limpas na Itália, não há menção a qualquer decisão judicial italiana nas decisões analisadas neste artigo. Foram decisões judiciais *estadunidenses* que Moro citou em quatro sentenças suas que envolviam Lula ou Vaccari (Curitiba, 2015; 2016; 2017a; 2017b). No TRF-4, o desembargador Gebran seguiu a mesma linha nos casos do triplex e do sítio envolvendo Lula, citando uma decisão da ministra Rosa Weber no STF fundamentada em uma série de decisões judiciais estadunidenses (AP n. 695/MT [Brasil, 2016]).

No entanto, o uso de decisões judiciais estadunidenses por Moro e Gebran apresentou dois problemas. Primeiro, eles citaram apenas as decisões alinhadas aos argumentos que articulavam. Por exemplo, no Processo n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Curitiba, 2017b;

Porto Alegre, 2018b), eles mencionaram essas decisões para argumentar pela flexibilização do requisito da especificidade, mas ignoraram as decisões contrárias, como United States v. Bibby (6th Cir. 1985 [EUA, 1985]) e United States v. Siegelman (11th Cir. 2011 [EUA, 2011]).

Segundo, os magistrados ignoraram os julgamentos da Suprema Corte dos EUA. As decisões estadunidenses citadas por Moro e Gebran são de cortes de apelação, hierarquicamente inferiores às da Suprema Corte. Dessa forma, não notaram que a flexibilização simultânea dos requisitos da especificidade e da explicitude realizadas nos casos da OLJ contrasta com a abordagem que tem sido adotada pela Suprema Corte dos EUA, que tem optado por uma flexibilização mais moderada.

Em contraste com a experiência brasileira, a Suprema Corte estadunidense tem adotado um conceito mais restrito de suborno/propina (i.e., crime de corrupção). Conforme o paradigma estabelecido pela maioria de 6-3 em McCormick v. United States (500 US 257, 1991 [EUA, 1991]), o ato de ofício prometido pelo político deve ser absolutamente específico, e o acordo, explícito.[7] Embora o caso discutisse doações não declaradas (p. 257), a maioria do tribunal entendeu que, em uma democracia representativa cuja legislação permite doações eleitorais, parlamentares inevitavelmente agem "em benefício de eleitores" e apoiam "legislações que promovam os interesses de alguns de seus eleitores"; e que, pouco antes ou depois, solicitam ou recebem doações eleitorais desses mesmos eleitores; sem que isso configure necessariamente um *quid pro quo* e, assim, propina (p. 272).[8]

Em Evans v. United States (504 US 255, 1992 [EUA, 1992]), a maioria de 6-3 da Suprema Corte flexibilizou o requisito da explicitude, mas manteve intacto o requisito da especificidade. O texto do julgamento é obscuro, e a sua interpretação é controversa, mas a maioria[9] dos tribunais inferiores parece ter adotado o seguinte entendimento: se o pedido do empresário for uma contrapartida específica, o consentimento do político ao acordo *quid pro quo* só precisa ser explícito quando a vantagem recebida for uma doação política. Ou seja, em casos que não envolvem doações políticas, passou a ser possível inferir acordos implícitos, desde que o pedido do empresário tenha sido um ato de ofício específico. No caso, houve prova cabal do pedido específico: gravações em vídeo e áudio realizadas por um agente policial disfarçado (p. 257). A qualidade da prova parece ter conferido segurança para a análise do que aconteceu na reunião entre o agente policial e o político: um pedido de ato de

• • •

7 O caso discutiu a ocorrência de propina nos termos do Hobbs Act (18 U.S.C. § 1951), cujo texto não menciona expressamente o termo "ato de ofício", sendo tão ou mais aberto que o art. 317 do Código Penal brasileiro.

8 Os textos originalmente em inglês citados neste artigo foram traduzidos livremente para o português pelo autor.

9 *Vide* Gold (2011, p. 271-279), Jordan (2015, p. 1443) e Hellman (2017, p. 1963).

ofício específico, robustecendo a inferência de que o político implicitamente pactuou em fornecer tal ato de ofício como contrapartida ao dinheiro recebido.

Em McDonnell v. United States (579 US 550, 2016 [EUA, 2016]), a Suprema Corte decidiu por unanimidade manter essa combinação – flexibilização do requisito da explicitude, mas manutenção do requisito da especificidade absoluta do ato de ofício. No caso, a prova do pedido específico consistia em *e-mails* enviados pelo empresário ao político eleito e sua esposa (*e.g.*, p. 560). Portanto, nos casos em que a Suprema Corte flexibilizou o requisito da explicitude (Evans e McDonnell), as provas parecem mais sólidas (i.e., gravações e *e-mails* mostrando o conteúdo do contato entre empresário e político) do que nos casos envolvendo Lula e Vaccari.

Em McDonnell, a Corte entendeu que ouvir eleitores (incluindo doadores) e agir conforme o argumentado pelo eleitor é um pressuposto inevitável, e até desejável, para um político eleito na democracia estadunidense (p. 575). Desse modo, a Corte não apenas manteve intacto o requisito da especificidade do ato de ofício, mas também delimitou o que deve ser considerado um "ato de ofício". O tribunal sinalizou que deve haver algo mais específico do que uma influência genérica na política do governo (p. 578): deve haver uma transação sobre algo específico que esteja pendente ou possa ser levado por lei perante um funcionário público – *e.g.*, o acréscimo de um medicamento na lista do sistema público de saúde. O ato de ofício deve ser o tipo de pendência que possa ser colocada em uma agenda, rastreada quanto ao progresso e, posteriormente, marcada como concluída (p. 570).

Outro contraste entre as decisões judiciais da Suprema Corte estadunidense e a experiência brasileira é a ênfase nos argumentos relacionados à importância de proteger a atividade político-partidária contra criminalizações indevidas. Enquanto nas decisões brasileiras analisadas neste artigo esses argumentos são escassos, na Suprema Corte dos EUA eles são abundantes.

Em McCormick, ao delimitar um conceito rígido de crime de corrupção em casos relacionados a atividades políticas, a maioria do tribunal entendeu que uma fronteira clara é essencial para garantir espaço suficiente para atividades políticas vitais e aviso prévio de possível responsabilidade criminal (p. 272).

A Suprema Corte dos EUA voltou a manifestar preocupações com criminalizações indevidas da atividade político-partidária em McDonnell. Apesar de reconhecer que os fatos envolviam "repugnantes histórias de mau gosto envolvendo Ferraris, Rolex e vestidos de baile" (p. 580), a Corte adotou um conceito restrito de ato de ofício, argumentando que o contrário poderia criminalizar o funcionamento do governo representativo e "geraria preocupações constitucionais significativas" (p. 553). A Corte explicou que "políticos eleitos podem se perguntar se responderão criminalmente pelos pedidos mais comuns de ajuda, e cidadãos com preocupações legítimas podem diminuir a sua participação no discurso democrático" (p. 575). E, caso a interpretação de uma legislação sobre propina na política possa ser "interpretada semanticamente como uma faca de açougueiro ou um bisturi, deve ser interpretada como este último" (p. 576), uma frase originalmente cunhada no caso Sun-Diamond (cf. seção 5.2).

5. A tensão entre impunidade e criminalização da atividade político-partidária

Alguém poderia alegar que, embora a experiência judicial estadunidense tenha sido citada como referência pelos magistrados da OLJ, no contexto brasileiro seria justificável adotar um conceito mais amplo de crime de corrupção. Isso se daria, primeiro, em razão da estatura dos políticos envolvidos (políticos do topo da hierarquia partidária e com relevância nacional); e, segundo, em razão do tipo de corrupção em julgamento (corrupção sistêmica). Entretanto, esses argumentos também têm limitações. Na realidade, tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários à ampliação do conceito de crime de corrupção e sua prova são balizados por uma tensão inerente a casos relacionados ao financiamento da política: impunidade, por um lado, e criminalização de atividades político-partidárias legítimas, por outro lado. Essa tensão intensifica-se em casos que discutem corrupção sistêmica envolvendo políticos de alto escalão, como ocorreu no Brasil.

5.1. Justificativas para um conceito amplo

A dificuldade probatória em crimes de corrupção é consensual entre estudiosos. Nesse sentido, o desembargador Gebran observou que "no âmbito dos grupos que se dedicam à atividade criminosa não se registram estatutos" (caso triplex, Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR [Porto Alegre, 2018b]). Mesmo quando há registros do conteúdo da comunicação entre empresário e político, esses registros frequentemente estão em linguagem cifrada. O "*pro*" – ou seja, o acordo que estabelece a conexão causal entre a doação (o "*quid*") e um benefício (o "*quo*") – muitas vezes ocorre apenas nas mentes do empresário e do político.

Nas decisões judiciais da OLJ aqui analisadas, os juízes por vezes reconhecem a dificuldade probatória. Gebran argumentou no caso triplex que é "inimaginável que houvesse prova material da influência política do ex-Presidente no esquema para nomeação de agentes da Petrobras". O desembargador Laus reconheceu nesse mesmo caso que "neste caso certamente não há um elemento probatório isoladamente cabal, como uma gravação de vídeo ou de áudio registrando os acusados em um diálogo envolvendo promessas/solicitações de vantagens ilícitas". No caso do sítio de Atibaia (Apelação Criminal n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR [Porto Alegre, 2019]), Gebran afirmou que a autoria, em relação a Lula, "decorre dos depoimentos de testemunhas e colaboradores" e reiterou que é "inimaginável que houvesse prova material".

Nos casos analisados neste artigo, os réus eram um popular ex-presidente e o tesoureiro do partido político mais popular do país. É possível argumentar que, quanto mais alto o escalão do político, mais longa será a linha de delegação para tratar de um acordo corrupto. Também maior será a probabilidade de a comunicação com o político de alto escalão ser somente verbal e implícita. Portanto, quanto mais alta a hierarquia do político, mais difícil pode se tornar a obtenção de prova. Por exemplo, Lula não precisava tratar sobre um acordo

quid pro quo com Emílio Odebrecht, pois as tratativas ocorriam em um nível inferior na hierarquia empresarial e político-partidária, envolvendo Marcelo Odebrecht e Palocci. A comunicação intrapartidária sobre o acordo corrupto seria verbal e cuidadosa, para evitar qualquer registro que pudesse sugerir o conhecimento de Lula.

Em casos de corrupção sistêmica, essa dificuldade pode ser ainda maior. De acordo com esse argumento, quando a corrupção é sistêmica, um político de alto escalão não apenas não precisa ser explícito como também não precisa ser específico, pois a propina seria a "regra do jogo". Um político com conhecimento de um esquema de corrupção sistêmica, como o descoberto na Petrobras, pode atuar em favor da manutenção do esquema sem jamais tocar no assunto nos contatos com empresários e ser recompensado com doações eleitorais e presentes pessoais. Ele poderia aceitar a doação ou o presente sem dizer nada e, posteriormente, agir para manter o esquema. Nesse sentido, Lula pode jamais ter tratado de propina com Emílio; mas, caso conhecesse o esquema, pode ter atuado a favor de sua manutenção em troca de doações para o partido e presentes pessoais.

Além disso, é possível argumentar que, comparado ao dos EUA, o Direito brasileiro fornece menos instrumentos para a coleta de provas, como gravações em vídeo ou áudio. O entendimento de "flagrante preparado" como ilícito (*e.g.*, Súmula n. 145 do STF) torna mais difícil a obtenção de gravações que possam conferir maior grau de certeza sobre o ocorrido em reuniões entre empresário e político (como no caso Evans julgado pela Suprema Corte estadunidense). Isso pode ajudar a explicar o peso atribuído aos depoimentos dos delatores nas decisões judiciais brasileiras aqui analisadas.

5.2. As limitações de um conceito amplo

As justificativas supramencionadas também apresentam limitações. Com relação aos instrumentos jurídicos para a coleta de provas, apesar da presunção de ilicitude de "flagrante preparado" dificultar a obtenção de gravações em áudio no Brasil, ela não a impossibilita. Embora sejam juridicamente controversas (inclusive por críticas de que seriam formas de "flagrante preparado"), as gravações realizadas por Joesley Batista[10] em casos da OLJ demonstram que empresários podem ter contato direto com políticos de alto escalão e que é possível gravar essas conversas (ainda que os incentivos para gravar pareçam ser baixos, a menos que já haja uma investigação em andamento). A discussão sobre os instrumentos jurídicos disponíveis (e que deveriam estar disponíveis) para determinar o que ocorre em reuniões entre empresários e políticos é complexa e não possui soluções fáceis.

Outro ponto de conflito é o alto escalão dos políticos envolvidos. É possível argumentar que é justamente em casos que envolvem políticos de alto escalão que se deve ter maior

10 *E.g.*, Temer [...] (2017).

cuidado com os contornos do crime de corrupção e de sua prova. Se, na seção anterior, vimos que a Suprema Corte estadunidense foi cuidadosa com a não criminalização da atividade político-partidária em casos envolvendo lideranças políticas regionais,[11] tal zelo faria ainda mais sentido em casos envolvendo elites políticas de relevância nacional.

O problema com a ampliação do conceito de crime de corrupção é o risco de restringir indevidamente a liberdade dos políticos de se reunir e comunicar-se com pessoas e organizações legítimas (Rowbottom, 2010, p. 98), o que inclui, na prática, o recebimento de doações e situações de *lobby*. Além disso, quando o político e o partido político envolvidos são populares, o uso de conceitos mais heterodoxos pode abrir margem para controvérsias no debate público, levando à percepção de que atividades legítimas estariam sendo indevidamente criminalizadas (alimentando suspeitas de motivações políticas de promotores e juízes) e, assim, ajudando a corroer a confiança na legitimidade de eleições.

Entretanto, talvez o principal ponto de conflito seja o rigor na inferência para determinar se, de fato, o acordo *quid pro quo* ocorreu. É possível enxergar o paradigma tripartido do *quid pro quo* como um banco de três pernas: se uma perna está frágil, as outras duas precisam suportar um peso adicional (Devlin-Brown; Dee, 2016, p. 986). Por exemplo, se não for possível especificar um ato de ofício (i.e., o "*quo*" é mais fraco), deve haver provas sólidas de que o político recebeu um benefício e pactuou em fornecer uma contrapartida, ainda que indeterminada (i.e., o "*quid*" e o "*pro*" precisam ser mais fortes).

Nesse sentido, um conceito amplo (com a flexibilização de mais de uma "perna") pode acabar sendo pouco cuidadoso com dinâmicas que, apesar de mostrarem reciprocidade por parte do político, não configuram *quid pro quo*. Doações políticas e presentes aumentam as chances de que o doador receba benefícios após a eleição do político, mesmo na ausência de pacto *quid pro quo*. Por exemplo, uma doação vultosa pode possibilitar que um candidato com ideologias similares às do doador tenha maiores chances de ser eleito. E, uma vez eleito, é provável que o político tome decisões que sejam do agrado do doador, em razão da convergência ideológica entre eles (e não em razão de um acordo *quid pro quo*).

Mesmo na ausência de alinhamento ideológico prévio entre empresário e político, o político pode acabar sendo convencido, com base em argumentos técnicos, de que determinada decisão é a melhor para o interesse público. Ouvir eleitores (incluindo doadores) e estar aberto a ser convencido pelo eleitor parece ser um pressuposto inevitável de um político eleito em qualquer democracia representativa (cf. casos McCormick e McDonnell na seção 4).

Ademais, uma doação ou um presente pode *influenciar* um político (e provocar reciprocidade) sem que o político tenha vendido sua capacidade de praticar atos de ofício. Apesar

11 Bob McDonnell, ex-governador da Virgínia, talvez seja o político de maior proeminência entre os casos estadunidenses citados.

de ser um conceito ainda pouco articulado no Brasil,[12] existe o fenômeno da *dependência*. Ele se refere ao sentimento de dependência que um político pode ter em relação a empresários que fizeram doações eleitorais ou deram presentes (Lowenstein, 1989; Issacharoff, 2010; Lessig, 2014; Teachout, 2014).[13] Tal sentimento pode ser de natureza racional: considerando que muitos políticos querem disputar eleições no futuro, eles precisarão de doações eleitorais ou de apoio empresarial novamente. Logo, o político pode ter incentivos para tomar decisões que não desagradem empresários doadores e apoiadores, mesmo na ausência de um acordo *quid pro quo*.

A dependência também pode ser de natureza emocional: o político pode sentir gratidão em relação ao doador ou ao empresário que lhe deu um presente. É humano sentir gratidão por aqueles que nos ajudaram a alcançar metas ou nos presentearam. Esse sentimento de gratidão tem ligação com a *reciprocidade* (Lowenstein, 1989, p. 1479), um pilar de muitas relações humanas (ainda que frequentemente não verbalizada).

A dependência pode influenciar a tomada de decisão do político eleito de duas formas: (i) proporcionando ao empresário acesso privilegiado aos processos de tomada de decisão do político eleito (*e.g.*, ter preferência para a realização de reuniões); e (ii) influenciando a própria cognição do político eleito. É razoável assumir que o fenômeno da dependência ocorre mais em questões "técnicas", como a indicação de nomes para cargos, e menos em assuntos polarizados, nos quais os políticos frequentemente têm opiniões já formadas, como o aborto.

A Suprema Corte estadunidense articulou o fenômeno da dependência sob o termo "*undue influence*" em casos relacionados à constitucionalidade das regulações de financiamento de campanhas eleitorais (cf. Dawood, no prelo, p. 3). No paradigmático Buckley v. Valeo (424 US 1, 1976 [EUA, 1976]), a maioria da Corte observou que a "aceitação de subornos trata apenas das tentativas mais flagrantes e específicas de influência" (p. 28). Em McConnell v. FEC (540 US 93, 2003 [EUA, 2003]), o tribunal articulou as *nuances* do problema, quando a maioria reconheceu que tão preocupante "quanto a clássica corrupção *quid pro quo*" é o perigo de que políticos eleitos decidam questões "não com base nos méritos ou nos anseios de seus eleitores, mas de acordo com os anseios daqueles que fizeram grandes doações" (p. 153). Para a maioria, "não é apenas plausível, mas provável, que candidatos se sintam gratos por tais doações e que os doadores procurem explorar essa gratidão" (p. 145). Como isso "não é facilmente detectado nem possível de criminalizar[,] o melhor meio de prevenção é identificar e remover a tentação" (p. 153).

12 Mesmo na ADI n. 4.650 (Brasil, 2015), na qual o STF discutiu os contornos constitucionais das regras relacionadas ao financiamento da política por empresas, o conceito de dependência foi tratado de forma superficial.

13 Autores utilizaram diferentes termos para se referir ao mesmo fenômeno.

Porém, uma forma de se utilizar o direito criminal para lidar com relações de reciprocidade nas quais não há uma cristalina venda da capacidade de praticar atos de ofícios é mediante institutos como o da "gratificação ilegal". O que difere a gratificação ilegal de suborno/propina é o grau da conexão entre o recebimento da vantagem e o ato de ofício. Se for possível estabelecer que a decisão sobre um ato de ofício ocorreu *em troca* da vantagem recebida, estamos diante de suborno. No entanto, se a conexão for mais frouxa e indireta – por exemplo, se o presente foi dado como "agradecimento" por um ato de ofício já realizado, mas não *em troca* dele, ou se foi dado com uma intenção genérica de "favorecer" o político eleito para influenciar futuras práticas de atos de ofício – então se trata de uma gratificação ilegal. Essa diferença, apesar de sutil, tem implicações significativas nos EUA: enquanto uma condenação por "suborno" (§ 201(b) do 18 U.S.C.) pode resultar em até 15 anos de prisão, uma condenação por "gratificação ilegal" (§ 201(c)) é punível com até dois anos. De forma semelhante, o art. 322 do Código Penal da Suíça distingue "suborno" (com pena de até cinco anos de prisão) de aceitação de "vantagem" (com pena de até três anos de prisão), sendo que nesta última não se exige a identificação de uma contrapartida específica (Ammann, 2020, p. 237).

No entanto, em países onde existe o instituto criminal da gratificação ilegal, parece haver hesitação em sua aplicação. Na Suíça, o número de condenações por essa infração é ainda mais baixo do que por atos de suborno (Ammann, 2020, p. 237-238). Nos EUA, a Suprema Corte frustrou expectativas de que o instituto pudesse ser utilizado em casos nos quais presentes são dados com a intenção de estabelecer um "reservatório de boa vontade" sem que haja um ato de ofício específico. No caso United States v. Sun-Diamond Growers of California (526 US 398, 1999 [EUA, 1999]), a Corte decidiu unanimemente que, mesmo em gratificações ilegais, deve haver um vínculo entre a gratificação recebida e um ato de ofício *específico*. O caso envolveu diversos presentes dados pela Sun-Diamond (associação comercial agrícola) ao então Secretário de Agricultura dos EUA. A Corte entendeu que a intenção de estabelecer um "reservatório de boa vontade que poderia, em última análise, afetar um ou mais de uma infinidade de atos de ofício não especificados, agora e no futuro", não é suficiente para a condenação (p. 405). Nesse sentido, não basta que o secretário estivesse "em posição de agir favoravelmente aos interesses do doador" (p. 405), pois "o Secretário da Agricultura sempre tem diante de si ou em perspectiva assuntos que afetam os agricultores" (p. 407).

5.3. A tensão inerente a crimes de corrupção no financiamento da política

Percebe-se, assim, que tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários à flexibilização dos requisitos da especificidade e da explicitude (e sua prova) têm como pano de fundo uma tensão inerente ao problema do crime de corrupção no financiamento da política: o risco de as autoridades criminalizarem indevidamente atividades político-partidárias ao punirem práticas legítimas, afetando a competição eleitoral (por um lado); e o risco de deixar impunes

práticas *quid pro quo* e, consequentemente, permitir que criminosos tenham vantagem competitiva para serem eleitos e perpetuarem-se em cargos políticos (por outro lado).[14]

Em acusações de corrupção sistêmica envolvendo políticos de alto escalão, como aconteceu no Brasil, essa tensão intensifica-se. A acusação foi de corrupção sistêmica envolvendo algumas das mais altas elites políticas nacionais, com o partido político mais popular do país recebendo centenas de milhões de reais em propina para financiamento de campanhas eleitorais, distorcendo a competitividade de eleições (de um lado); e o líder político nacional mais popular sendo controversamente preso e declarado inelegível durante as eleições de 2018, quando era tido como favorito (de outro lado). Não por acaso, argumentos relacionados a essa tensão têm sido intensamente explorados pelas elites políticas brasileiras e seus apoiadores, alimentando a intensa polarização que acometeu o país nos últimos anos.

Entender o Brasil como um país marcado pela impunidade de elites políticas que praticam diferentes formas de corrupção (incluindo crime de corrupção), apesar de ser razoável, não ameniza a tensão e não resolve a questão sobre como delimitar o conceito de crime de corrupção e sua prova. Em outras palavras, simplesmente reconhecer que o Brasil enfrenta problemas de impunidade não parece ser uma boa justificativa para a adoção de um conceito alargado de crime de corrupção e sua prova, sem um debate sério sobre o tema.

Sob o enfoque do direito constitucional eleitoral, o problema da impunidade parece ter duas dimensões. Uma delas é o sentimento generalizado na sociedade de que há muita corrupção no financiamento da política; em outras palavras, a impressão de parte significativa da opinião pública de que o nível de corrupção no financiamento da política é muito elevado. Esse parece ser um problema orgânico de diversas democracias constitucionais, inclusive daquelas mais maduras, como os EUA e o Reino Unido, onde o tema foi objeto de análise de trabalhos de constitucionalistas como Jacob Rowbottom e Nathaniel Persily.[15] Talvez a raiz do problema resida na dificuldade probatória inerente a práticas corruptas (cf. seção 5.1). Essa dificuldade explicaria por que suspeitas de propina podem persistir na opinião pública mesmo quando investigações ou processos formalmente concluem pela insuficiência de evidências para determinar que houve propina (Rowbottom, 2016, p. 406). Embora esteja fora do escopo deste artigo explorar esse ponto detalhadamente, é bastante razoável considerar que, no Brasil, esse sentimento de impunidade seja bastante elevado na opinião pública.

• • •

14 Em sentido similar, ver Torres-Spelliscy (2019, p. 504-505) e Lowenstein (2004, p. 131).

15 Cf. Persily e Lammie (2004), bem como Rowbottom (2016). Há estudos empíricos que sugerem que, mesmo quando as relações entre empresários e políticos são intermediadas por meios que as tornam mais indiretas – como lobistas e doações na forma de gastos independentes, prática comum nos EUA – uma parcela significativa da população ainda percebe dinâmicas de *quid pro quo* suficientes para justificar uma condenação criminal por propina (Robertson *et al.*, 2016).

Outra dimensão do problema da impunidade é determinar se, de fato (i.e., independentemente da opinião pública), políticos que deveriam ter sido punidos pelo Poder Judiciário acabaram não sendo. Essa dimensão do problema divide-se em dois tipos. O primeiro são questões processuais. Conforme delimitado na Introdução, a discussão detalhada sobre questões processuais transcende o escopo deste artigo, mas é amplamente reconhecido que essas questões são significativas no contexto brasileiro e é razoável argumentar que elas acabam reforçando o entendimento de que há impunidade de elites políticas no país.

Diferentes das questões processuais, o segundo tipo são as questões de mérito, como as analisadas neste artigo. Em questões de mérito, o termo "impunidade" sugere que alguém deveria ter sido punido por cometer determinado crime, mas que a punição acabou não ocorrendo. Portanto, para podermos afirmar que um político cometeu um crime de corrupção e não foi punido, parece ser inevitável discutir o conceito de crime de corrupção a ser aplicado, bem como a qualidade e a quantidade de provas consideradas suficientes para concluir que esse político, de fato, cometeu o crime.

Até a data de redação deste artigo (outubro de 2023), o Plenário do STF não julgou nenhuma ação penal da OLJ em que tenha analisado centralmente questões de mérito sobre doações políticas declaradas e presentes dados a políticos (temas discutidos neste artigo). Até o momento, a decisão mais relevante do tribunal sobre o assunto ocorreu na Ação Penal n. 1015, julgada apenas pela 2ª Turma (Brasil, 2020). Nesse caso, o ex-senador Valdir Raupp, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), foi condenado por corrupção passiva pelo recebimento de uma doação eleitoral declarada durante a eleição de 2010, entendida pela maioria da Turma como uma contrapartida ao apoio do senador à manutenção de Paulo Roberto Costa como diretor da Petrobras. O voto do ministro relator Edson Fachin seguiu a linha das decisões examinadas neste artigo, flexibilizando tanto o requisito da especificidade (p.18-43 do inteiro teor do acórdão) quanto o da explicitude e sua prova (p. 43-90). Posteriormente, a 2ª Turma reverteu a condenação de Raupp em embargos de declaração: os votos redigidos pela maioria – dos ministros Gilmar Mendes (p. 51-71 do inteiro teor do acórdão) e André Mendonça (p. 73-82) – absolveram Raupp por insuficiência de provas de que ele teria se comprometido a um pacto *quid pro quo* (Brasil, 2022). Embora uma análise detalhada sobre a atuação do STF esteja além do escopo deste artigo e a jurisprudência sobre casos da OLJ ainda não esteja consolidada no tribunal, há análises indicando que, desde 2017, o STF tem decidido majoritariamente a favor dos réus nos casos da OLJ (Da Ros; Taylor, 2022, p. 172-174). De todo modo, cabe cobrar do tribunal posicionamentos técnicos e fundamentados em questões constitucionalmente relevantes, como as discutidas neste artigo.

Considerações finais

Nos processos que resultaram nas condenações de Lula e Vaccari, os magistrados adotaram um conceito alargado de crime de corrupção, devido à flexibilização de dois elementos do

paradigma *quid pro quo*. Primeiro, houve uma flexibilização na especificidade do ato de ofício: não se exigiu o grau ortodoxo de especificação *absoluto* (com o apontamento do exato ato de ofício mercantilizado), mas sim um grau de especificação *moderado* (apontando apenas o *tipo* de ato de ofício mercantilizado, como a "capacidade de indicar diretores da Petrobras"). Para justificar essa flexibilização, os juízes recorreram ao termo "corrupção sistêmica", argumentando que, nesse contexto, é difícil especificar a exata contrapartida prometida ou praticada pelo político eleito – as propinas teriam sido "regra de mercado", sem vinculação com uma contrapartida específica (cf. seção 2).

O requisito da explicitude (e sua prova) também foi flexibilizado (cf. seção 3). Uma leitura apressada das decisões judiciais examinadas neste artigo poderia sugerir que esse requisito teria permanecido intacto, dado que os juízes entenderam que Vaccari e Lula teriam *explicitamente* pactuado um *quid pro quo*. Contudo, essa leitura parece equivocada. A função do requisito da explicitude é justamente conferir maior segurança à conclusão de que o acordo corrupto, de fato, existiu. O problema, nos casos aqui analisados, é a controversa qualidade e quantidade de provas de que Lula e Vaccari tinham ciência do esquema criminoso da Petrobras: a principal sustentação parece ser depoimentos de delatores. Os demais fundamentos mencionados pelos juízes foram atos que, em si mesmos, podem parecer controversos no sentido de provar crime de corrupção passiva por parte dos réus: *e.g.*, recebimento de doações eleitorais declaradas, contatos entre empresários e políticos, e atos discricionários de políticos eleitos. A interpretação de atividades político-partidárias como indícios de crime é algo complexo e poderia ter sido mais rigorosamente fundamentada nas decisões judiciais examinadas neste artigo, explicando por que outras explicações alternativas para os eventos não seriam plausíveis.

Contudo, o que parece ser mais discutível não é apenas a flexibilização de um ou outro requisito, mas sim a flexibilização simultânea destes. Essa dupla flexibilização enfraquece o rigor da inferência para determinar se o acordo *quid pro quo* de fato ocorreu. Há dinâmicas na política (como o alinhamento ideológico e o fenômeno da dependência) que podem explicar a prática de atos de ofício que sejam do interesse do empresário doador ou presenteador, sem que o político eleito tenha pactuado um *quid pro quo* (cf. seção 5.2).

Ao contrário do que sugeriram o juiz Moro e o desembargador Gebran em suas decisões judiciais, essa dupla flexibilização contrasta com a experiência dos EUA, pois, nos julgados da Suprema Corte estadunidense, tem-se observado uma opção por um conceito mais restrito de suborno (cf. seção 4). Embora a Corte estadunidense tenha expandido moderadamente o conceito ao flexibilizar o requisito da explicitude (caso Evans), ela se recusou a flexibilizar o requisito da especificidade do ato de ofício, como observado não apenas em McDonnell (um caso sobre suborno/propina) mas até mesmo em Sun-Diamond (um caso sobre gratificação ilegal). A Suprema Corte estadunidense aparenta ter unanimidade quanto ao entendimento de que o direito criminal deve ser aplicado com cautela no contexto de financiamento de campanhas eleitorais e presentes dados a políticos: as decisões em Sun-Diamond

e McDonnell foram unânimes. Enquanto nas decisões judiciais da OLJ aqui analisadas nota-se uma ênfase em argumentos relacionados à prevenção da impunidade; nas decisões judiciais da Suprema Corte estadunidense nota-se um cuidado em evitar a criminalização de atividades político-partidárias.

Este artigo não defende que o Brasil deve adotar o modelo da Suprema Corte estadunidense. Há justificativas razoáveis tanto para a adoção de um conceito mais restrito quanto para a adoção de um conceito mais amplo de crime de corrupção e sua prova. Tampouco este artigo está concluindo que Lula e Vaccari não cometeram crime de corrupção passiva, pois (pressupondo-se que as nulidades processuais fossem superadas) algum grau de evidência existia. A questão é se essas evidências eram suficientes para uma condenação criminal, cujos efeitos incluem privação de liberdade, em que os falsos-positivos são tidos como erros mais graves do que os falsos-negativos.

De qualquer modo, tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários à ampliação do conceito de crime de corrupção e sua prova têm como base uma tensão intrínseca aos casos criminais que discutem o financiamento da política: o risco de criminalizar atividades político-partidárias legítimas (de um lado) e o risco da impunidade (de outro lado) – cf. seção 5.3. Essa tensão intensifica-se em casos que discutem políticos de alto escalão envolvidos em corrupção sistêmica, como aconteceu no Brasil. Mesmo que se reconheça o Brasil como um país marcado pela impunidade de elites políticas, isso não ameniza essa tensão e não resolve a questão sobre como delimitar o conceito de crime de corrupção e sua prova. Para podermos afirmar que um político cometeu crime de corrupção e não foi punido, é inevitável discutir o conceito de crime de corrupção aplicado e seu parâmetro probatório.

Entretanto, há poucas dúvidas de que o Brasil tem operado em uma espécie de dinâmica clientelista, no sentido issacharoffiano de estruturas legais que incentivam políticos eleitos a moldar políticas públicas para recompensar doadores e apoiadores financeiros (Issacharoff, 2010, p. 126-128). Nesse sentido, seria prudente considerar discussões para aprimorar o arcabouço legislativo eleitoral, como a inclusão (no rol de vedações, do art. 24 da Lei n. 9.504/1997 [Brasil, 1997] e do art. 31 da Lei n. 9.096/1995 [Brasil, 1995]) de vedação de doações por pessoas físicas sócias de empresas que mantenham contratos onerosos com a Administração Pública. Mesmo, no âmbito do direito criminal, poderia ser útil debater a introdução de um instituto que puna gratificações ilegais, como uma forma de deter relações de reciprocidade que ficam aquém de um *quid pro quo* cristalino (*e.g.*, situações em que empresários dão presentes e benefícios para políticos em relações de amizade de longo prazo, sem que haja uma nítida contraprestação com atos de ofício). Essa medida poderia contribuir para mitigar o dualismo (que frequentemente descamba para o maniqueísmo) entre a não punição e punições muito severas em crimes de corrupção.

No campo do Judiciário, parece oportuno que o STF, em Plenário, refine e aclare a linha divisória entre a influência política tolerável e a configuração do crime de corrupção. Em outras palavras, os contornos conceituais e o parâmetro probatório podem ser mais bem

delineados para se determinar a partir de que momento presentes ou doações políticas declaradas passam a ser considerados propinas – ressalvando, evidentemente, que isso parece menos importante em casos que versem sobre "caixa dois", como transferências para contas no exterior ou entregas de dinheiro em espécie. Como vimos nos últimos anos com a OLJ, esses esclarecimentos são fundamentais para se determinar os limites constitucionais e legais da atividade político-partidária em uma democracia representativa.

REFERÊNCIAS

AMMANN, Odile. Lobbying et corruption: des liaisons dangereuses? *In*: PERRIN, Bertrand *et al*. (eds.). *Droit pénal et criminologie – Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2020.

BARBOSA, Marco Antonio Ghannage. *A interseção entre doação eleitoral e corrupção*: critérios para distinção entre as condutas e definição do comportamento penalmente relevante. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n. 1.015, de 2 de maio de 2022*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351746523&ext=.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n. 1.015, de 10 de novembro de 2020*. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755376502. Acesso em: 29 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n. 695/MT, de 6 de setembro de 2016*. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12188661. Acesso em: 29 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650, de 17 de setembro de 2015*. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542. Acesso em: 29 dez. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 1º jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n. 470/MG, de 17 de dezembro de 2012*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648. Acesso em: 29 dez. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 1º jul. 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 1º jul. 2024.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 307/DF, de 13 de dezembro de 1994*. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295. Acesso em: 29 dez. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1º jul. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.765.139 – PR, de 23 de abril de 2019*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1818100&num_registro=201802342743&data=20190508&peticao_numero=201800718066&formato=PDF. Acesso em: 29 dez. 2023.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Autoria e participação na denominada Operação Lava Jato: aplicação da teoria do domínio do fato. *In*: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (orgs.). *Corrupção*: ensaios sobre a Operação Lava Jato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

CURITIBA. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Processo n. 5050568-73.2016.4.04.7000/PR, de 19 de fevereiro de 2020*. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2020/02/Sentenca_Jurong.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

CURITIBA. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Processo n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR, de 6 de fevereiro de 2019*. Disponível em: https://www.estadao.com.br/blogs/blog/wp-content/uploads/sites/41/2019/02/Evento-1369-SENT1.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

CURITIBA. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Processo n. 5013405-59.2016.404.7000/PR, de 2 de fevereiro de 2017*. [2017a]. Disponível em: https://editora.pucrs.br/edipucrs/uol/fib//direitos-e-crimes-financeiros/assets/download/sentenca-da-operacao-lavajato-elemento-subjetivo.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

CURITIBA. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Processo n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, de 12 de julho de 2017*. [2017b]. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/se/sentenca-condena-lula-triplex.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

CURITIBA. *Processo n. 5061578-51.2015.4.04.7000/PR, de 15 de setembro de 2016*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160915-07.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

CURITIBA. *Processo n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, de 21 de setembro de 2015*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/mo/moro-condena-ex-tesoureiro-pt-diretor.pdf. Acesso em: 29 de dez. de 2023.

DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew M. *Brazilian Politics on Trial*: Corruption and Reform Under Democracy. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2022.

DAWOOD, Yasmin. The Theoretical Foundations of Campaign Finance Regulation. *In*: MAZO, Eugene D. (ed.). *The Oxford Handbook of American Elections Law*. Nova York: Oxford University Press (no prelo).

DEVLIN-BROWN, Arlo; DEE, Stephen. The Shifting Sands of Public Corruption. *Penn State Law Review*, [*s.l.*], v. 121, n. 4, p. 979-988, 2016.

DOVI, Suzanne. Political Representation. *In*: ZALTA, Edward N. (org.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (outono 2018). Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/political-representation/. Acesso em: 17 dez. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. *McDonnell v. United States* (579 US 550, 2016).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Eleventh Circuit. *United States v. Siegelman* (11th Cir. 2011).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. *McConnell v. FEC* (540 US 93, 2003).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. *United States v. Sun-Diamond Growers of California* (526 US 398, 1999).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. *Evans v. United States* (504 US 255, 1992).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. *McCormick v. United States* (500 US 257, 1991).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Sixth Circuit. *United States v. Bibby* (6th Cir. 1985).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. *Buckley v.Valeo* (424 US 1, 1976).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). *Hobbs Act* (18 U.S.C. § 1951).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). *Bribery of Public Offcials and Witnesses* (18 U.S.C. § 201).

GENIAL PESQUISAS; INSTITUTO QUAEST. *Pesquisa dez anos de Lava Jato*. Disponível em: https://media-blog.genialinvestimentos.com.br/wp-content/uploads/2024/03/04150103/GENIALQUAESTLAVAJATOFEV24.pdf. Acesso em: 2 set. 2024.

GOLD, Ilissa B. Explicit, Express, and Everything in Between: The *Quid Pro Quo* Requirement for Bribery and Hobbs Act Prosecutions in the 2000s. *Journal of Law and Policy*, [*s.l.*], v. 36, n. 1, p. 261-288, 2011.

HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, [*s.l.*], v. 38, n. 6, p. 1947-1992, 2017.

IDEA INTERNATIONAL. *Political Finance Database*, [*s.d.*]. Disponível em: https://www.idea.int/data-tools/data/political-finance-database. Acesso em: 29 dez. 2023.

ISSACHAROFF, Samuel. On Political Corruption. *Harvard Law Review*, [*s.l.*], v. 124, n. 1, p. 118-142, 2010.

JORDAN, Brian F. Disclosing Bribes in Disguise: Campaign Contributions as Implicit Bribery and Enforcing Violations Impartially. *Journal of Constitutional Law*, [*s.l.*], v. 17, n. 5, p. 1435-1462, 2015.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. *In*: GRECO, Luís *et al*. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

LESSIG, Lawrence. What an Originalist Would Understand "Corruption" to Mean. *California Law Review*, [*s.l.*], v. 102, n. 1, p. 1-24, 2014.

LOWENSTEIN, Daniel Hays. When Is a Campaign Contribution a Bribe? *In*: HEFFERNAN, William C.; KLEINIG, John (eds.). *Private and Public Corruption*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2004. p. 127-172.

LOWENSTEIN, Daniel Hays. On Campaign Finance Reform: The Root of All Evil Is Deeply Rooted. *Hofstra Law Review*, [*s.l.*], v. 18, n. 2, p. 301-367, 1989.

MACHADO, Uirá. Datafolha: economia, democracia e combate à corrupção têm peso grande em decisão de voto. *Folha de S.Paulo*, 8 out. 2022. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/10/datafolha-economia-democracia-e-combate-a-corrupcao-tem-peso-grande-em-decisao-de-voto.shtml. Acesso em: 26 jun. 2024.

PERSILY, Nathaniel; LAMMIE, Kelli. Perceptions of Corruption and Campaign Finance: When Public Opinion Determines Constitutional Law. *University of Pennsylvania Law Review*, [*s.l.*], v. 153, n. 1, p. 119--178, 2004.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n. 5050568-73.2016.4.04.7000/PR, de 24 de novembro de 2021*. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002949663&versao_gproc=3&crc_gproc=1b0f89e6. Acesso em: 29 dez. 2023.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR, 27 de novembro de 2019*. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001507533&versao_gproc=61&crc_gproc=a500dc82. Acesso em: 29 dez. 2023.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n. 5061578-51.2015.4.04.7000/PR, de 30 de maio de 2018*. [2018a]. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9026315. Acesso em: 29 dez. 2023.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, de 24 de janeiro de 2018*. [2018b]. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9224206. Acesso em: 29 dez. 2023.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Processo n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, de 27 de junho de 2017*. [2017a]. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9066196. Acesso em: 29 dez. 2023.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n. 5013405 59.2016.4.04.7000/PR, de 7 de novembro de 2017*. [2017b]. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9202829&termosPesquisados=c2tvcm5pY2tpIA. Acesso em: 29 dez. 2023.

PRADO, Mariana Mota; MACHADO, Marta R. de Assis; BARROS, Matheus de. Uso do direito penal para combater a corrupção: potencial, riscos e limitações da Operação Lava Jato. *Revista Direito GV*, [*s.l.*], v. 17, n. 2, p. 1-61, maio/ago. 2021.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do "mensalão" (AP n 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [*s.l.*], v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./fev. 2014.

ROBERTSON, Christopher *et al*. The Appearance and the Reality of *Quid Pro Quo* Corruption: An Empirical Investigation. *Journal of Legal Analysis*. v. 8, n. 2, p. 375-438, 2016.

ROWBOTTOM, Jacob. Corruption, Transparency, and Reputation: The Role of Publicity in Regulating Political Donations. *The Cambridge Law Journal*, [*s.l.*], v. 75, n. 2, p. 398-425, 2016.

ROWBOTTOM, Jacob. *Democracy Distorted*: Wealth, Influence and Democratic Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. (Law in Context.)

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

TEACHOUT, Zephyr. *Corruption in America*: From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

TEMER é gravado por dono da JBS em conversa sobre Cunha. *Folha de S. Paulo*, 17 maio 2017. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1884926-audio-mostra-temer-dando-aval-a-compra-do-silencio-de-cunha-diz-jornal.shtml. Acesso em: 29 dez. 2023.

TORRES-SPELLISCY, Ciara. Deregulating Corruption. *Harvard Law & Policy Review*, [*s.l.*], v. 13, n. 2, p. 471-505, 2019.

Arthur Guerra Filho

Pesquisador de Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com bolsa de pós-doutorado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). Hauser Global Post-Doctoral Fellow na New York University (NYU). Doutor em Direito pelo King's College London, Reino Unido.

guerrafilho.arthur@gmail.com

V. 20
2024

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 26.02.2023
Aprovado: 28.03.2024

https://doi.org/10.1590/2317-6172202427

Editores responsáveis

Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
DUAS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO *DESK REVIEW*.

Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
DUAS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO A DECISÃO EDITORIAL FINAL.

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil

2 Yale Law School, New Haven, Connecticut, Estados Unidos da América
https://orcid.org/0000-0003-4172-9650

3 Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-0503-2074

A competição política na supervisão judicial do processo democrático: uma análise a partir da decisão do STF na ADI n. 4.650

POLITICAL COMPETITION IN THE JUDICIAL OVERSIGHT OF THE DEMOCRATIC PROCESS: AN ANALYSIS BASED ON THE DECISION OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN ADI NO. 4.650

LA COMPETENCIA POLÍTICA EN LA SUPERVISIÓN JUDICIAL DEL PROCESO DEMOCRÁTICO: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL STF EN LA ADI N. 4.650

Helena Hime Funari[1,2] e *Pedro Marques Neto*[3]

Resumo

Este artigo analisa uma proposta específica de supervisão do processo democrático por cortes constitucionais denominada teoria da competição política. Argumentamos que a teoria oferece *insights* metodológicos que podem orientar as cortes, inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF), na abordagem e resolução de disputas relacionadas à constitucionalidade de regras eleitorais que estruturam o processo democrático. Oferecemos uma releitura da decisão do STF na ADI n. 4.650, sugerindo que uma preocupação estrutural com a preservação da competição política orientou, ainda que de forma nem sempre articulada, as posições das correntes majoritária e minoritária a respeito da constitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas. De acordo com essa releitura, existiriam boas razões para que doações desse tipo não fossem consideradas uma prática anticompetitiva extrema que justifique sua proibição pela via judicial.

Palavras-chave

Processo democrático; supervisão judicial; teoria da competição política; doação empresarial; ADI n. 4.650.

Abstract

This article analyses a specific approach to the judicial oversight of the democratic process by constitutional courts, the Theory of Political Competition. We argue that the theory offers methodological insights that may instruct constitutional courts, including the Brazilian Supreme Court, on how to handle constitutional disputes concerning the validity of electoral rules that structure the democratic process. Based on the theory's proposed approach, we offer a reinterpretation of the Brazilian Supreme Court's decision on the ADI No. 4.650, whereby we emphasize a structural concern with the protection of political competition. We argue that both the majority and the dissenting opinions shared a structural concern with political competition in their assessment of the constitutionality of corporate electoral donations, and that there exist sound reasons for the court not to consider such donations an extreme anticompetitive practice and, thus, unconstitutional.

Keywords

Political process; judicial oversight; theory of political competition; corporate donations; ADI n. 4.650.

Resumen

Este artículo analiza una propuesta específica para la supervisión del proceso democrático por parte de los tribunales constitucionales denominada teoría de la

competencia política. Argumentamos que la teoría ofrece conocimientos metodológicos que pueden orientar a los tribunales, incluido el Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño, sobre cómo abordar y resolver disputas relacionadas con la constitucionalidad de las reglas electorales que estructuran el proceso democrático. Destacamos, sin embargo, limitaciones de la propuesta que recomiendan cautela en su eventual adopción por los tribunales. Así, ofrecemos una relectura de la decisión del STF en la ADI n. 4.650, en la que sugerimos que una preocupación estructural con la preservación de la competencia política guió, aunque a veces de forma poco articulada, las posiciones de las corrientes mayoritarias y minoritarias respecto la constitucionalidad de las donaciones electorales por personas jurídicas. Según esta lectura, existen buenas razones por las que las donaciones de este tipo no deben ser consideradas una práctica anticompetitiva extrema capaz de justificar su prohibición por vía judicial.

Palabras clave
Proceso democrático; supervisión judicial; teoría de la competencia política; donación por persona jurídica; ADI n. 4.650.

Contribuição de autoria

Helena Hime Furari:
Conceptualization; project administration; writing – original draft; writing – review & editing.

Pedro Marques Neto:
Conceptualization; methodology; writing – original draft; writing – review & editing.

• • •

Como citar este artigo
FUNARI, Helena Hime; MARQUES NETO, Pedro. A competição política na supervisão judicial do processo democrático: uma análise a partir da decisão do STF na ADI n. 4.650. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2427, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202427

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

Cortes constitucionais supervisionam com crescente frequência a organização da democracia realizada pelo parlamento por meio de regras e institutos eleitorais. No entanto, ainda há pouco consenso sobre como esses casos devem ser decididos. O dissenso reflete, por um lado, os diversos interesses envolvidos nessas disputas: interesses de grupos políticos e indivíduos beneficiados pelo modelo regulatório vigente contrapõem-se aos de grupos e indivíduos prejudicados por ele. Além disso, alegações de justiça e equidade centradas na proteção de direitos individuais opõem-se a alegações estruturais de legitimidade e eficiência do arranjo questionado. Por outro lado, esse dissenso reflete uma dúvida teórica anterior a respeito da finalidade da própria supervisão judicial do processo democrático. Afinal, por que (como e quando) tribunais deveriam intervir em decisões do parlamento sobre a organização da democracia eleitoral?

Diferentes respostas aparecem na literatura e na jurisprudência. Este artigo analisa uma proposta específica, denominada teoria da competição política (TCP). Essa teoria defende que cortes desempenham um papel relevante na proteção de certas condições que favorecem o desenvolvimento de um ambiente político competitivo. Ao sugerir que tribunais se concentrem em questões estruturais (ou de segunda ordem) relacionadas à competição política, a teoria entra em conflito com abordagens mais tradicionais que recomendam aos tribunais deliberar e decidir sobre questões substanciais (ou de primeira ordem) associadas à justiça e à equidade do modelo regulatório em análise. Argumentamos que a abordagem proposta pela TCP oferece *insights* metodológicos que podem auxiliar cortes constitucionais, incluindo o Supremo Tribunal Federal (STF), a decidir e deliberar sobre disputas constitucionais relacionadas à organização do processo democrático. Ressalvamos, porém, potenciais limitações da TCP que indicam cautela em sua eventual adoção.

1 Uma versão inicial deste artigo foi discutida em um encontro do Núcleo de Justiça e Constituição (NJC) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) e do grupo de pesquisa Constituição, Política & Instituições (CoPI) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Os autores agradecem a Dimitri Dimoulis e Nikolay Henrique Bispo, bem como a Virgílio Afonso da Silva, Marcos Paulo Veríssimo e Conrado Hübner Mendes, pela oportunidade de debater suas ideias com os pesquisadores que compõem o NJC e o CoPI. Agradecem também aos pesquisadores presentes nos encontros pelos comentários a versões iniciais deste texto, bem como aos pareceristas da *Revista Direito GV* pelos comentários, que ajudaram a amadurecer o argumento aqui desenvolvido. Por fim, agradecem à Fundação Getulio Vargas (FGV) pela bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa concedida à Helena Hime Funari e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) pela bolsa concedida a Pedro Marques Neto (Processo n. 2020/14365-4).

Para desenvolver nosso argumento, analisamos mais detalhadamente na seção 2 a versão da TCP inaugurada por Samuel Issacharoff e Richard Pildes.[2] Na seção 3, confrontamos a versão original da teoria com algumas objeções levantadas por seus críticos, especialmente por Richard Hasen, um dos principais interlocutores e opositores da TCP. Essa análise permite-nos identificar algumas das principais contribuições e limitações analíticas da abordagem proposta pela TCP no que diz respeito à supervisão judicial de regras eleitorais que estruturam o processo democrático.[3]

De modo mais específico, a perspectiva aqui proposta busca realçar a dimensão estrutural do direito ao voto e das liberdades políticas, enfatizando a importância da competição política como valor estrutural. Na seção 4, oferecemos uma releitura da decisão do STF na ADI n. 4.650 a partir do paradigma analítico da TCP. Como a regulação do financiamento eleitoral tende a colocar em disputa de forma bastante complexa e intensa diferentes interesses constitucionais (como liberdade de expressão, igualdade de condições, integridade da representação política e competição eleitoral), a análise da ADI n. 4.650 possibilita-nos testar se e como o raciocínio jurídico-constitucional empregado pelo STF no julgamento poderia ter se beneficiado das contribuições oferecidas pela TCP, apontando algumas insuficiências teóricas no raciocínio da corte. Trata-se, portanto, de uma análise argumentativa do julgado a partir da lente teórica da TCP.[4]

1. Financiamento de campanha eleitoral e competição política no STF

No julgamento da ADI n. 4.650, o STF declarou a inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas. Diversos tipos de argumento pautaram os votos que integraram as correntes majoritária e minoritária, mas uma preocupação com a higidez da competição política esteve presente em ambos os lados. Para a corrente majoritária, doações eleitorais por pessoas jurídicas desequilibram a competição política em favor de grupos e candidatos com acesso privilegiado a esses recursos; para a corrente minoritária, essa forma de financiamento pode equilibrar a competição em favor de candidatos e partidos não incumbentes, com menor capital político.

2 Essa abordagem está sintetizada no artigo de Issacharoff e Pildes (1998) e foi desenvolvida em outras obras dos mesmos autores, individuais ou coletivas, mencionadas adiante.

3 Diante do escopo deste artigo, a análise da literatura e dos problemas aqui oferecida não pode ser exaustiva. Uma análise mais detalhada dessas questões, contudo, foi oferecida por Marques Neto (2023, p. 96-112).

4 Nesse sentido, o artigo analisa a decisão a partir da perspectiva interna do Direito – o ponto de vista de quem pretende agir e decidir com base em regras e razões jurídicas e constitucionais –, e não da perspectiva externa – de quem, por exemplo, busca explicar a decisão tomada pelo STF por meio de variáveis institucionais, sociais ou de outra natureza.

A corrente majoritária alega que doações empresariais comprometem a competição política ao aumentar desigualmente o poder de investimento eleitoral de candidatos e partidos com maior acesso a esses recursos.[5] Isso eleva as chances de sucesso eleitoral de candidatos e partidos ligados a grupos com maior poder de investimento, enquanto diminui as chances de sucesso de candidatos e partidos com menor poder de investimento. O trecho do voto do ministro relator, Luiz Fux, exemplifica como essa preocupação com a competição política orientou a posição da corrente majoritária:

> […] A rigor, essa elevação dos custos possui uma justificativa pragmática, mas dolorosamente verdadeira: **os candidatos que despendam maiores recursos em suas campanhas possuem maiores chances de êxito nas eleições**.
> Este cenário se agrava quando se constata que **as pessoas jurídicas, nomeadamente as empresas privadas, são as principais doadoras para candidatos e partidos políticos**.
> […]
> Mais: se considerarmos que existe uma correlação de quase 100% (cem por cento) entre a quantidade de dinheiro despendida na campanha eleitoral e os votos amealhados pelos candidatos, como restou demonstrado pelo professor e cientista político Geraldo Tadeu, na Audiência Pública, conclui-se que há irrefragável dependência de partidos políticos e candidatos com relação ao capital dessas empresas (Brasil, 2015, p. 49-50, grifo nosso).

A corrente minoritária segue uma linha distinta.[6] Ela reconhece que o financiamento empresarial pode desequilibrar a competição eleitoral em favor de candidatos e partidos com maior poder de investimento. Porém, também reconhece a relevância de outros fatores nas chances de sucesso eleitoral, principalmente aqueles relacionados ao capital político e à exposição pública do candidato. Sob essa ótica, as doações eleitorais por empresas podem contribuir para equilibrar a disputa eleitoral em favor de novos atores políticos ou desafiantes, contrabalanceando o peso do acesso à máquina pública na determinação das chances de sucesso eleitoral de candidatos e partidos. Assim, se regulado e fiscalizado adequadamente, o financiamento empresarial poderia promover a igualdade de condições no processo eleitoral em vez de a prejudicar. O trecho do voto do ministro Teori Zavascki transcrito a

5 A corrente majoritária foi composta dos ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Rosa Weber e Marco Aurélio.

6 A corrente minoritária foi composta dos ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

seguir exemplifica como essa preocupação com a competição política orientou a posição da corrente minoritária:

> Aliás, relativamente ao princípio da isonomia no âmbito de competições eleitorais, **muito mais importante que o estabelecimento de critérios de igualação entre os doadores deve ser a preocupação de preservar a igualdade de armas entre os principais atores da disputa, que são os candidatos e os partidos políticos**.
> […] Olhada a questão por esse prisma, seria ingênuo supor que as interferências desequilibradoras entre candidatos e partidos competidores se reduzam apenas às doações financeiras angariadas em época de disputa eleitoral. **É preciso considerar, por exemplo, o altíssimo cacife político ostentado pelos partidos ocupantes dos postos de governo,** nas diferentes instâncias federativas, especialmente quando candidatos a reeleições […] (Brasil, 2015, p. 154-155, grifo nosso).

Os argumentos das correntes majoritária e minoritária demonstram uma preocupação estrutural comum com a competição política. Eles revelam, entretanto, duas dificuldades que os tribunais podem encontrar ao considerar os danos constitucionais associados a essa questão. Primeiro, há uma divergência entre as correntes sobre quais atores políticos devem ser observados na análise dos impactos de determinado modelo regulatório acerca da competição política. A corrente majoritária dispersou sua análise entre diversos atores, raciocinando tanto em termos de candidatos e partidos políticos com maior poder de investimento em comparação àqueles com menor poder, quanto em termos da influência política exercida por doadores pessoas jurídicas em contraste com doadores pessoas físicas. Já a corrente minoritária focou em grupos políticos opositores, examinando a competição entre grupos incumbentes e desafiantes. Para a corrente minoritária, as chances de sucesso eleitoral não são indistintamente relevantes, mas importam especialmente na medida em que refletem a capacidade de grupos políticos concorrentes disputarem efetivamente o poder entre si.

Segundo, o contraste aponta uma dificuldade comum às duas correntes em empregar critérios objetivos que permitam mensurar o impacto de determinado modelo regulatório na competição política, bem como distinguir entre impactos constitucionalmente legítimos e ilegítimos. Essa dificuldade pode ser resumida na seguinte pergunta: quando a diminuição da competição política representa um dano constitucional intolerável que justifica a intervenção do STF? Nenhuma das correntes oferece um parâmetro preciso e judicialmente administrável para essa análise. A análise da TCP nas seções seguintes busca demonstrar que essas dificuldades não são exclusivas do STF, mas intrínsecas ao raciocínio sobre danos constitucionais referentes à competição política. A TCP, no entanto, fornece alguns critérios capazes de orientar a eventual atuação dos tribunais nessa área, podendo ajudar a mitigar possíveis consequências negativas da supervisão inconsciente da democracia pelo Poder Judiciário.

2. Teoria da competição política: exposição

Ao supervisionarem o processo democrático, cortes e juízes normalmente recorrem ao discurso de proteção de direitos individuais (Pildes, 1999, p. 1606; Hasen, 2003; Guy-Uriel, 2005; Dawood, 2012). Os direitos do indivíduo ao voto ou à igualdade política tendem a determinar a legitimidade da intervenção judicial. O predomínio dessa justificativa pode ser compreendido com facilidade, já que ela se alinha à teoria contramajoritária que tradicionalmente explica a atuação de tribunais constitucionais. A TCP, contudo, oferece uma justificativa distinta para a existência e a atuação das cortes na supervisão do processo democrático, que busca afastar o foco da análise constitucional da proteção de direitos individuais e aproximá-lo de uma preocupação estrutural associada à garantia de um ambiente político razoavelmente competitivo (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 648; Pildes, 2004b, p. 690). A tentativa de inverter o foco da análise constitucional decorre da ênfase conferida pela TCP aos aspectos estruturais que viabilizam o funcionamento da democracia e definem, por consequência, a natureza dos próprios direitos democráticos, incluindo os direitos ao voto e à igualdade política.

Para a TCP, as justificativas para a supervisão do processo democrático pelo Judiciário, centradas na proteção de direitos individuais, residem em um equívoco quanto ao funcionamento do processo eleitoral e, por consequência, à natureza dos diversos direitos em disputa, denominado "mito do individualismo romântico" (Pildes, 1999, p. 1607-1608). Esse mito adota uma concepção atomizada da participação política e do jogo democrático, na qual os indivíduos, principais agentes do processo democrático, atuam na esfera pública sem a intermediação de instituições ou grupos de interesses. De acordo com essa visão, são os indivíduos que votam, tomam decisões, controlam a atuação dos agentes públicos, expressam opiniões, entre outras ações. O processo democrático resulta dessa interação direta entre os indivíduos, e os direitos democráticos visam proteger o interesse de cada cidadão à participação igualitária nesse processo.

A TCP, em contraposição ao individualismo romântico, enfatiza os aspectos estruturais da participação do indivíduo na esfera pública. Práticas políticas tradicionais, como o voto ou a aprovação de uma lei, só são possíveis porque a participação dos indivíduos nessas esferas é fortemente intermediada por organizações que agregam preferências pessoais e transformam-nas em decisões coletivas (Pildes, 1999, p. 1609-1610). Isso significa que, na prática democrática, indivíduos não votam, deliberam ou expressam opiniões de forma isolada. Eles atuam conforme as regras que estruturam os comportamentos individuais: o cidadão A vota no candidato B, que é membro do partido C e disputa uma vaga na assembleia legislativa D segundo as regras do sistema eleitoral E. Ou seja, a participação de um cidadão poderá assumir formas distintas, dependendo de como as organizações e instituições que estruturam essa prática são desenhadas.

Ao destacar a dimensão estrutural dos direitos democráticos, a TCP altera o modo como certos danos ao processo democrático são compreendidos. Como o direito ao voto e à

participação política igualitária está intrinsecamente associado às organizações, às instituições e aos procedimentos pelos quais se manifesta, as violações a esse direito estão diretamente relacionadas aos danos causados às estruturas que conformam sua efetivação, e não necessariamente a uma conduta ou a um interesse específico de um indivíduo. A linguagem da proteção de direitos individuais, no entanto, tende a ignorar essa dimensão. Sob o manto do individualismo romântico, danos que seriam mais bem concebidos ou mesmo só seriam percebidos em termos estruturais precisam ser individualizáveis.

Para a TCP, a dimensão estrutural do processo democrático é análoga à do mercado econômico. O bom funcionamento de ambos depende não só de regras claras e instituições confiáveis, mas também de ambientes competitivos. Do mesmo modo que a competição econômica promove a eficiência dos mercados, a competição política aumentaria a representatividade do processo democrático. A existência de partidos concorrentes viáveis eleitoralmente ampliaria o leque de escolhas disponíveis aos cidadãos e, consequentemente, os riscos de um partido perder eleitores (e as eleições) para seu rival, incentivando os atores políticos a se tornarem mais sensíveis e responsivos às demandas do eleitorado (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 646).

No mercado político, assim como no econômico, agentes dominantes têm incentivos para adotar práticas que consolidem suas posições de poder, frequentemente abusivas. A redução artificial da competição é uma forma comum pela qual esses agentes abusam de seu poder nesses mercados, prejudicando os interesses dos eleitores que os elegeram e cujos interesses deveriam ser representados. O mercado político, porém, tem uma peculiaridade: ao contrário dos atores econômicos, os atores políticos são simultaneamente os criadores das regras do jogo e seus principais beneficiários. Assim, a proposta da TCP destaca duas formas de restrição da concorrência no processo eleitoral (*political lockups*): (i) "compromisso prévio entre as elites existentes para frustrar a fácil penetração de intrusos e desconhecidos na vida político-partidária"; e (ii) "uso pelos partidos da situação da autoridade estatal de modo a elevar as barreiras de entrada em desfavor de potenciais adversários" (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 651). Em ambos os casos, a diminuição da competitividade fortalece o entrincheiramento dos atores dominantes no poder em prejuízo da responsividade eleitoral.[7]

Diante da estreita relação entre participação política individual e ambientes políticos competitivos, a TCP recomenda que as cortes direcionem seus esforços para proteger as condições que promovem a competição eleitoral. O enfoque na dimensão estrutural da vida

7 O problema principal-agente é central nas discussões sobre representação política e, portanto, no desenho de instituições eleitorais. Nesse sentido, destacam-se o estudo clássico de Hanna Pitkin (1967) e as contribuições de Rave (2013) e Gerken e Kang (2013).

política retiraria dos tribunais a necessidade de intervir em questões regulatórias de primeira ordem relativas à justiça e equidade das regras eleitorais, frequentemente sujeitas a um elevado grau de desacordo e à complexidade moral. Ambientes político-partidários competitivos, assim, serviriam como um controle indireto sobre a razoabilidade substantiva dos modelos regulatórios adotados, reduzindo a dependência de intervenções judiciais nesse sentido (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 658).

3. Competição política e abordagem estrutural: objeções

Existem pelo menos três objeções à abordagem proposta pela TCP: (i) a falta de critérios objetivos para identificar com precisão mercados políticos suficientemente competitivos; (ii) a dubiedade quanto ao significado de competição política; e (iii) o potencial estímulo ao ativismo judicial. A análise dessas objeções contribuirá para um entendimento mais profundo dos propósitos, dos benefícios potenciais e das possíveis limitações da teoria.[8]

3.1. O que é um mercado político suficientemente competitivo?

A virada estrutural na supervisão do processo democrático proposta pela TCP inspirou-se em uma virada semelhante no direito comercial. No âmbito do direito comercial, a regulação migrou de um foco centrado na definição dos deveres dos administradores das empresas (*first-order focus)* para um enfoque na promoção da competitividade na disputa pelo controle da empresa (*second-order focus)*. Analogamente, no contexto dos direitos democráticos, a TCP sugere que, em vez de supervisionar diretamente a justiça das regras eleitorais aprovadas pelos outros poderes, as cortes devem proteger as estruturas competitivas essenciais em que as decisões políticas são tomadas (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 647). Nessa analogia, parlamentares e partidos políticos comparam-se aos administradores de uma empresa, enquanto os eleitores são como os acionistas. Em ambos os casos, a vitalidade dos respectivos mercados depende "de regras claras de engajamento e da purificação nascida da competição" (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 646).

Richard Hasen, no entanto, nota uma limitação importante na analogia entre os mercados político e econômico. Em relação ao mercado econômico, há um consenso relativamente bem estabelecido sobre a sua finalidade (maximização da riqueza), o que permite estabelecer critérios e criar métricas para definir com maior precisão quando as práticas anticompetitivas dos administradores se tornam disfuncionais a ponto de serem combatidas. Esses parâmetros, apesar de não eliminarem as dificuldades e os desacordos na sua aplicação, proporcionam uma

8 Para outras objeções à TCP e possíveis respostas a essas objeções, conferir Su (2011) e McLoughlin (2009).

avaliação mais precisa da eficácia de certas práticas e suas respectivas regulamentações econômicas. No entanto, quanto à finalidade do mercado político, não há um consenso semelhante (Hasen, 1998, p. 722; Persily, 2006, 2002). Para exemplificar esse ponto, Hasen confronta as análises de Issacharoff e Pildes (1998) sobre dois casos diferentes julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) em matéria de direitos democráticos.

No caso *Timmons v. Twin Cities Area New Party,* a Suprema Corte dos EUA declarou constitucional a lei do estado de Minnesota que proibia a coligação de partidos na disputa eleitoral. Esse mecanismo aumentava as chances de sucesso eleitoral de candidatos de partidos menores, que, ao se associarem a partidos maiores, atraíam a atenção e o voto de uma parte maior do eleitorado. Além disso, permitia que os partidos menores aumentassem seu poder de influência política independentemente da eleição de seus próprios candidatos, ao lhes conferir a capacidade de barganhar com os partidos maiores em troca de apoio eleitoral, medidas legislativas e ações políticas concretas. Os defensores das coligações, ao levar o caso à Suprema Corte, argumentaram que a proibição do estado de Minnesota violava o direito individual à livre associação, garantido pela Primeira Emenda à Constituição americana.

De acordo com Issacharoff e Pildes (1998), a proibição das coligações pelo estado de Minnesota é condenável por prejudicar a competição política. No modelo eleitoral americano, que incentiva o bipartidarismo, as coligações beneficiam os partidos menores ao lhes conferir uma chance de influenciar a disputa eleitoral, mesmo que não necessariamente lhes garantam vitórias eleitorais. Ao proibir as coligações, Minnesota não apenas reduz a já baixa probabilidade de sucesso eleitoral dos partidos políticos menores, mas também elimina sua forma mais eficaz de participação eleitoral. Na prática, essa restrição funciona como uma barreira significativa à entrada de novos concorrentes na disputa eleitoral. Sem uma perspectiva realista de vitória ou de influência política, esses partidos retiram-se da disputa. Do ponto de vista da TCP, a proibição das coligações é condenável não por violar as liberdades individuais de livre associação protegidas pela Primeira Emenda, mas por reforçar o bipartidarismo vigente no país, em um movimento que pode ser interpretado como um pacto estratégico entre os partidos incumbentes (Republicano e Democrata) contra potenciais novos desafiantes.

O segundo caso analisado por Issacharoff e Pildes (1998) diz respeito ao *gerrymandering* racial. Nesses casos, a Suprema Corte analisa a constitucionalidade dos processos de redesenho de distritos eleitorais, nos quais grupos majoritários aproveitam sua posição dominante para diminuir o peso relativo do voto de grupos minoritários hostis aos seus interesses. O grupo majoritário redesenha as fronteiras dos distritos de modo que os membros do grupo minoritário fiquem dispersos por vários distritos, ou concentrados em um único distrito, reduzindo sua capacidade de agir de forma coordenada para fins eleitorais. Por meio da diluição do peso relativo dos votos, o grupo majoritário reduz a influência política dos concorrentes minoritários. Embora exista um consenso relativo na jurisprudência da Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade de práticas discriminatórias que buscam diluir os

votos de grupos minoritários, há pouco consenso sobre quando uma prática configura diluição inconstitucional de votos.

Issacharoff e Pildes (1998) entendem que a abordagem proposta pela TCP permite reorientar o modo como a (in)constitucionalidade do *gerrymandering* racial é avaliada. Críticos da prática tendem a defender uma de duas análises: uma análise caso a caso das chances de sucesso eleitoral dos membros dos grupos diluídos (i.e., uma análise orientada pelo resultado, que avalia se o número de representantes eleitos pertencentes à minoria racial afetada é proporcional ao número de eleitores dessa minoria) ou uma análise caso a caso das motivações que nortearam o processo de redesenho dos distritos (i.e., uma análise orientada pelo processo, que busca identificar motivos discriminatórios na atuação do grupo majoritário). Essas abordagens acabam excluindo a raça como um fator legitimamente considerado no redesenho de distritos, impondo um dever de neutralidade, seja nas motivações, seja nos resultados, aos responsáveis pelo redesenho. Nesse sentido, elas refletem uma preocupação de primeira ordem com a justiça e a equidade das regras eleitorais, semelhante ao individualismo romântico.

Para a TCP, porém, essas abordagens tradicionais deveriam ser substituídas por uma nova abordagem focada no nível de competitividade partidária do mercado político em que a suposta prática de diluição de votos ocorreu. Ambientes partidários competitivos reduziriam a necessidade de intervenção judicial, visto que, nesses contextos, os interesses de grupos minoritários estariam menos sujeitos ao arbítrio de grupos majoritários que tenham capturado as instituições para benefício próprio. Ambientes competitivos forçam os partidos políticos a buscar votos de diversos eleitorados, aumentando os incentivos para que os interesses de grupos minoritários sejam tratados da mesma maneira que os demais interesses em disputa (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 703).

Ambientes pouco competitivos, por sua vez, aumentariam a necessidade de intervenção judicial, pois as instituições políticas nesses contextos estão mais propensas à captura e ao abuso por parte dos grupos dominantes. Para Issacharoff e Pildes (1998), a diluição de votos de negros praticada nos estados do Sul durante a década 1970, quando estavam sob o domínio de um único partido (Partido Democrata), justificaria a intervenção do Judiciário. Contudo, essa supervisão seria menos justificada atualmente, diante do "robusto mercado político que emergiu no Sul moderno" (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 706), em que os partidos Democrata e Republicano competem de forma acirrada pelo poder.

O confronto desses casos elucida a objeção de Hasen. Um ambiente bipartidário foi considerado não suficientemente competitivo na análise de *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, mas robustamente competitivo na análise dos casos de diluição de votos de grupos minoritários, apesar de não haver uma justificativa clara para a diferença de tratamento. Para Hasen, essa incongruência na análise de Pildes e Issacharoff demonstra que a abordagem proposta pela TCP funciona bem em casos em que a disputa eleitoral é dominada por um único partido político, devido à natureza extrema e consensual de um mercado político disfuncional. No

entanto, ela não é tão eficaz em ambientes menos extremos e consensuais, em que ao menos dois partidos políticos disputam a preferência do eleitorado. Nesses casos, falta um critério que permita aferir com precisão a eficiência de mercados políticos. Afinal, um sistema bipartidário deve ser considerado suficientemente competitivo?

A objeção de Hasen permite alguns esclarecimentos. Primeiro, em nenhum dos casos estava em análise a constitucionalidade do sistema bipartidário ou seu *status* como mercado suficientemente competitivo. O bipartidarismo vigente nos EUA não decorre de regra jurídica, mas dos incentivos gerados pela arquitetura institucional adotada no país, em que cada distrito eleitoral elege um representante por meio de eleições majoritárias (sistema *winner-takes-all*). Nada disso impede, porém, que sistemas bipartidários sejam mais ou menos competitivos, mais ou menos receptivos às demandas e à influência de novos desafiantes e vozes dissidentes. Mesmo em sistemas bipartidários, as duas formas características de restrição da concorrência política (*political lockups*) identificadas pela TCP podem se manifestar. As elites existentes podem formar compromissos prévios para frustrar a fácil penetração de intrusos e desconhecidos, e partidos incumbentes podem usar a autoridade estatal para elevar as barreiras de entrada contra potenciais adversários. Esses danos democráticos são muitas vezes mais bem compreendidos a partir de uma perspectiva dinâmica, e não estática.

No caso de *Timmons*, isso significa que o ponto a ser salientado pela perspectiva proposta pela TCP é o movimento realizado pelos partidos dominantes, e não o *status* do bipartidarismo em si. Pildes (2004a, p. 118) sustenta que foi "precisamente porque a coligação pressiona os dois principais partidos que a maioria das legislaturas estaduais passou a banir a prática por volta da virada do século vinte". Em um sistema em que as instituições já produzem incentivos naturais ao bipartidarismo, a restrição artificial da concorrência promovida pelos dois partidos dominantes contra a influência exercida pelos partidos menores (*third parties*), sem a promoção de um interesse governamental contraposto legítimo e relevante, mostra-se injustificada – uma forma de os dois partidos incumbentes elevarem as barreiras de entrada em desfavor de novos adversários.[9]

Segundo, apesar de reconhecer que sua proposta não apresenta condições necessárias e suficientes para a existência de um mercado político competitivo, Pildes (1999, p. 1611-1612) ressalta a ambição negativa da teoria: eliminar práticas anticompetitivas que entrincheiram grupos políticos no poder. Enquanto a ambição positiva (alcançar um nível ideal de competição política) estaria mais sujeita a desacordos, a ambição negativa permitiria, com maior facilidade, que as instituições forjassem consensos (*forge shared agreements*) para identificar e combater práticas anticompetitivas abusivas. As dificuldades técnicas e os desacordos

9 Para uma análise mais detalhada do argumento, ver Pildes (2004a, p. 117-130).

morais inerentes ao desenho de instituições políticas legítimas e eficientes recomendam que as cortes se concentrem na ambição negativa da teoria (Pildes, 1999, p. 1616). Como proposta de supervisão judicial da democracia, assim, a TCP "não seria um convite expansionista a uma ação judicial mais agressiva", mas "um esforço de tornar o alvo dessa ação mais focado e mais bem justificado" (Pildes, 1999, 1619). Exigir uma teoria perfeitamente desenvolvida do que constitui um mercado político competitivo para que a proposta pudesse ser aplicada seria "exigir uma definição do certo antes de se identificar o errado", um "convite à paralisação" (Pildes, 1999, 1615).

Decisões equivocadas e consensos malformados continuariam a existir, mas a abordagem proposta pela TCP poderia permitir avanços jurisprudenciais e dogmáticos mesmo sem apresentar uma lista de critérios que identifiquem mercados políticos suficientemente competitivos (McLoughlin, 2009, p. 117).

3.2. Competição política é competição partidária?

Hasen (1998, p. 729) observa que competição política e competição partidária não são fenômenos correspondentes; agentes políticos não afiliados a partidos também competem no processo democrático. "Esse fato da vida política levanta duas preocupações relacionadas à regulação da competição política pelos tribunais", segundo Hasen: (i) a ausência de um parâmetro para avaliar a distribuição de poder entre agentes partidários e não partidários; e (ii) a falta de um parâmetro para avaliar a distribuição de poder entre diferentes agentes não partidários. Em nenhum dos casos, porém, a TCP ofereceu um parâmetro definido para avaliar o nível de distribuição de poder político e de competitividade eleitoral entre os diferentes grupos envolvidos.

Um sistema político multipartidário em que todas as elites pertençam à mesma classe social, Hasen argumenta (1998, p. 729), pode ser considerado adequadamente competitivo da perspectiva partidária, mas não adequadamente competitivo da perspectiva não partidária. De modo semelhante, um sistema de financiamento da política que privilegie excessivamente os mais ricos pode ser visto como não suficientemente competitivo da perspectiva não partidária e suficientemente competitivo da perspectiva partidária. Em ambos os casos, a resolução dessas questões depende de parâmetros inexistentes até o momento, indicando que "muito [ainda] precisa ser especificado sobre essas questões antes de pedirmos para os tribunais entrarem na briga" (Hasen, 1998, p. 730).

A objeção de Hasen ajuda a compreender um dos desafios que cortes podem encontrar ao considerarem danos constitucionais associados à competição política. Na seção 2, discutimos a disparidade entre as correntes majoritária e minoritária em relação aos atores políticos que devem ser considerados na análise dos impactos das doações empresariais sobre a competição política. Enquanto a corrente majoritária destacou os efeitos desses modelos sobre eleitores e candidatos individualmente, a corrente minoritária priorizou a distinção analítica entre incumbentes e desafiantes. Essa divergência agora pode ser reinterpretada como um embate entre diferentes concepções da relação entre igualdade e competição política.

Em termos ideais, a abordagem da corrente majoritária pode ser classificada como *perfeitamente não partidária*: os danos à competição política são avaliados com base na distinção entre grupos e agentes políticos com maior e menor poder econômico. Já a perspectiva da corrente minoritária pode ser categorizada como *imperfeitamente partidária*: os danos à competição eleitoral são avaliados em termos análogos aos partidários, com foco nos grupos que exercem poder e nos que desafiam esses que detêm o poder.

No entanto, simplesmente desequilibrar a disputa eleitoral em favor de atores com maior poder econômico, embora relevante, não constitui um dano sério à competição eleitoral. Para que isso ocorra, é necessário um elemento adicional: considerar os efeitos desses modelos sobre a competição entre grupos políticos que disputam efetivamente o poder entre si, desafiando-se de forma mútua e institucionalizada e tornando a alternância de poder uma possibilidade real. Esse papel é normalmente desempenhado pelos partidos políticos nas democracias atuais.

A resposta da TCP a essa objeção parece indicar que o tipo de competição mais relevante para os tribunais é, de fato, a competição partidária, ainda que imperfeita. Conforme visto na exposição da teoria, sua premissa é que a participação política dos cidadãos e o *accountability* esperado da prática democrática são atualmente garantidos pela ação de organizações intermediárias que agregam e mobilizam interesses individuais. Na medida em que os partidos políticos são o principal veículo pelo qual os diferentes interesses em disputa são mobilizados e agregados nas democracias atuais, e as eleições são o meio institucional pelo qual a disputa entre esses grupos se realiza, eles ganham centralidade tanto teórica quanto prática na garantia do *accountability* eleitoral.

Não é por acaso que uma das principais disfunções no processo democrático identificadas pela teoria é a tendência de os grupos dominantes, como os partidos políticos e seus membros incumbentes, legislarem em causa própria para se entrincheirarem no poder. Do ponto de vista da TCP, portanto, o nível de competição eleitoral entre os partidos políticos, especialmente entre aqueles que detêm o poder e aqueles que os desafiam (incumbentes-desafiantes), tem prioridade sobre outras formas de competição.

Nada disso sugere a irrelevância de outras formas de competição política. Contudo, parte dessa relevância deve ser reinterpretada à luz de como as desvantagens competitivas analisadas afetam a disputa entre partidos e coalizões pelo poder. Afinal, a principal intuição da abordagem estrutural proposta pela TCP é que doutrinas baseadas no mito do individualismo romântico "focam com demasiada facilidade em indivíduos atomizados e grupos desagregados, sem considerar a matriz organizacional e de coalizão geral que determina o poder político real" (Pildes, 2004a, p. 54). Se a abordagem da teoria estiver correta, os tribunais podem beneficiar esses grupos na esfera política de forma indireta, isto é, por meio de decisões que protejam o processo político do entrincheiramento das elites no poder, visto tanto da perspectiva partidária quanto da perspectiva *imperfeitamente partidária* mencionada anteriormente, mais do que diretamente, por meio de decisões de primeira ordem que buscam promover a competição entre indivíduos isoladamente considerados.

De todo modo, as objeções de Hasen destacam a necessidade contínua de teoria e jurisprudência buscarem constantemente concepções mais bem elaboradas e critérios mais precisos de competição política – uma necessidade reconhecida pelos próprios defensores da teoria (Pildes, 2004b, p. 694-695).[10]

3.3. A teoria da competição política defende ou conduz ao ativismo judicial?

Uma terceira objeção à TCP sustenta que sua abordagem estrutural concede poderes excessivos às cortes, autorizando intervenções na regulação do processo democrático sempre que os juízes identificarem falhas no funcionamento das instituições. Esse risco seria ainda mais danoso pelo fato de os tribunais não possuírem capacidade e legitimidade institucional para regular o processo democrático. Segundo essa objeção, a regulação do processo político-eleitoral envolve *trade-offs* que requerem escolhas valorativas e empíricas significativas por parte do regulador. Diferentes arranjos institucionais privilegiam de maneiras distintas certos valores em detrimento de outros. Críticos da teoria argumentam que ela poderia permitir que juízes aproveitassem a análise estrutural proposta para reconfigurar os compromissos políticos previamente firmados pelo legislador, substituindo a vontade do parlamento democraticamente eleito pela vontade não eleita dos tribunais, sob o pretexto de zelar pela competividade do sistema.[11]

Em resposta, Pildes argumenta que a expansão do papel dos tribunais na regulação do processo democrático não é uma consequência desejada ou esperada da adoção da TCP. Na verdade, para ele, tribunais que não adotam a teoria já supervisionam o processo democrático de modo bastante expansivo, muitas vezes sob o pretexto de proteção de direitos individuais. Pildes sustenta, então, que o verdadeiro objetivo da teoria não é incentivar uma "atuação mais agressiva", mas sim promover uma atuação "mais focada e bem fundamentada" dos tribunais. Para ele, não somente a teoria busca isso, como a sua aplicação em muitos casos sugere uma retração, e não uma expansão, do papel das cortes – como nos casos de diluição de votos de grupos minoritários pelo redesenho dos distritos eleitorais mencionados (Pildes, 1999, p. 1621).

O contraponto de Pildes (1999), no entanto, tem uma dimensão contextual. Ele refuta a ideia de que a teoria visa expandir o papel das cortes na supervisão do processo democrático ou que essa seja uma tendência exclusiva da teoria em relação às abordagens alternativas. Na

10 Conferir, por exemplo, Persily (2006, p. 172-173), um crítico da TCP, e Su (2011, p. 41-46), um simpatizante.

11 Hasen (2003, p. 139), por exemplo, afirma que abordagens estruturais são "equivocadas e perigosas", visto que "requerem uma maior intervenção pelo Judiciário no processo político". Persily (2002) contrapõe-se a Issacharoff (2002) no que diz respeito a uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário em causas envolvendo *gerrymandering*, defendendo que as "raposas" (processo político) fiquem encarregadas de proteger o "galinheiro" nessas disputas, em vez das cortes.

prática, a expansão ou a retração da atuação de determinado tribunal dependem de como esse tribunal historicamente tem interpretado e aplicado o direito em casos anteriores. Do ponto de vista teórico, Pildes (1999, p. 1616) reconhece que a contenção da atuação judicial é mais provável, considerando que a atuação judicial está inevitavelmente limitada "por outros valores ou princípios que o Direito e a cultura política tornam relevantes". Um desses valores é o reconhecimento de que, em sociedades pluralistas com divergências morais, o parlamento tende a ser o fórum democrático por excelência para deliberar e decidir sobre arranjos institucionais complexos e controversos, ainda que suas decisões possam resultar em um processo democrático imperfeito sob certas perspectivas morais (Waldron, 2006).

Nessa perspectiva, a abordagem proposta pela TCP pode ser interpretada não apenas como um incentivo para que as cortes intervenham de forma agressiva no processo democrático, mas também como um convite para que elas atuem com deferência às decisões políticas, buscando mitigar os danos democráticos decorrentes de casos evidentes de abuso de poder pela elite política. Isso ocorre quando essa elite, distorcendo as regras eleitorais, legisla em benefício próprio para se perpetuar no poder.

Como discutido até aqui, a TCP nem sempre oferece respostas precisas (ou, para alguns, convincentes) às objeções formuladas pelos críticos de sua proposta de supervisão judicial da democracia. As dificuldades em definir claramente o conceito de competição política e em mensurar com precisão o nível de competitividade de um ambiente político específico são reais e indicam a necessidade de cautela ao considerar a adoção judicial da abordagem proposta por essa teoria. No entanto, a teoria traz *insights* interessantes ao realçar a dimensão estrutural subjacente a muitas disputas envolvendo direitos democráticos e a relevância constitucional dos danos relativos a práticas eleitorais de entrincheiramento das elites políticas no poder (*political lockups*).

4. ADI n. 4.650: UMA RELEITURA

Tendo em vista que a preocupação com a vitalidade da competição política esteve presente nos votos que compuseram as correntes majoritária e minoritária no julgamento da ADI n. 4.650, esta seção indaga se os *insights* propostos pela TCP possuem elementos que permitam fazer uma releitura da decisão proferida pelo STF, especificamente no que diz respeito a se as doações empresariais configurariam prática anticompetitiva extrema a justificar a intervenção feita pela Corte.

4.1. Financiamento empresarial de campanha eleitoral e competição política

Parte das críticas ao financiamento empresarial fundamenta-se na constatação de que a chance de sucesso eleitoral de candidatos e partidos está diretamente ligada ao aumento do acesso a recursos econômicos. A correlação entre dinheiro e êxito eleitoral revela as vantagens competitivas de partidos e candidatos associados a grandes doadores, especialmente grandes empresas. Para essa parcela, as doações de pessoas jurídicas não apenas facilitam a influência

desproporcional do dinheiro na política, mas também desequilibram a disputa eleitoral em favor da parte mais abastada ("dinheiro compra votos"). Portanto, quanto menor a presença dessa modalidade de doações, mais equânime a disputa eleitoral.[12]

Embora seja válido afirmar que o desempenho eleitoral de partidos e candidatos está relacionado ao nível de investimento que recebem, essa observação apenas parte do pressuposto inicial. Em primeiro lugar, ela não estabelece uma relação de causa e efeito entre investimento e sucesso eleitoral. A correlação positiva entre essas variáveis pode indicar tanto que (i) o investimento causa o aumento no desempenho eleitoral quanto que (ii) maiores chances de sucesso eleitoral atraem mais investimento.[13] Embora ambas as hipóteses possam ser plausíveis, a literatura ainda não chegou a uma conclusão a esse respeito (Speck; Olabe, 2013, p. 16).

Em segundo lugar, a intensidade da correlação entre dinheiro e sucesso eleitoral oscila de acordo com as características do candidato (Speck; Mancuso, 2014). Essa relação tende a ser mais forte para candidatos com menor capital político (e.g., desafiantes e mulheres) e menos significativa para aqueles com maior capital político (e.g., incumbentes e homens). Isso implica que o dinheiro pode ter um impacto positivo maior nas chances de sucesso eleitoral de candidatos desafiantes do que candidatos incumbentes.[14] Conforme observado por Speck e Mancuso (2014, p. 1), isso significa que "a associação entre financiamento e performance eleitoral tende a ser mais forte para candidatos que enfrentam desvantagens eleitorais, derivem elas de capital político limitado, discriminação de gênero ou qualquer outro fator não analisado aqui que resulte em um efeito similar".

Essa função do financiamento político, que visa mitigar desvantagens eleitorais, revela a ambiguidade existente na relação entre dinheiro e política. Apesar de funcionar como um fator de desequilíbrio na disputa eleitoral em favor de candidatos e partidos com maior capacidade de investimento, o financiamento eleitoral também ajuda a compensar desigualdades associadas ao capital político e social dos diversos grupos em competição (uma ambiguidade que, logicamente, é estendida ao financiamento empresarial). Enquanto contribui para o desequilíbrio em prol de grupos financeiramente mais poderosos, também pode equilibrar

12 Por exemplo, Sarmento e Osorio (2014, p. 23, grifo nosso) defendem a abolição integral de doações empresariais: "[a] permissão legal para a arrecadação de fundos para campanhas eleitorais via pessoas jurídicas é, **em si**, prejudicial à democracia, pois concede a quem não tem voto uma rota alternativa – e, como visto, mais "eficaz" – para participar do processo político-eleitoral".

13 Trata-se do problema da endogeneidade na mensuração da relação entre as variáveis (Mancuso, 2015, p. 173-174; Speck; Mancuso, 2014; Carazza, 2018, p. 104).

14 Trata-se do que é conhecido na literatura como efeito Jacobson (Mancuso, 2015, p. 159).

a disputa em prol de grupos políticos que enfrentam desvantagens competitivas devido a fatores não econômicos. Uma regulação ideal do financiamento empresarial que leve essa ambiguidade em consideração deve buscar maximizar seus benefícios e minimizar seus prejuízos para a competição política. Essa é certamente uma questão regulatória complexa e desafiadora, mas que sugere a direção que o debate deve seguir.

A decisão do STF de proibir doações eleitorais por pessoas jurídicas segue uma direção regulatória contrária. Ela prioriza a constatação de que as chances de sucesso eleitoral são influenciadas pelo acesso aos recursos econômicos de empresas e conclui que doações desse tipo são intrinsecamente prejudiciais à democracia. Porém, esse entendimento desconsidera o potencial positivo desse financiamento para equilibrar a disputa eleitoral, especialmente ao mitigar a vantagem dos incumbentes. Sob uma perspectiva mais ampla do cenário regulatório, as doações por pessoas jurídicas dificilmente poderiam ser classificadas como uma prática anticompetitiva extrema, sobretudo em um contexto regulatório como o brasileiro, em que existem limites para essas doações, órgãos de controle independentes para fiscalizar desvios e abusos e um sistema de financiamento público da política que proporciona condições mínimas de competição a novos desafiantes e com acesso limitado a fontes privadas de financiamento.

Uma segunda abordagem para compreender os possíveis efeitos do financiamento eleitoral na competição política é por meio da tipologia da organização partidária desenvolvida pela Ciência Política. Essa tipologia reconhece que tipos distintos de organizações partidárias estruturam suas relações com o Estado e a sociedade de maneiras diferentes. De acordo com o resumo de Krause, Rebello e Silva (2015, p. 254), os *partidos de quadros* têm baixa dependência de recursos financeiros para sua sobrevivência, e sua principal fonte de financiamento são pessoas e membros ilustres (denominados notáveis) inseridas em grupos financeiros, industriais e comerciais. Os *partidos de massa* têm uma dependência moderada de recursos financeiros, obtidos principalmente de militantes e membros do partido, que constituem sua base de sustentação social. Já os *partidos catch-all* dependem significativamente de recursos financeiros, obtidos sobretudo de grupos de interesse como empresas, sindicatos e associações comerciais. Por fim, os *partidos cartel* têm alta dependência de recursos, e sua principal fonte de financiamento são subsídios estatais, como fundos públicos.

Esse resumo da tipologia demonstra que diferentes modos de organização e competição partidárias induzem a diferentes arranjos institucionais e práticas com relação ao financiamento da política – e vice-versa. Alterar a principal fonte de financiamento dos partidos implica, em parte, modificar como essas agremiações competem entre si e relacionam-se com o Estado e a sociedade.

Partindo dessa análise, Mancuso, Horochovski e Camargo (2016, p. 58-59) apontam que uma consequência provável da decisão do STF na ADI n. 4.650 seria a migração dos partidos políticos em direção ao Estado como nova fonte financiadora das eleições. Essa mudança no financiamento poderia afastar os partidos políticos do Brasil do modelo de partidos *catch-all*

e aproximá-los do modelo de partidos cartel. O principal risco competitivo associado a essa possível "tendência à cartelização" é que esse processo tende a desencorajar "a entrada de novos partidos políticos na arena parlamentar e [congelar] o processo competitivo do sistema partidário" (Krause; Rebello; Silva, 2015, p. 253).

Logo após a decisão do STF que proibiu as doações por pessoas jurídicas, o Congresso, conforme previsto, instituiu o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) – um fundo público destinado ao financiamento das eleições, com um montante de R$ 1,7 bilhão para as eleições de 2018. Os recursos do fundo foram alocados de acordo com os seguintes critérios: (i) 2% distribuídos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE); (ii) 35% distribuídos entre os partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para as Câmaras dos Deputados; (iii) 48% divididos entre os partidos conforme o número de representantes na Câmara dos Deputados; e (iv) 15% distribuídos entre os partidos proporcionalmente ao número de representantes no Senado Federal (art. 16-D da Lei n. 9.504/1997, incluído pela Lei n. 13.488/2017 [Brasil, 2017]). Esses critérios seguem a lógica de que quanto maior o sucesso eleitoral do partido, maior será o volume de recursos do fundo destinado a ele. Esses recursos configuram-se como a principal fonte de financiamento dos partidos para as futuras disputas eleitorais.

Se o STF estiver correto ao afirmar que dinheiro pode influenciar votos, isso significa que, nas eleições futuras, maiores são as chances de os principais partidos políticos manterem ou melhorarem ainda mais seu desempenho eleitoral. A literatura ainda precisa determinar com maior precisão os efeitos concretos do FEFC na competição política brasileira. É possível que esse novo modelo contribua para equalizar, em vez de cartelizar, as disputas eleitorais. No entanto, o ponto a ser destacado aqui é outro: indicar que as doações por pessoas jurídicas não constituem prática anticompetitiva extrema que justifique sua proibição pela via judicial. Pelo contrário, ela está inserida em um modelo específico de estruturação das agremiações partidárias, suas relações com o Estado, a sociedade e o erário público, e a competição eleitoral. Considerando as demandas políticas que os partidos *catch-all* visam atender, as doações empresariais podem servir como fomento, e não desestímulo à competição política.[15]

Sob a perspectiva da TCP, a decisão do STF na ADI n. 4.650, ao proibir completamente as doações por pessoas jurídicas, é bastante questionável. Muitos desses questionamentos já foram levantados de formas diversas nos votos que compuseram a corrente minoritária. Contudo, a TCP permite compreender melhor a relevância das considerações feitas por essa

15 Sobre possíveis consequências não pretendidas de decisões que interferem no desenho de instituições eleitorais, ver Sunstein (1994) e Issacharoff e Karlan (1999).

corrente, em especial a afirmação do ministro Teori Zavascki de que "relativamente ao princípio da isonomia no âmbito de competições eleitorais, muito mais importante que o estabelecimento de critérios de igualação entre os doadores deve ser a preocupação de preservar a igualdade de armas entre os principais atores da disputa, que são os candidatos e os partidos políticos" (Brasil, 2015, p. 154). A superação do mito do individualismo romântico permite entender com mais clareza a posição do ministro, bem como sua opção, observada na seção 2, por enfatizar a competição existente entre candidatos e partidos incumbentes e candidatos e partidos desafiantes.[16]

Uma interpretação alternativa da decisão do STF sugere que as doações por pessoas jurídicas não configuram uma prática anticompetitiva extrema, mas defende que o predomínio excessivo dessa fonte de financiamento impõe barreiras importantes à entrada de novos competidores. A feroz competição por recursos financeiros pode representar um obstáculo para a entrada e o sucesso eleitoral de novos partidos e candidatos. Nesse sentido, o problema não seriam as doações empresariais em si, mas sim doações empresariais excessivas. Essa abordagem oferece uma maneira razoável de pensar sobre a regulação do financiamento eleitoral empresarial. O desafio que ela enfrenta é prático: definir quanto dinheiro de empresa é demais para ser tolerado e qual seria o remédio judicial adequado para combater essa patologia.

Sendo esse o caso, em vez de proibir as doações eleitorais por pessoas jurídicas, o STF poderia declarar a inconstitucionalidade dos limites previstos na legislação para essas contribuições. Isso exigiria que os ministros justificassem melhor por que consideram esses limites abusivos. Essa alternativa delimitaria o foco do debate e possivelmente facilitaria um consenso sobre a questão. Apesar de essa decisão não estabelecer de modo objetivo o limite acima do qual doações empresariais passariam a ser abusivas, ela poderia estimular uma atuação parlamentar razoável nessa área. O Congresso poderia definir limites nominais para doações privadas e o uso de recursos pelos próprios candidatos, substituindo os limites fixados com base em um percentual da renda do doador. Um movimento regulatório nessa direção evitaria ao menos que a competição política ficasse dependente de um número baixo de financiadores, mas responsáveis pela doação de valores exorbitantes.

16 O ceticismo com modelos de financiamento, especialmente públicos, que reforçam a posição das forças político-partidárias dominantes é comum entre autores simpatizantes à TCP. Issacharoff e Pildes (1998, p. 680) afirmam, por exemplo, que, se "o financiamento público das eleições fosse adotado, mas os recursos fossem limitados aos 'dois partidos dominantes' – com base na justificativa de que entrincheirar um sistema bipartidário é um interesse estatal legítimo – os tribunais iriam, se espera, decidir que essa política viola a Primeira ou a Décima Quarta Emendas". Eles ainda mencionam com apreço a decisão da corte constitucional alemã que declarou inconstitucional o modelo de financiamento público que limitou o acesso dos recursos aos partidos políticos com representação no parlamento (Issacharoff; Pildes, 1998, p. 696; Pal, 2011, p. 337).

Outra possibilidade seria o STF, por meio de outra via processual, por exemplo, um mandado de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, determinar a aprovação de uma lei estabelecendo um teto de gastos eleitorais. O art. 17-A da Lei n. 9.504/1997 dispunha caber à lei, a cada eleição, "fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa [...]". Referida lei, contudo, nunca foi editada. Da perspectiva teórica, a fixação de um teto de gastos é menos consensual do que o oferecimento de subsídios públicos que garantam aos diferentes candidatos o acesso a um nível mínimo de competitividade (Beitz, 1989, p. 200; Hasen, 2016, p. 103; Speck; Olabe, 2013, p. 30-31). No entanto, ao agir dessa maneira, o STF estaria intervindo menos na liberdade do legislador de deliberar e decidir sobre o modelo ideal de financiamento político no Brasil, comparado à proibição integral das doações empresariais. Como observado, cautela e deferência na atuação judicial são virtudes reconhecidas pela TCP.

A releitura da ADI n. 4.650 realizada aqui com base na TCP não busca responder como o Congresso deveria regular o financiamento da política no Brasil, nem sugerir o melhor modelo regulatório. Em vez disso, busca fornecer parâmetros, ainda que imperfeitos, para orientar a atuação do STF em futuras questões relacionadas ao tema. Quais danos ao processo político o tribunal deveria considerar? Como raciocinar sobre eles e qual postura interpretativa adotar?

Conclusão

No julgamento da ADI n. 4.650, o STF demonstrou uma preocupação estrutural com a proteção da integridade da competição eleitoral. A TCP, conforme apresentada aqui, ajuda a esclarecer o significado dessa preocupação: o exercício dos direitos democráticos e a participação política dos cidadãos estão diretamente atrelados à existência de uma infraestrutura institucional adequada, em que a competição desempenha um papel central para o bom funcionamento dessa infraestrutura. Isso acrescenta à supervisão judicial do processo democrático um elemento inevitavelmente estrutural.

No entanto, como observado nos debates em torno da TCP, essa dimensão estrutural associada à competição eleitoral apresenta uma série de ambiguidades e desafios teóricos de difícil operacionalização por juízes e tribunais. Ainda assim, a TCP pode auxiliar as cortes a aprimorar sua compreensão dos desafios que enfrentam, refinando seu raciocínio sobre a natureza dos danos ao processo democrático e sua competência para identificar propriamente esses danos e desenhar remédios judiciais eficazes contra eles.

Na abordagem aqui proposta, os tribunais poderiam se beneficiar mais de uma pretensão negativa, focada em combater práticas anticompetitivas extremas que perpetuem o enraizamento de grupos políticos e partidários no poder, do que positiva, associada à promoção de níveis ideais de participação e competição eleitoral. Este artigo buscou sugerir como essa abordagem poderia ser aplicada no contexto do financiamento eleitoral, utilizando como base a ADI n. 4.650.

REFERÊNCIAS

BEITZ, Charles R. *Political Equality*: An Essay in Democratic Theory. Princeton: Princeton University Press, 1989.

BRASIL. Lei n. 13.488, de 6 de outubro de 2017. Altera as Leis n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e a Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015, e revoga dispositivos da Lei n. 13.107, de 24 de março de 2015, e da Lei n. 4.961, de 4 de maio de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 out. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13488.htm. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Doações eleitorais. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília: STF, 17 set. 2015.

CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder*: as engrenagens do sistema político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

DAWOOD, Yasmin. The Theoretical Foundations of Campaign Finance Regulation. *In*: MAZO, Eugene D. (ed.). *The Oxford Handbook of American Election Law*. Oxford: Oxford University Press, 2023.

DAWOOD, Yasmin. Electoral Fairness and the Law of Democracy: A Structural Rights Approach to Judicial Review. *University of Toronto Law Journal,* Toronto, v. 62, n. 4, p. 499-561, 2012.

FUNARI, Helena Hime. *Financiamento de campanha eleitoral no Supremo Tribunal Federal*: uma análise à luz da teoria da competição política. 2017. 60 f. Monografia de Conclusão de Curso (Escola de Formação Pública) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2017.

GERKEN, Heather K.; KANG, Michael S. Déjà Vu All Over Again: Courts, Corporate Law, and Election Law. *Harvard Law Review,* [*s.l.*], v. 126, n. 3, p. 86-90, 2013.

GUERRA FILHO, Arthur. The Brazilian Supreme Court's ADI 4650 Decision: A Step Towards the End of Plutocracy? *King's Law Journal*, [*s.l.*], v. 28, n. 2, p. 167-172, 2017.

GUY-URIEL, Charles. Judging the Law of Politics. *Michigan Law Review*, [*s.l.*], v. 103, n. 6, p. 1099-1141, 2005.

HASEN, Richard L. *Plutocrats United*: Campaign Money, the Supreme Court, and the Distortion of American Elections. New Haven: Londres: Yale University Press, 2016.

HASEN, Richard L. *The Supreme Court and Election Law*: Judging Equality from *Baker v. Carr* to *Bush v. Gore*. Nova York: New York University Press, 2003.

HASEN, Richard L. The "Political Market" Metaphor and Election Law: A Comment on Issacharoff and Pildes. *Stanford Law Review*, [*s.l.*], v. 50, n. 3, p. 719-730, 1998.

ISSACHAROFF, Samuel. On Political Corruption. *Harvard Law Review*, [*s.l.*], v. 124, n. 1, p. 118-142, 2010.

ISSACHAROFF, Samuel. Gerrymandering and Political Cartels. *Harvard Law Review,* [*s.l.*], v. 116, n. 2, p. 593-648, 2002.

ISSACHAROFF, Samuel; KARLAN, Pamela S. The Hydraulics of Campaign Finance Reform. *Texas Law Review*, [*s.l.*], v. 77, n. 7, p. 1705-1738, 1999.

ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process. *Stanford Law Review*, [*s.l.*], v. 50, n. 3, p. 643-717, 1998.

KRAUSE, Silvana; REBELLO, Maurício Michel; SILVA, Josimar Gonçalves da. O perfil do financiamento dos partidos brasileiros (2006-2012): o que as tipologias dizem?. *Revista Brasileira de Ciência Política,* Brasília, n. 16, p. 247-272, 2015.

MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MANCUSO, Wagner Pralon. Investimento eleitoral no Brasil: balanço da literatura (2001-2012) e agenda de pesquisa. *Revista de Sociologia e Política*, [*s.l.*], v. 23, n. 54, p. 155-183, 2015.

MANCUSO, Wagner Pralon; HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; CAMARGO, Neilor Fermino. Empresários e financiamento de campanhas na eleição presidencial brasileira de 2014. *Teoria e Pesquisa: Revista de Ciência Política*, São Carlos, v. 25, n. 3, p. 38-64, 2016.

MARQUES NETO, Pedro. *The Judicial Oversight of the Democratic Process*: A Republican Approach. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

MARQUES NETO, Pedro. *Supervisão judicial do financiamento de campanha eleitoral*: proteção de direitos individuais, maximização de bens democráticos e modelo antidominação. 2018. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Fundação Getulio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2018.

McLOUGHLIN, Luke P. The Elysian Foundations of Election Law. *Temple Law Review*, [*s.l.*], v. 82, p. 89--149, 2009.

PAL, Michael. Breakdowns in the Democratic Process and the Law of Canadian Democracy. *McGill Law Journal*, [*s.l.*], v. 57, n. 2, p. 299-347, 2011.

PERSILY, Nathaniel. The Place of Competition in American Election Law. *In*: McDONALD, Michael P.; SAMPLES, John (eds.). *The Marketplace of Democracy*: Electoral Competition and American Politics. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2006. p. 171-195.

PERSILY, Nathaniel. In Defense of Foxes Guarding Henhouses: The Case for Judicial Acquiescence to Incumbent-Protecting Gerrymanders. *Harvard Law Review*, [*s.l.*], v. 116, n. 2, p. 649-683, 2002.

PILDES, Richard H. The Supreme Court, 2003 Term. *Harvard Law Review,* [*s.l.*], v. 118, n. 1, p. 25-154, 2004a.

PILDES, Richard H. Competitive, Deliberative, and Rights-Oriented Democracy. *Election Law Journal,* v. 3, n. 4, p. 685-696, 2004b.

PILDES, Richard H. The Theory of Political Competition. *Virginia Law Review*, v. 85, n. 8, p. 1605-1626, 1999.

PITKIN, Hanna F. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

RAVE, Theodore. Politicians as Fiduciaries. *Harvard Law Review,* [*s.l.*], v. 126, n. 3, p. 671-739, 2013.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Eleições, dinheiro e democracia: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça,* [*s.l.*], v. 8, n. 26, p. 15-38, 2014.

SPECK, Bruno Wilhelm; MANCUSO Wagner Pralon. A Study on the Impact of Campaign Finance, Political Capital and Gender on Electoral Performance. *Brazilian Political Science Review,* [*s.l.*], v. 8, n. 1, 2014.

SPECK, Bruno W.; OLABE, Paloma B. Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government. *In*: OECD POLICY FORUM ON "RESTORING TRUST IN GOVERNMENT: ADDRESSING RISKS OF INFLUENCE IN PUBLIC DECISION MAKING", 2013, Paris. *Anais* [...]. Paris: OECD, 2013.

SU, Yen-Tu. Retracing Political Antitrust: A Genealogy and Its Lessons. *Journal of Law and Politics*, [*s.l.*], v. 27, n. 1, p. 1-61, 2011.

SUNSTEIN, Cass. Political Equality and Unintended Consequences. *Columbia Law Review*, [*s.l.*], v. 94, p. 1390-1414, 1994.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

Helena Hime Funari

Doutoranda em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). LL.M Candidate em Yale Law School. Mestra em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (DCP-USP) com bolsa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo (FDUSP), com período sanduíche em Ludwig Maximilian University of Munich (LMU) com bolsa do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD).

funarilena@gmail.com

Pedro Marques Neto

Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), com período de pesquisa no Research Centre for Legal Philosophy and International Constitutional Law da Universidade de Graz, Áustria. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), com período de pesquisa na Universidade McGill, Canadá. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba (Fadi).

pedro.marques.neto@alumni.usp.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 17.03.2023
Aprovado: 28.03.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202428

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
DUAS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO *DESK REVIEW*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
DUAS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO A DECISÃO FINAL.

1 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-2889-8695

2 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-6218-9270

3 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-4419-1219

A escuta ativa na mediação judicial *on-line*

ACTIVE LISTENING IN THE ONLINE LEGAL MEDIATION

ESCUCHA ACTIVA EN LA MEDIACIÓN JUDICIAL EN LÍNEA

Daniela Rabello da Cunha[1], *Juliana Lopes Ferreira*[2] e *Paulo Cortes Gago*[3]

Resumo
O presente artigo dedica-se ao estudo da mediação judicial de conflitos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), examinando a empiria concreta da mediação a partir da ferramenta teórico-metodológica da Análise da Conversa, em transcrições de dados reais de fala-em-interação, como lócus interdisciplinar de pesquisa. Este artigo estuda a prática da escuta ativa nas sessões de mediação judicial *on-line*, com objetivo central de analisar, pela ótica da fala-em-interação, como os mediadores constroem interacionalmente os sentidos da escuta ativa como ferramenta de comunicação no discurso de abertura, e como os participantes colocam-na em prática ao longo das sessões de mediação. A análise mostra as trajetórias distintas da ação na construção do sentido de escuta ativa pelo mediador, seja com o uso da expressão técnica "escuta ativa", seja com a formulação de expectativa de comportamento, bem como apresenta comportamentos de escuta diferenciados, em função da presença/ausência do elemento conflito, em que se notou o funcionamento (ou não) da regra de não interrupção na mediação judicial *on-line*.

Palavras-chave
Mediação; escuta ativa; resolução *on-line* de disputa (ODR); fala-em-interação; análise da conversa.

Abstract
The present article is dedicated to the study of legal mediation of conflicts in the Court of Justice of Rio de Janeiro (TJRJ), examining the concrete experience of mediation from the theoretical-methodological tool of Conversation Analysis, in transcripts of real talking-interaction data, as an interdisciplinary research locus. This article studies the practice of active listening in online legal mediation, with the central aim of analyzing it from the perspective of talking-in-interaction how mediators construct the interactional meanings of active listening as a communication tool on the opening speech, and how the participants put it into practice during the mediation sessions. The analysis shows the different trajectories of action in the mediator's construction of the meaning of active listening, with the use of the technical term "active listening" or with the formulation of behavioral expectations, as well as presents different listening behaviors, depending on the presence/absence of the conflict element, in which the functioning (or not) of the non-interruption rule in online legal mediation was noted.

Keywords
Mediation; mediator's opening statement; online dispute resolution (ODR); talk-in-interaction; conversation analysis.

Resumen
El presente artículo está dedicado al estudio de la mediación judicial de conflictos en el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (TJRJ), examinando la experiencia concreta de la mediación a partir de la herramienta teórico-metodológica del Análisis

Conversacional, en transcripciones de datos de habla real-en-interacción, como locus de investigación interdisciplinar. Este artículo estudia la práctica de la escucha activa en las sesiones de mediación judicial en línea, con el objetivo central de analizar, desde la perspectiva del habla real-en-interacción, cómo los mediadores construyen de forma interactiva los significados de la escucha activa como herramienta de comunicación en el discurso de apertura, y cómo los participantes lo pusieron en práctica durante las sesiones de mediación. El análisis muestra las diferentes trayectorias de acción, en la construcción por parte del mediador del significado de la escucha activa, sea utilizando el término técnico "escucha activa", sea formulando expectativas de comportamiento, así como presenta diferentes comportamientos de escucha, dependiendo de la presencia/ausencia del elemento conflictivo, en el que se constató el funcionamiento (o no) de la regla de no interrupción en la mediación judicial en línea.

Palabras clave
Mediación; escucha activa; resolución de disputas en línea (ODR); conversación-en-interacción; análisis de la conversa.

Contribuição de autoria

Daniela Rabello da Cunha
Conceptualization; formal analysis; writing – original draft; writing – review & editing.

Juliana Lopes Ferreira
Data curation; formal analysis; writing – original draft; writing – review & editing.

Paulo Cortes Gago
Data curation; formal analysis; project administration; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
CUNHA, Daniela Rabello da; FERREIRA, Juliana Lopes; GAGO, Paulo Cortes. A escuta ativa na mediação judicial *on-line*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2428, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202428

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

Este artigo estuda a prática da escuta ativa nas sessões de mediação judicial, com objetivo central de analisar, pela ótica da fala-em-interação, como os mediadores constroem interacionalmente os sentidos da escuta ativa no discurso de abertura como uma ferramenta de comunicação e como os mediandos colocam-na em prática ao longo das sessões. Para isso, analisamos cinco excertos, extraídos de dois casos de mediação judicial familiar, no formato *on-line*, gravadas nos Centros de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) ao longo dos anos de 2021 e 2022.

No Brasil, a introdução dos métodos adequados para resolução de conflitos surge por meio da Resolução n. 125/2010 do CNJ (CNJ, 2010), que implementa a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, em prol da disseminação da cultura de pacificação social e da efetividade da justiça. Reforçando esse movimento, surgem a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil – CPC [Brasil, 2015a]) e a Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação [Brasil, 2015b]). Nesse contexto, os próprios tribunais adotaram novos meios de solução de conflitos. Para Medina (2023, p. 9), "o viés do célere acesso à Justiça proporcionado pela mediação é um forte aliado à sua expansão". Para Almeida, Pelajo e Jonathan (2016), a mediação como política judiciária permite que os anseios sociais e individuais possam ser atendidos com efetividade.

Ao longo das últimas décadas, o conhecimento acerca da mediação no Brasil vem sendo produzido e disseminado por meio das normas supramencionadas e de manuais majoritariamente teóricos (Braga Neto, 2013; Azevedo, 2016; Almeida, Pelajo, Jonathan, 2016; Sampaio, 2019; Tartuce, 2021), que aprofundam as discussões em torno do conceito de mediação e suas técnicas, do papel do mediador, dos princípios norteadores da abordagem e suas implicações jurídicas. Nesse cenário, ainda são poucos os estudos empíricos dedicados ao desvelamento desse conhecimento aplicado sobre a prática da mediação nos tribunais, que, atualmente, têm se constituído em um espaço institucional relevante e em expansão, inclusive no período da pandemia de covid-19 e na atuação judiciária por meios telemáticos, em que os tribunais brasileiros adaptaram o funcionamento dos serviços judiciários de forma remota, visando garantir o acesso à justiça (Resolução do CNJ n. 313/2020 [CNJ, 2020]). Dessa forma, o TJRJ[2] adotou a resolução *on-line* de disputa (ODR), inclusive para a mediação, realizada por videoconferência, atual contexto da pesquisa.

1 Esta pesquisa é apoiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq – 317339/2021-4). Os autores agradecem a Maria do Carmo Leite de Oliveira pela leitura do texto e pelas sugestões.

2 Ato Normativo n. 8/2020 do TJRJ c/c Recomendação n. 1/2020 do NUPEMEC/TJRJ.

É nesse sentido que se propõe aqui examinar a empiria da mediação a partir da Análise da Conversa (AC) (Sidnell; Stivers, 2013), uma ferramenta teórico-metodológica de origem sociológica, que há anos vem fomentando na esfera jurídica, nomeada como *Direito em ação* (Atkinson; Drew, 1979; Ferraz de Almeida; Drew, 2020), perspectiva pela qual se considera que os seres humanos realizam ações pela linguagem, e as instituições, por meio dela, suas tarefas centrais: mediadores abrem a sessão de mediação, as partes relatam suas estórias, os advogados defendem os interesses de seus clientes, etc.

Uma forma de tornar visível a ação humana é por meio do uso de transcrições de dados reais de fala-em-interação, com descrições pormenorizadas de como a ação (verbal e não verbal) transcorre, em sequências organizadas de ação. A organização interacional da mediação emerge, pois, como lócus interdisciplinar relevante para a pesquisa (Garcia, 2010; 2019). Nesse sentido, os estudos com base nos dados audiovisuais da mediação nos tribunais ajudar-nos-ão a compreender como a atividade forense fabrica o *Direito em ação* na sociedade.

Uma ferramenta de comunicação central na mediação é a escuta ativa, considerada "primordial nos diálogos colaborativos" (Almeida, 2014, p. 80), ou, ainda, uma técnica de gestão do conflito (Azevedo, 2016, p. 125), que é explicada pelo mediador na abertura da mediação e praticada por ele ao longo das sessões. Essa ferramenta comparece, entretanto, na fala de mediadores no discurso de abertura nas mediações de nosso *corpus* como ferramenta dos mediandos, e isso não está ainda descrito em nenhuma literatura, pelo que sabemos até o presente momento.

Nesse sentido, este artigo propõe apresentar como a escuta ativa é colocada como ferramenta de comunicação dos mediandos, bem como descrever de que forma ela tem sido aplicada por eles ao longo das sessões de mediação, como contribuição a essa lacuna teórica.

1. A MEDIAÇÃO E SUAS ETAPAS

Primeiro, é importante mencionar que há vários modelos de mediação, fundamentados em pressupostos teóricos distintos, que variam conforme procedimento e forma de atuação. Dentre esses modelos, destacamos três principais: modelo linear (Fisher; Ury, 1981), modelo transformativo (Bush; Folger, 1994) e modelo narrativo (Cobb, 1994; Winslade; Monk, 2000).

Definiremos somente o modelo linear, por ser comumente adotado pelos tribunais brasileiros (Nascimento, 2017), inclusive pelo TJRJ, lócus deste artigo. O modelo linear de mediação tem suas origens no Projeto de Negociação de Harvard, o qual identifica a mediação como um processo de negociação assistida. Ele destaca, como metodologia de negociação, a observância das seguintes questões: (i) separar as pessoas do problema, a fim de tratar não apenas dos interesses objetivos, mas preservar o relacionamento subjacente; (ii) focar nos interesses, e não nas posições, isto é, buscar pelas motivações e necessidades a serem

atendidas; (iii) gerar opções de benefícios mútuos, ou seja, buscar por alternativas diversas de soluções do conflito; e (iv) utilizar critérios objetivos como meios de se chegar a uma solução sem imposições recíprocas ao longo da negociação (Fisher; Ury; Patton, 2014).

Entendida como um processo de negociação facilitada por um terceiro neutro (mediador), na tentativa de resgate do diálogo entre os envolvidos em um conflito, a mediação tem como macro objetivo a pacificação social por meio da transformação da atual cultura do litígio em cultura de paz/do diálogo (Watanabe, 2013). A Lei de Mediação (Brasil, 2015b), em seu art. 1º, parágrafo único, descreve a mediação como "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

Para Azevedo (2016), em manual que orienta a mediação judicial, como nos nossos dados, a mediação é um procedimento estruturado, composto "por um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente" (Azevedo, 2016, p. 147), identificados pelo autor com a seguinte estrutura global da mediação: (i) o início da mediação; (ii) reunião de informações; (iii) identificação de questões, interesses e sentimentos; (iv) esclarecimento das controvérsias e dos interesses; (v) resolução das questões; (vi) registro das soluções encontradas. Já Spengler (2021) reporta a estrutura da mediação em cinco estágios: (i) orientação às partes (pré-mediação); (ii) reunião de abertura; (iii) reuniões particulares, se necessário; (iv) reuniões conjuntas e particulares para debater propostas de acordo; (v) acordo e a redação do acordo.

Apesar de diferenças nas duas propostas – a existência de pré-mediação, acompanhamento, e diferenças nas denominações das fases –, firmamos com Jonathan e Almeida (2016, p. 242), que, no contexto brasileiro, parece haver "certa tendência de se adotarem práticas similares". Além disso, é necessário considerar que "os estágios da mediação são frequentemente difíceis de identificar, e, muitas vezes, variam segundo as culturas na sequência, ênfase e abordagem" (Moore, 1998, p. 34).

Há diversos estudos acerca da mediação sob a ótica da AC, mas destacamos a pesquisa da autora Angela Garcia (2019), por se debruçar sobre a organização interacional da mediação, algo mais próximo de um trabalho sobre a estrutura global da referida abordagem. Para a autora, comparada a audiências e julgamentos, a mediação é o procedimento no tribunal que oportuniza aos jurisdicionados um espaço de fala, em que trazem suas estórias, posições e interesses (Garcia, 2019, p. 58), uma interação conversacional semelhante a conversa cotidiana, mas diferente no sentido de constituir um sistema de troca de turnos de falas específico: falas geralmente direcionadas ao mediador, observadas as vezes de cada um falar, sem que haja interrupções da fala do outro, características que evitam a escala do conflito (Garcia, 2019, p. 59).

2. A ESCUTA ATIVA NA MEDIAÇÃO

A escuta ativa é apontada na doutrina como uma ferramenta de comunicação a ser utilizada pelo mediador com a finalidade de acolher e demonstrar compreensão sobre as questões que são trazidas pelos mediandos (Almeida, 2016, p. 66). O *Manual de mediação judicial* (Azevedo, 2016, p. 125 e 151) afirma que a escuta ativa (escuta dinâmica) é uma técnica específica de gestão de conflito e uma habilidade do mediador de escutar com atenção, e conceitua a escuta ativa do mediador da seguinte forma:

> Ouvir ativamente significa escutar e entender o que está sendo dito sem se deixar influenciar por pensamentos judicantes ou que contenham juízos de valor – ao mesmo tempo deve o ouvinte demonstrar, inclusive por linguagem corporal, que está prestando atenção ao que está sendo dito (Azevedo, 2016, p. 202).

Tartuce (2021, p. 255) afirma que, "pela escuta ativa, o mediador não só ouve, mas considera atentamente as palavras ditas e as mensagens não expressas verbalmente", ressaltando a importância dos gestos que acompanham a escuta, como a expressão facial do mediador, por exemplo. O autor esclarece que alguns comportamentos fazem parte da escuta ativa, como "evitar escutar e digitar/escrever ao mesmo tempo", "reduzir ao máximo gestos que possam distrair o interlocutor", "fugir à tentação de interromper a pessoa no meio de sua fala" (Tartuce, 2021, p. 255).

Para Almeida (2014, p. 290), "uma escuta ativa pressupõe não somente a atenção, como também uma atitude participativa no diálogo – escuta dinâmica", distinguindo entre ouvir (fisiológico) e escutar (*auscultare*). Assim, quando o mediador escuta ativamente, uma escuta "permeada por perguntas, resumos, parafraseios, redefinições e recontextualizações de falas e de percepções" (Almeida, 2014, p. 202), o contexto do conflito pode ser compreendido mais amplamente e as perspectivas e os sentimentos iniciais dos mediandos podem ser modificados.

Medina (2023) explica que o mediador é uma pessoa imparcial ao conflito e voltada para a reconstrução da comunicação entre os mediandos, comparando-o ao psicólogo na medida em que "ouve e acolhe sem dar respostas aos problemas que lhe são apresentados" (p. 174) e, nesse processo, "constrói uma ponte entre os envolvidos" na mediação (p. 174), de forma que os próprios mediandos possam assumir o protagonismo na construção da solução do conflito.

Segundo Spengler (2021, p. 65), na escuta ativa, "o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e o motivo de mensagens verbais e não verbais (postura corporal), percebendo assim informações ocultas contidas na comunicação". Por isso, Spengler (2021, p. 65, 66) afirma que "ouvir bem é uma habilidade importante que o mediador pode utilizar", devendo o mediador ouvir no lugar de aconselhar e "escutar mais do que falar".

A despeito das concepções teóricas, será mostrado aqui, por meio de análise empírica, quais são os significados atribuídos pelos mediadores à escuta ativa e como o exercício dela

é apresentado como uma ferramenta a ser utilizada também pelos demais participantes da mediação, bem como a maneira pela qual os mediandos colocam a técnica em ação ao longo das sessões de mediação, a fim de que seja possível a análise comparativa.

3. Análise da conversa etnometodológica

Utiliza-se aqui a Análise da Conversa Etnometodológica (Sacks, 1992) como ferramenta para se descrever a escuta ativa como atividade interacional na mediação. A Análise da Conversa (AC) é um campo de pesquisa estabelecido nas Ciências Sociais e parte do princípio de que o ser humano, ao falar, realiza ações para resolver seus afazeres cotidianos, tais como convidar alguém para um café, marcar uma consulta médica ou ajuizar uma ação de alimentos no tribunal. Há ações humanas que são mais instrumentais, como operar um paciente, consertar um carro ou pintar uma parede, e outras, mais verbais, como fazer uma sustentação oral em tribunal, mas fato é que todas elas envolvem seres humanos, que coordenam suas ações, em alguma medida, por meio da fala-em-interação.

A AC é uma abordagem naturalística, que utiliza gravações de áudio e/ou vídeo de interações ocorridas em ambientes naturais, não laboratoriais, como dado primário da pesquisa, a partir do qual elabora transcrições detalhadas, que permitem ao pesquisador examinar como a ação social foi produzida. Na AC, estuda-se "a fala das pessoas propriamente dita – não seus pensamentos, intenções, emoções, crenças ou experiências de vida, assumidos como subjacentes à fala" (Ostermann, 2008, p. 246). As transcrições são importantes também por permitirem ao pesquisador revisitar seus dados reiteradamente, para checar o grau de acuidade das descrições feitas das ações. Essa é uma das formas de se garantir a validade das pesquisas, por meio da manutenção do ponto de vista êmico, i.e., dos participantes da interação, e não o do analista. Isso faz com que a AC seja uma metodologia de tipo indutiva, produzindo teoria a partir da empiria.

Afirmamos com Garcia (2010, p. 205) que "o substrato interacional é um domínio de estudo muitas vezes negligenciado, mas crítico, para determinar como maximizar a eficácia das interações em uma variedade de ambientes de trabalho e organizacionais", e isso ainda vale para a área de mediação.

Materialmente, a fala é produzida por meio de elocuções em turnos de fala, ou seja, na vez de cada um falar. Para o entendimento da ação social, é central o exame do formato de como uma ação é produzida, ou seja, do desenho do turno. Um interagente sempre escolhe uma maneira de produzir a ação dentre um leque de alternativas de como essa ação pode ser produzida. Um convite pode ser feito de forma efusiva, e respondido de forma pouco acolhedora, por exemplo. Daí advém outro conceito fundamental: o de sequencialidade. As ações na fala não ocorrem de forma isolada, uma primeira ação desencadeará uma segunda ação responsiva, de forma que podemos ter vários turnos de fala conectados por uma mesma ação central (Schegloff, 2007). Daí decorre também outro princípio metodológico, ligado

à perspectiva êmica, asseverada anteriormente: um próximo turno de fala representa uma demonstração pública de entendimento do falante corrente da ação executada no turno anterior, de forma que os participantes de interação estão sempre dizendo para o outro em que contexto se encontra aquilo que está dizendo. Esse princípio é chamado de procedimento de prova do próximo turno[3] (Sidnell; Stivers, 2013).

As interações de ODR, no caso, a mediação *on-line*, são do tipo institucional. A AC entende um tipo de fala como institucional quando (i) pelo menos um dos participantes orienta-se para uma meta-fim, tarefa ou identidade principal da instituição; (ii) ocorrem restrições ao que pode ser considerado contribuição conversacional possível/desejável naquele contexto; (iii) a fala está sujeita a arcabouços inferenciais específicos daquele contexto (Drew; Heritage, 1992). Os autores advertem, entretanto, que esses parâmetros não funcionam cem por cento do tempo, trata-se muito mais de uma tentativa de se mapearem "semelhanças de família entre os casos de fala institucional" (Drew; Heritage, 1992, p. 21). Em termos de pesquisa da fala institucional, pode-se tratar das seguintes dimensões: (i) escolha lexical; (ii) desenho do turno de fala; (iii) organização sequencial; (iv) organização estrutural global (as fases da interação); (v) assimetrias epistemológicas (Drew; Heritage, 1992).

Nos dados de mediação judicial analisados aqui, percebe-se claramente a orientação dos participantes para o contexto institucional judicial: é o mediador quem abre a sessão e toma o turno por um período mais longo, divide sua fala com outro mediador, e as partes precisam pedir o turno para falar, entre outras características.[4] Nossa pesquisa abarca a organização sequencial, o desenho do turno, as escolhas lexicais, e, ainda, considera as questões epistemológicas na interação.

4. Metodologia de pesquisa e contextualização dos dados

Relata-se aqui pesquisa de natureza qualitativa, que utiliza gravações e transcrições, por meio das quais se dá visibilidade e materialidade a fenômenos sociais, estudados em cenários naturais de ocorrência (Denzin; Lincoln, 2005). Utilizam-se gravações de sessões de mediação judicial *on-line*, ocorridas nos anos de 2021 e 2022, por videoconferência, via aplicativo Microsoft Teams, em Cejuscs, no âmbito do TJRJ, estando presentes mediadores, mediandos, advogados e pesquisadores, posteriormente transcritas no modelo Jefferson da Análise da Conversa (Jefferson, 2004; ver Anexo), que usa a fonte Courier New 10, por permitir melhores ajustes gráficos dos símbolos nos documentos, conforme prática na área. Para captar

3 Ver Drew (2022) para uma crítica desse conceito. Em síntese, o argumento é de que o próximo turno representa uma análise da ação implementada no turno anterior, logo, não prova nada, mas propõe uma interpretação de ação, sendo, portanto, uma atribuição de ação em si.

4 Ver Garcia (2019) para discussão mais ampla da mediação como fala institucional.

a perspectiva dos participantes, as transcrições marcam diversos fenômenos da fala-em-interação, centrais para a caracterização da ação, como ritmo, volume, contornos prosódicos, pausas, sobreposições, etc. No que diz respeito ao vernáculo, utiliza-se o sistema misto de transcrição, em que algumas palavras são transcritas do jeito que foram faladas, e outras, de acordo com a Norma Gramatical Brasileira (NGB) vigente, para manter a clareza e legibilidade das transcrições.

Esta pesquisa obteve aprovação do comitê de ética em pesquisa em seres humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) (CAAE 52299821.8.0000.5286) e segue todos os preceitos de ética em pesquisa em seres humanos, conforme dispostos nas Resoluções n. 466/2012 e n. 510/2016 do Conselho Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) (Brasil, 2012; 2016, respectivamente) e na Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD [Brasil, 2018]). O processo de livre esclarecimento sobre a pesquisa e obtenção de permissão para gravar seguiu estritamente o disposto na legislação. Para a manutenção da confidencialidade e proteção dos participantes, trocam-se todos os nomes de pessoas, lugares e instituições. Para as identidades institucionais de mediador, usam-se os termos Med 1, Med 2, respectivamente, para o mediador principal e o mediador em formação.

De um *corpus* de dezenas de mediações judiciais *on-line* gravadas, apresenta-se aqui extrato de uma coletânea de dados do Discurso de Abertura, em que os mediadores apresentam a escuta ativa às partes na mediação judicial *on-line* como uma ferramenta dos mediandos. Escolheram-se dois casos de mediação familiar, em que se descreve, com os detalhes da interação, como os mediadores apresentam a escuta ativa às partes. Além disso, a análise mostra momentos em que se pode analisar como as regras combinadas de tomada de turno são vividas, localmente, pelos participantes ao longo da mediação. Na ordem de apresentação disposta na seção de análise de dados, o primeiro caso trata-se de uma mediação pré-processual, que versa sobre a separação de um casal e suas tratativas acerca da convivência familiar e alimentos dos filhos menores, sendo três sessões para a conclusão do caso. O segundo caso é uma mediação endoprocessual sobre revisão de alimentos, na qual o pai requer alteração do valor pago de alimentos ao filho, mediação concluída em duas sessões.

5. Análise de dados

A análise de dados objetiva descrever como os mediadores constroem interacionalmente os sentidos da escuta ativa como ferramenta de comunicação dos mediandos no discurso de abertura na mediação judicial *on-line*, e como ela é usada pelos mediandos na mediação, a partir da microanálise situada de dados reais de fala-em-interação.

No Excerto 1, o mediador introduz a escuta ativa ligada à explicação do papel institucional geral do mediador de facilitador da comunicação entre as partes – "`aqui, o que nós vamos fazer, (...) o diálogo de vocês`." (linhas 01-02):

EXCERTO 1 – **EXCERTO_1_1ªSM_MPRE_FAMÍLIA_CASO1**

01	Med	<não. aqui, o que nós vamos fazer (0.2) ↑é (0.2)
02		facilitar o diálogo de vocês. e ↑como nós fazemos
03		↑isso.
04		(0.2)
05	Med	é:: (0.2) tem uma- algumas técnicas da mediação. =
06		a primeira delas é a escuta (.) a- ti- va.
07		(0.2)
08	Med	o que que é a escuta a:tiva.
09		(0.2)
10	Med	a escuta ativa é-=a lívia:: (.) que começo::u- que
11		↑fez o pedido da mediação, >ela vai começá a
12		falá:.<
13		(0.2)
14	Med	o má:rio vai ouvi-la,
15		(.)
16	Med	não vai interrompê:.
17		(0.2)
18	Med	depois o mário terá o tempo dele, também a lívia
19		°não irá interrompê-lo.°=<aí o ↑que que a gente
20		sugere.
21		(0.2)
22	Med	como a pessoa quando tá:: (.) ouvi:ndo, podem s::-
23		é: surgí:: (.) algumas idei::as, às- às vezes qué
24		pergunta >alguma co::isa,< às vezes qué in- qué
25		(.) falá a::lgo .h então a gente suge::re que vocês
26		tenham? ao la::do de você::s, pra isso eu vou dá::
27		até: inclusive um te::mpo, .h se vocês não es- não
28		tive::rem, (0.2) ca:ne:ta e papel,
29		(.)
30	Med	tá:.
31		(.)
32	Med	<outr- quando é:: um- quando é: uma mediação- (.)
33		é: o- ao vi:vo, (.) a gente- >>na mesa<< nós temos
34		>caneta e papel.< então vou pedir que vocês (.) .h
35		é:: depo::is (.) tenham aí:: (.) caneta e pape::l,
36		(0.2)
37	Med	vocês têm aí:: <à mã:[o:

```
38    Mário                          [<eu tenho.
39              (1.2)
40    Med       você tem aí lívia.=<ah, o doutor joão alexandre
41              vai: (2.2) achá: essa:: ((joão alexandre busca
42              caneta no bolso da calça))
43              (2.0)
44    Lívia     será que lá fora tem.
45              (.)
46    João      eu vou pegar aqui,
47    Al.       rapi[Dinho.  ((joão  alexandre  busca  caneta  na
48              camisa))
49    Med           [>tá bom.< ((joão alexandre
50              levanta-se e sai do vídeo))
51              (0.2)
52    Med       então tá-
53              (.)
54    João      <po::de continua::. ((saindo da sala e do vídeo))
55    Med       óque::i.
```

De maneira geral, aqui, o mediador assume uma postura didática, usando, entre outros recursos, o par adjacente pergunta-resposta para construir sequências interacionais, em que as perguntas do mediador vão selecionando-o como próximo falante, fazendo, assim, com que ele tenha um turno de fala estendido, sem haver troca de falantes, para realizar diversas ações. Corrobora essa postura didática o uso de recursos extralinguísticos que acompanham a fala, como pausas, autointerrupções e prolongamentos de sons, emprestando-lhe certo ritmo e promovendo ajustes nas ações do falante.

A primeira pergunta retórica do mediador é "`e ↑como nós fazemos ↑isso.`" (linhas 02-03), feita com o pronome interrogativo – "`↑como`", destacado em ênfase entoacional, formula uma explicação prática. Na resposta, o mediador anuncia técnicas da mediação – "`é:: (0.2) tem uma- algumas técnicas da mediação.`" (linha 05), e coloca a escuta ativa como primeira do *ranking* – "`= a primeira delas é a escuta (.) a- ti- va.`" (linha 05-06). Note-se a ênfase de sentido com a autointerrupção entre as sílabas da palavra – "`a- ti- va`".

O mediador faz sua fala progredir com uma segunda pergunta retórica – "`o que que é a escuta a:tiva.`" (linha 08). O pronome interrogativo – "`o que que`" – abre espaço para a introdução de uma definição, feita ao longo de várias elocuções na sequência (linhas 10-20), em que o mediador mantém a postura didática, construindo exemplos e regras, usando o primeiro nome das partes, como forma de aproximação. Centralmente, o mediador apresenta o comportamento não interruptivo, estabelecendo a ordem de fala, via ordem do pedido

institucional – "a lívia:: (.) que começo::u- que ↑fez o pedido da mediação, >ela vai começá a falá:.<" (linhas 10-12), e formulando sua expectativa de comportamento da outra parte – "o má:rio vai ouvi-la, (.) não vai interrompê:." (linhas 14-16), assegurando isonomia de tratamento – "depois o mário terá o tempo dele," (linha 18), e fixando o papel da parte – "também a lívia °não irá interrompê-lo.°" (linhas 18-19).

Novamente, a fala do mediador progride com uma terceira pergunta retórica – "=<aí o ↑que que a gente sugere." (linhas 19-20), promovendo mais fala sobre a escuta ativa, no caso, com uma sugestão, que será, como veremos, sua instrumentalização. Após breve pausa (linha 21), o mediador, em vez de produzir a resposta à pergunta retórica, usa prestações de contas (*accounts*) (Buttny, 1993) – "como a pessoa quando tá:: (.) ouvi:ndo, (...) qué (.) falá a::lgo" (linhas 22-25), formulando vários exemplos de possíveis motivos de incursão de um mediando na fala do outro, mas com conotação positiva. Em geral, a incursão na fala do outro é vista de forma negativa. Essas *accounts* servem como base para a aceitação da sugestão, iniciada em seguida – "então a gente suge::re que vocês tenham? ao la::do de você::s," (linhas 25-26), mas interposta pelo anúncio de uma instrução, que não é formulada até o final – "pra isso eu vou dá:: até: inclusive um te::mpo? .h se vocês não es- não tive::rem, (0.2) ca:ne:ta e papel,<" (linhas 26-28). Repare-se novamente no uso de autointerrupções no meio da palavra – "ca:ne:ta" para marcar ênfase.

Esse pedido instrumental (incompleto) é novamente interposto pela produção de novas prestações de contas, comparando a mediação virtual com a presencial – "quando é:: um- quando é: uma mediação (.) é:: o- ao vi:vo, (.) a gente- >>na mesa<< nós temos >caneta e papel.<" (linha 32-34), construindo o pedido como baseado em uma rotina da mediação presencial, o que funciona como argumento para gerar aceitação da proposta do mediador.

A parte instrumental ocorre em seguida, e foi realizada em duas partes. Na primeira, o mediador anuncia um pedido aos mediandos, a se realizar em futuro próximo – ".< então vou pedir que vocês (.) .h é:: depo::is (.) tenham aí:: (.) caneta e pape::l," (linha 34-35). Em mudança de rota temporal, o mediador, após pausa (linha 36), faz o pedido em si no próximo turno – "vocês têm aí::" (linha 37), mobilizando a ação dos participantes naquele momento. Mário produz uma resposta preferida (Pomerantz, 1984) – "[<eu tenho." (linha 38), realizada prontamente, sem demora, de forma curta, atendendo de modo imediato o pedido do mediador. A partir daí, o mediador volta sua atenção para acompanhar a instrumentação prática do pedido com Lívia, acompanhando-a e a seu advogado na busca de papel e caneta, até a linha 55.

No Excerto 2, a seguir, mostramos um exemplo de comportamento de tomada de turno, como vivenciamento prático da regra de não interrupção combinada no início. Ele ocorre aos 37 minutos da interação, que tinha como pauta oficial o pedido de fixação de alimentos requerido por Lívia (mãe). Nas narrativas das partes, entretanto, surgiram questões

relativas à divisão de bens do ex-casal e à troca de nome da ex-esposa, que a mediadora acolheu como extensão de pauta da mediação, sendo combinado que o advogado João Alexandre traria uma minuta com esses pontos na próxima sessão. Na linha 01, o mediador orientava-se para avançar na discussão ao anunciar nova pergunta, mas o advogado sobrepõe-se em linha 02:

EXCERTO 2 – **EXCERTO_2_1ªSM_MPRE_FAMÍLIA_CASO1**

01	Med 1	.hh [é:: outra pergunta.]
02	João	[(xxxxxxxxxxxxxxxxx)] eu vou minutá, vou
03		encaminhá pro:: dotô mário. ele vai dar os
04		ajuste, vê o que devolve, (.) eu mando- eu não
05		sei se eu mando por email. ou –o-o-o ou se-
06	Med 1	<não. o senhor pode deixar com o senho:r↑ no
07		dia da mediação o senhor deixaria o uordi
08		((WORD)) o senhor passa pra mim↑
09	João	pr[ont]o. perfeito.
10	Med 1	[tá?]
11	Med 1	aí a gente já: faz todos os acertos aqui de
12		acordo com a sua minuta.
13	João	[(xxxxxxxx-)]
14	Med 1	[(xxx que vem)]
15	Mário	[mas antes que]ria- dá licença.
16		(0.2)
17	Med 1	ahn.
18	Mário	n- não seria bom eu dá uma (.) lida antes
19		também? pra num- já-já facilitá o trabalho
20		deles?
21	Med 1	[(não, então,)]
22	João	[eu vô manda pro] senhor.
23	Med 1	ele vai mandar pra você.
24	Mário	tá bom.
25	Med 1	tá?
26		(.)
27	Med 1	aí você já tem os contatos?=tem né. [vocês n-
28	João	[temos (x)
29	Med 1	>°muito bom.°< então vocês preparará:↓ (.) a-a
30		minu:ta. é-p- é: colocá no uordi ((WORD)) no

```
31          di:a (.) o: doutor alexandre traz e nós vamos
32          transportá do uordi pra cá. seja: (.) pelo
33          cha:t, ou seja pelo:: é:: pelo e-mail, aí nós
34          aqui vamos ver a melhor forma.  tá.
```

A sobreposição ocorre em razão de os dois participantes iniciarem sua fala juntos, quando o piso conversacional estava livre, ou seja, não havia nenhuma fala em andamento, e ninguém havia sido selecionado como próximo falante. Mas é a fala de João Alexandre que prossegue, após a finalização da sobreposição, em projeto interacional de explicar a ordem de encaminhamento da minuta: "eu vou minutá, vou encaminhá pro:: dotô mário." (linhas 02-03). Repare-se no uso do título honorífico de advogado ao requerente – "dotô mário.". Em seguida, seu turno de fala entra em problemas de progressão, quando formula o próximo passo (ou seja, para quem/como mandar a minuta após Mário) – "eu mando- eu não sei se eu mando por email. ou -o-o-o ou se-" (linhas 04-05). Seu turno não foi concluído, mas o mediador toma o turno de fala, e João Alexandre se autointerrompe, para corrigir-lhe o encaminhamento – "<não. o senhor pode deixar com o senho:r↑ no dia da mediação o senhor deixaria o uordi ((WORD)) o senhor passa pra mim↑" (linhas 06-08), excluindo Mário da leitura prévia do documento. João Alexandre aceita o encaminhamento do mediador – "pr[ont]o. perfeito." (linha 09), que fecha a sequência – "[tá?]" (linha 10), adicionando explicação sobre a forma de trabalho conjunto com a minuta – "aí a gente já: faz todos os acertos aqui de acordo com a sua minuta." (linhas 11-12).

O próximo momento da interação traz três participantes sobrepondo-se – o mediador, o advogado e o requerido (linhas 13-15). A fala do advogado é incompreensível, a do mediador, parcialmente – "[(xxx que vem)]" (linha 14), e orienta-se para desdobramento futuro dos encaminhamentos da minuta, e a fala de Mário, ainda que autointerrompida, sobressai com seu projeto interacional de forma clara na sobreposição – "[mas antes que]ria-" (linha 15), anunciando algo a ser tratado, antes do prosseguimento dos encaminhamentos da minuta. Após a sobreposição, Mário utiliza um marcador de polidez – "dá licença." (linha 15), e retoma o tema da ordem de circulação da minuta (e de sua exclusão como leitor), propondo outro encaminhamento – "n- não seria bom eu dá uma (.) lida antes também?". Repare-se a marcação da ação como delicada, via modalização, e acréscimo de *account* – "pra num- já-já facilitá o trabalho deles?" (linhas 19-20). A sequência termina (linhas 22-34) com os participantes entrando em acordo sobre essa proposta de encaminhamento.

No caso 2, o mediador em treinamento (Med 2) faz a abertura do encontro, falando a partir de anotações que mantém na mão, olhando para o papel. Aos dois minutos da interação, ou seja, logo no início, aborda o comportamento verbal de escuta das partes, introduzido como um pedido ligado à moralidade (linhas 01-03 do Excerto 3, a seguir).

EXCERTO 3 – **EXCERTO_3_1ªSM_MPRO_FAMÍLIA_CASO2**

```
01    Med 2    gostaria de pedir também a vocês hoje que nós:
02             (0.8) durante a mediação, (0.8) sejamos
03             respeito:sos, é- s- é- sabemos que: (0.4) em
04             alguns momentos, se vocês- (.) quando um tiver
05             fala::ndo, o outro sentir necessidade de falar,
06             (0.3) não interrom::pa, (0.7) que ano:te, vai ser
07             dado a você o mesmo tem:po, e no seu momento você-
08             após ter anotado >o que falá,< você pode falar,
09             (.)
10    Med 2    porque se interrompê, por nós estarmos numa::
11             mediação telepresencial, .hh (0.8) >se al-< se
12             falarem ao mesmo tempo duas pessoas, pra alguns
13             vai aparecer só: (.)  ruídos e vai ficar difícil
14             o nosso entendimento.
15             (0.2)
16    Med 2    .h durante a mediação.
17             (0.6)
18    Med 2    .h tá? =então eu gostaria de tá lembrando >é- é-<
19             referente a esse:- essa situação, .h (0.2) do::
20             pedido↓ (.) nosso pra: que vocês anotem. =tá? .hh
21             (.)
```

Seu turno entra em problemas de progressão, com várias autointerrupções – "`é- s- é- sabemos que: (0.4) em alguns momentos, se vocês-`" (linhas 03-04), após as quais o mediador formula o comportamento de escuta como regra de não interrupção durante a fala das partes, sintaticamente produzida como um pedido, via continuação sintática de – "`gostaria de pedir (...) que`" (linha 01): "`quando um tiver fala::ndo, o outro sentir necessidade de falar, (0.3) não interrom::pa, (0.7) que ano:te,`" (linhas 04-06), ou seja, como um pedido, justificado com duas prestações de contas, a primeira evocando o princípio da isonomia de tratamento às partes – "`vai ser dado a você o mesmo tem:po, e no seu momento você- após ter anotado >o que falá,< você pode falar,`" (linhas 06-08), e a segunda evocando consequências práticas de problemas técnicos da "`mediação telepresencial,`" – "`porque se interrompê, (...) pra alguns vai aparecer só: (.) ruídos e vai ficar difícil o nosso entendimento.  h. durante a mediação.`" (linhas 10-16). Após pausa relativamente longa (linha 17), o mediador produz um próximo turno de encerramento de sequência – "`tá? =então eu gostaria de tá`

lembrando (...) que vocês anotem. =tá? .hh" (linhas 18-20), transformando o que era pedido em lembrança – "tá lembrando", isto é, em conhecimento prévio compartilhado pelos participantes.

Os Excertos 4 e 5, a seguir, provêm do mesmo caso 2 e retratam um episódio de conflito entre os mediandos, Carlos (requerente) e Luciana (requerida). Carlos é o requerente em processo de regulamentação de visitas. Na mediação, toma-se conhecimento de que não houve relação conjugal entre eles, e a filha nasceu como fruto de uma relação de curto tempo. Luciana demonstrava insatisfação com o não cumprimento de acordos de visitação de Carlos à filha e com constantes mudanças repentinas nos planos de visitação. Durante a mediação, surge também nova pauta: pedido de Luciana de revisão de alimentos. Ambos estão acompanhados de advogado. Houve recondução para uma segunda sessão, 15 dias após a primeira, sessão individual antes da segunda sessão conjunta e troca de minuta do acordo entre os advogados.

O Excerto 4 mostra várias violações ao espaço de fala do outro durante o episódio de conflito, iniciado por Luciana (linha 03).

EXCERTO 4 – **EXCERTO_4_ 1ªSM_PRO_FAMÍLIA_CASO2**

```
01   Carlos    oi?
02             (0.2)
03   Luciana   >aí  todo  mês  vai  acontecer  um  problema
04             diferen[te?<=
05   Carlos           [não↓
06   Luciana   =[>eu con]cordo que:: [que::] que:<
07   Carlos     [ n ã o↓ ]
08   Carlos                          [você-]
09   Carlos    se [você-
10   Luciana      [>que imprevistos [acontecem, carlos, <
11   Carlos                         [( )
12             ((Carlos segura a câmera do celular com a mão e
13             se mexe muito, não aparece sua boca, apenas
14             do nariz para cima, impossibilitando a leitura
15             labial para a transcrição))
16   Luciana   mas [assim, todo] mês?,
17   Carlos       [(         )]
18             (0.8)
19   Carlos    não↓ desde que eu comecei a trabalhá, >é- é essa<
20             foi a primeira vez.
```

```
21              (0.5)
22    Luciana   >NÃO↓ eu posso contá [aqui pra você:: é:- é:- =
23    Carlos                        [(a tirá-)
24    Luciana   = as mensagens de whatsapp que eu tenho aqui.
25              (0.6)
26    Carlos    t(h)á. tá, se você quisé começá a falá de- (.) de-
27              de menti:ra,
28              (.)
29    Carlos    <mas eu tô querendo [ser objetivo.
30    Luciana                       [<DE MENTIRA NÃO, eu tenho
31              aqui [as mensa[gens.
```

O episódio de conflito é iniciado por um pedido de prestação de contas[5] de Luciana a Carlos – "`>aí todo mês vai acontecer um problema diferen[te?<=`" (linhas 03-04), que na verdade é uma acusação de não cumprir com os acordos de horário de visitação. Em sobreposição final ao turno de Luciana, Carlos produz um turno de fala com uma única elocução, de negação – "`[não↓`" (linha 05), mas Luciana continua sua fala, sem pausa, cuidando para conseguir produzir um turno de fala com uma elocução do tipo sentencial, ou seja, com vários núcleos verbais "`=[>eu con]cordo que:: [que::] que:<`" (linha 06) "`[>que imprevistos [acontecem, carlos, <`" (linha 10), "`mas [assim, todo] mês?,`" (linha 16). Carlos sobrepõe-se a ela em três momentos, primeiro reemitindo a negativa – "`[ n ã o↓ ]`" (linha 07), e depois tentando iniciar uma nova elocução – "`[você-]`" (linha 08), "`se [você-`" (linha 09), sem sucesso.

Após longa pausa (linha 18), Carlos toma o turno de fala, produzindo sua defesa, rejeitando a acusação, recalibrando a frequência para inaugural "`não↓ desde que eu comecei a trabalhá, >é- é essa< foi a primeira vez.`" (linhas 19-20). Novamente, temos, no próximo turno, uma ação e oposição por Luciana, produzida inclusive com aumento de volume e aceleração – "`>NÃO↓ eu posso contá [aqui pra você:: é:- é:- =`" (linha 22) "`= as mensagens de whatsapp que eu tenho aqui.`" (linha 24). Para Vuchinich (1990), essa é exatamente a típica anatomia do conflito, ou seja, a produção de turnos de fala sucessivamente opositivos.

5 Entendemos prestações de contas como produções linguísticas e retóricas usadas quando explicamos ou justificamos algo para outros, ou para nós mesmos. As prestações de contas são mobilizadas para explicar comportamentos imprevistos ou desagradáveis, em acepção tradicional do termo, seguindo Scott e Lyman (1968), ou, ainda, "para fornecer um relato de eventos, ações e assim por diante, que não envolvam comportamento desagradável" (Tileagă, 2015, p. 1).

Após nova (longa) pausa (linha 25), Carlos produz acusação de fabricação por Luciana da situação – "t(h)á. tá, se você quisé começá a falá de- (.) de- de menti:ra," (linhas 26-27), acompanhada de prestação de contas que o reposiciona identitariamente como alguém atuando em prol dos objetivos da mediação – "<mas eu tô querendo [ser objetivo." (linha 29). A sequência se encerra com agravamento do conflito, por meio de nova sobreposição por Luciana, em lugar não relevante para a transição, e no meio de um turno de fala em andamento, para produzir nova oposição, com aceleração e aumento de volume em porção considerável do enunciado – "[<DE MENTIRA NÃO, eu tenho aqui [as mensa[gens." (linhas 30-31).

O Excerto 5 é imediatamente contíguo ao Excerto 4 e mostra a intervenção do mediador no conflito, refocando a interação para objetivos da mediação.

EXCERTO 5 – **EXCERTO_5_ 1ªSM_PRO_FAMÍLIA_CASO2**

01	Luciana	[<DE MENTIRA NÃO, eu tenho
02		aqui [as mensa[gens.
03	Med 1	[↑o:lha-
04	Carlos	[<tá luciana,
05		eu tenho [muita coisa também.]
06	Med 1	[v a m o só organizá] a conversa, porque
07		senão- >é- é-< se vocês começarem a falar ao mesmo
08		tempo, a gente não vai conseguí caminhá: pra
09		uma::- um entendimen::to entre vocês,
10		(.)
11	Med 1	.h >e a gente também não qué aqui< que a mediação
12		seja::: (0.6) é:::: algo que pi<u>o</u>re a relação de
13		vocês, =muito pelo contrário.
14		(.)
15	Med 1	o que a gente q- gostaria aqui: é que vocês
16		tivessem uma: comunicação (0.2) que ajudasse vocês
17		a chegá >no mesmo objetivo que vocês têm.<
18		(0.2)
19	Med 1	porque vocês têm alguns objetivos em comum.
20		(.)
21	Med 1	né?, >vocês- vocês <u>do</u>is< querem definí↓ (0.5) bem-
22		é:- de forma bem definida, é::: (0.7) a visitação
23		da:: da:: (.) ana maíra, né,
24		(0.5)

A fala de Luciana é sobreposta pelo mediador – "[↑o:lha-" (linha 03) e por Carlos – "[<tá luciana," (linha 04), tentando tomar o turno de fala, em meio a um turno de fala em andamento e não finalizado, em lugar tecnicamente não relevante para a transição, mas com objetivos distintos: enquanto o de Carlos provavelmente era o de investir no conflito, o do mediador é o de retomar a mediação. O mediador faz um pedido de ordem – "[v a m o só organizá] a conversa," (linha 06), seguido de explicação que retoma os propósitos da mediação – "porque senão- >é- é-< se vocês começarem a falar ao mesmo tempo, a gente não vai conseguí caminhá: pra uma::- um entendimen::to entre vocês," (linhas 06-09). A partir desse momento, o mediador mantém o turno de fala sozinho por certo tempo, produzindo elocuções que explicam o sentido da mediação, primeiro afastando efeitos indesejados da mediação – ".h >e a gente também não qué aqui< que a mediação seja::: (0.6) é:::: algo que pi<u>o</u>re a relação de vocês, =muito pelo contrário." (linhas 11-13), e depois expressando os efeitos positivos – "o que a gente q- gostaria aqui: é que vocês tivessem uma: comunicação (0.2) que ajudasse vocês a chegá >no mesmo objetivo que vocês têm.<" (linhas 15-17). O mediador fecha essa sequência produzindo uma explicação que retoma o ponto central da mediação, capaz de unir os mediandos e provocar o movimento de superação do conflito entre eles – "porque vocês têm alguns objetivos em comum." (linha 19), expandido em sua totalidade, retomando a pauta da mediação após pausa (linha 20) – ">vocês- vocês <u>do</u>is< querem definí↓ (0.5) bem- é:- de forma bem definida, é::: (0.7) a visitação da:: da:: (.) ana maíra, né," (linhas 21-23).

Conclusão

Foi objetivo descrever com dados reais de fala-em-interação de mediação judicial *on-line* como os mediadores constroem o sentido da escuta ativa como ferramenta de comunicação dos mediandos em cinco excertos, via empiria, para poder-se vislumbrar possibilidades de aplicação dos resultados à mediação.

Nos Excertos 1 e 3, dois diferentes mediadores produzem elocuções para introduzir o tema, mas, no caso 1, o mediador utiliza um termo técnico da mediação – a escuta ativa –, enquanto, no caso 2, o mediador formula uma expectativa (moral) de comportamento na mediação, o respeito ao outro. Os dois mediadores utilizam prestações de conta que acompanham essa ação, justificando a regra, em certo sentido, parecidas, por serem "naturais" (vontade espontânea de falar ao mesmo tempo / ruído provocado pelo modo remoto), mas o Mediador 1 evoca também o princípio da isonomia de tratamento das partes na mediação, assegurando iguais direitos de fala, e, além disso, executa, durante a interação, uma tarefa instrumental de preparação das partes para ouvirem sem interromperem, pedindo que peguem caneta e papel ali, na hora.

Nos Excertos 2, 4 e 5, o funcionamento da regra de não interrupção na mediação por meio da análise do comportamento de tomada de turno dos participantes também mostrou

práticas distintas. No Excerto 2 (caso 1), o próprio mediador tomou o turno para fazer uma correção, do ponto de vista da correção da ação em curso, o mais cedo possível; já o mediando utilizou de polidez para poder ter acesso ao turno de fala. Os Excertos 4 e 5 mostraram fenômeno importante em mediações – situações de conflito, em que o comportamento não interruptivo não funcionou; ao contrário, os participantes escalonaram o conflito, interpondo sucessivamente ações opositivas, não cedendo o turno de fala, adentrando o espaço de fala do outro, etc. Apesar de não ser foco do artigo, viu-se também como o mediador lidou com o conflito, utilizando prestações de contas.

A pesquisa em AC sobre mediação judicial contribui para o campo de estudos da mediação e do Direito na medida em que apresenta o fenômeno jurídico em ação, tal como é na realidade, por meio da utilização das transcrições de dados reais, o que pode colaborar para o aprendizado e o aperfeiçoamento profissional de mediadores, já que possibilita compreender como atuar a partir da experiência vivenciada, ao contrário do que dispõem as normas legais e os livros de formação de mediadores, que partem de conceitos abstratos e casos hipotéticos, tornando mais visível o papel do mediador na dinâmica interativa. Além disso, o uso de transcrições permite ao profissional a possibilidade de análise de um caso real, repetidamente, do ponto de vista comunicacional, das causas e dos efeitos de escolhas lexicais, de entonações e, inclusive, do próprio silêncio. Nesta pesquisa, a possível contribuição para o aperfeiçoamento profissional do mediador é a perspectiva da linguagem em uso, que constrói a escuta ativa no sentido de "não interrupção". Ademais, quando a regra não é posta com clareza, há maior possibilidade de ocorrência da escalada do conflito com a recorrente e prolongada sobreposição de falas. Ainda, as transcrições possibilitam a (auto)análise de *performances* reais e abrem espaço para mudanças de comportamento, que consistem no cerne de todo processo de aprendizagem.

Como desdobramentos futuros da pesquisa, mais casos podem ser arrolados para estudo, a fim de criar maior adensamento de resultados, com a observância de possível repetição e diferenciação de fenômenos interacionais no âmbito jurídico. Por fim, o viés empírico da mediação mostra-se um caminho produtivo e necessário. Tendo em vista a importância das legislações processuais brasileiras, que priorizam os métodos consensuais para resolução de conflitos, a mediação judicial ganha cada vez mais espaço nos tribunais, inclusive por intermédio tecnológico, como a mediação judicial *on-line*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo A. Rezende; PAIVA, Fernanda. Dinâmica da mediação: atores. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 257-270.

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

ATKINSON, J. Maxwell; DREW, Paul. *Order in Court*: The Organisation of Verbal Interactions in Judicial Settings. Londres: Macmillan, 1979.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceito e técnicas. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem*: curso básico para programas de pós-graduação em Direito. São Paulo: Método, 2013. p. 103-125.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 6 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 510, de 7 de abril de 2016. Dispõe sobre as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 8 abr. 2016. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Resolucao510.pdf. Aceso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 ago. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]. Brasília: Presidência da República, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 6 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012. Dispõe sobre as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 13 dez. 2012. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Resolucao466.pdf. Acesso em: 8 ago. 24.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation*: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition. São Francisco: Jossey-Bass, 1994.

BUTTNY, Richard. *Social Accountability in Communication*. Londres: Sage, 1993.

COBB, Sara. A Narrative Perspective on Mediation: Toward the Materialization of the Storytelling Metaphor. *In*: FOLGER, Joseph P.; JONES, Tricia S. (eds.) *New Directions in Mediation*: Communication Research and Perspectives. Thousand Oaks, Califórnia: Sage, 1994. p. 48-63.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n. 313, de 19 de março de 2020*. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original221425202003195e73eec10a3a2.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024..

DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. (eds.). *The Sage Handbook of Qualitative Research*. Califórnia: Sage, 2005.

DREW, Paul. The Micro-Politics of Social Actions. *In*: DEPPERMANN, Arnulf; HAUGH, Michael. *Action Ascription in Interaction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 57-82.

DREW, Paul; HERITAGE, John. Introduction. *In*: DREW, Paul; HERITAGE, John (eds.). *Talk at Work*: Interaction in Institutional Settings. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 3-65.

FERRAZ DE ALMEIDA, Fabio; DREW, Paul. The Fabric of Law-In-Action: 'Formulating' the Suspect's Account During Police Interviews in England. *Journal of Speech, Language and Law*, [*s.l.*], v. 27, n. 1, p. 35--58, 2020.

FISHER, Roger; URY, William. *Getting to Yes*: Negotiating Agreement without Giving In. Boston, MA: Houghton Mifflin Co, 1981.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GARCIA, Angela. *How Mediation Works*: Resolving Conflict Through Talk. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

GARCIA, Angela. The Role of Interactional Competence in Mediation. *Conflict Resolution Quartely,* [*s.l.*], v. 28, n. 2, p. 205-228, 2010.

JEFFERSON, Gail. Glossary of Transcript Symbols with an Introduction. *In*: LERNER, Gene H. (org.). *Conversation Analysis*: Studies from the First Generation. Amsterdã: John Benjamins, 2004. p. 13-31.

JONATHAN, Eva; ALMEIDA, Rafael. Dinâmicas da mediação: etapas. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (eds.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 241-255.

MEDINA, Carolina Martins. *Mediação familiar*: uma perspectiva luso-brasileira. Porto, Portugal: Cravo, 2023.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

NASCIMENTO, Meire Rocha do. Mediação como método de solução consensual de conflitos: definição, modelos, objeto, princípios, previsão no CPC 2015, fases e técnicas, papéis do advogado e do Ministério Público. *Revista Fonamec*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 321-337, 2017.

OSTERMANN, Ana Cristina. Análise da Conversa (Aplicada) como uma abordagem para o estudo de linguagem e gênero: o caso dos atendimentos a mulheres em situação de violência no Brasil. *Athenea Digital*, Barcelona, Espanha, n. 14, p. 245-266, 2008.

POMERANTZ, Anita M. Agreeing and Disagreeing with Assessments: Some Features of Preferred/ Dispreferred Turn Shapes. *In*: ATKINSON, J. Maxwell; HERITAGE, John. *Structures of Social Action*: Studies in Conversation Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

SACKS, Harvey. *Lectures on Conversation*. Oxford: Basil Blackwell, 1992. v. 1 e 2.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. Mediação: conceito, etapas e técnicas. *In*: LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. *Conciliação e mediação*: ensino em construção. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), 2019. p. 486-506.

SCHEGLOFF, Emanuel. *Sequence Organization in Interaction*: A Primer in Conversation Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SCOTT, Marvin B.; LYMAN, Stanford M. Accounts. *American Sociological Review*, [*s.l.*], v. 33, n. 1, p. 46-62, 1968.

SIDNELL, Jack; STIVERS, Tanya (eds.). *The Handbook of Conversation Analysis*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos*: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis.* Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TILEAGĂ, Cristian. Account Giving and Soliciting. *In*: TRACY, Karen; ILIE, Cornelia; SANDEL, Todd (eds.). *The International Encyclopedia of Language and Social Interaction*. Londres: John Wiley & Sons, 2015.

VUCHINICH, Samuel. The Sequential Organization of Closing in Verbal Family Conflict. *In*: GRIMSHAW, Allen Day (ed.). *Conflict Talk*: Sociolinguistic Investigations of Arguments in Conversations. Nova York: Cambridge University Press, 1990. p. 118-138.

WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

WINSLADE, John; MONK, Gerald. *Narrative Mediation*: A New Approach to Conflict Resolution. São Francisco, CA: Jossey-Bass, 2000.

ANEXO – CONVENÇÕES DE TRANSCRIÇÃO

[colchetes]	fala sobreposta
(0.5)	pausa em décimos de segundo
(.)	micropausa de menos de dois décimos de segundo
=	contiguidade entre a fala de um mesmo falante ou de dois falantes distintos
:	alongamento de som
-	autointerrupcão
.	descida de entonação
?	subida de entonação
,	entonação contínua
?, / ¿	subida de entonação mais forte que a vírgula e menos forte que o ponto de interrogação
_:	descida inflexionada
:	subida inflexionada de entonação
↑	subida acentuada na entonação
↓	descida acentuada na entonação mais forte que os dois-pontos precedidos de sublinhado
Sublinhado	acento ou ênfase de volume
°	fala mais baixa imediatamente após o sinal
°palavras°	trecho falado mais baixo
>palavras<	fala comprimida ou acelerada
<palavras>	desaceleração da fala
<palavras	início acelerado
(palavras)	transcrição duvidosa
( )	transcrição impossível
((palavra))	comentário do analista

(palavra x) / (palavra y)	dúvida na transcrição; duas alternativas para o mesmo item
"palavra"	fala reportada
th	estalar de língua

Daniela Rabello da Cunha

Mestra em Linguística Aplicada no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Linguística Aplicada (PIPGLA) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

danirabellocunha@gmail.com

Juliana Lopes Ferreira

Doutoranda em Linguística Aplicada no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Linguística Aplicada (PIPGLA) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio).

julianalferreira@yahoo.com.br

Paulo Cortes Gago

Doutor em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Linguística Aplicada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

pcgago@letras.ufrj.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 18.07.2023
Aprovado: 28.03.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202429

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
DUAS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO A DECISÃO FINAL.

1 Max Planck Institute, Frankfurt am Main, Germany
https://orcid.org/0000-0002-6906-0998

Past Rules: Uses of History in Brazilian Legal Hermeneutics (1850s-1915)

EL PASADO Y SUS REGLAS: USOS DE LA HISTORIA EN LA HERMENÉUTICA JURÍDICA BRASILEÑA (1850-1915)

O PASSADO E SUAS REGRAS: USOS DA HISTÓRIA NA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA (1850-1915)

Arthur Barrêtto de Almeida Costa[1]

Abstract
The historical element is a method of legal interpretations proposed by Savigny in the 19th century. But what does it mean when we move from theory to actual interpretation? In this article, I analyze which facts were selected by Brazilian lawyers to construct this historical element, which were the criteria used to grant normative value to historical information and which sources were employed in this process. I analyzed newspapers, annals of parliament and law books. I concluded that the historical element comprised many different meanings in the 19th century, including legislative history, social context and narratives. However, by the 20th century, it had been reduced to legislative history, focusing mostly on the analysis of amendments. In both periods, this history, written with practical intent, was deeply contextual and concrete: lawyers tried to identify the will of the legislator, *i.e.* the actual person who wrote a piece of the statute. To identify this will, they used mostly the annals of parliament, but could rely even on personal testimony or eyewitnesses.

Keywords
Historical Method; Historical Element; Legal Hermeneutics; History of Legal History; Legislative History; Brazilian Law.

Resumen
El elemento histórico es un método de interpretación del derecho propuesto por Savigny en el siglo XIX. ¿Pero qué significa cuando pasamos de la teoría a la interpretación práctica? En este artículo, analizo qué hechos fueron seleccionados por los juristas brasileños para construir este elemento histórico, qué criterios se utilizaron para dar valor normativo a la información histórica y qué fuentes se emplearon en este proceso. Analicé periódicos, actas parlamentarias y libros jurídicos. Llegué a la conclusión de que el elemento histórico tenía muchos significados diferentes en el siglo XIX, como historia legislativa, contexto social y narrativa. En el siglo XX, todavía, se redujo a la historia legislativa, y especialmente al análisis de las enmiendas. En ambos periodos, esta historia escrita con intención práctica era profundamente contextual y concreta: los juristas trataban de identificar la voluntad del legislador, es decir, la persona real que había redactado una parte de la ley. Para identificar esta voluntad, recurrían principalmente a las actas del parlamento, pero podían basarse incluso en declaraciones personales o de testigos.

Palabras clave
Método histórico; elemento histórico; hermenéutica jurídica; Historia de la Historia Jurídica; Historia Legislativa; Derecho brasileño.

Resumo
O elemento histórico é um método de interpretação do direito proposto por Savigny no século XIX. Contudo, o que ele significa quando passamos da teoria à interpretação concreta? Neste artigo, analiso quais fatos foram selecionados pelos juristas brasileiros para construir esse elemento histórico, quais foram os critérios

utilizados para conferir valor normativo às informações históricas e quais fontes foram empregadas nesse processo. Analisei jornais, anais do parlamento e livros jurídicos. Concluí que o elemento histórico tinha muitos significados diferentes no século XIX, incluindo história legislativa, contexto social e narrativas. No século XX, no entanto, ele foi reduzido à história legislativa e, principalmente, à análise de emendas. Em ambos os períodos, essa história escrita com intenção prática era profundamente contextual e concreta: os advogados tentavam identificar a vontade do legislador, ou seja, a pessoa real que havia escrito uma parte da lei. Para identificar essa vontade, eles usavam principalmente os anais do parlamento, mas podiam se basear até mesmo em depoimentos pessoais ou testemunhas.

Palavras-chave
Método histórico; elemento histórico; hermenêutica jurídica; História da História Jurídica; História Legislativa; Direito brasileiro.

Como citar este artigo
COSTA, Arthur Barrêtto de Almeida. Past Rules: Uses of History in Brazilian Legal Hermeneutics (1850s-1915). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2429, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202429

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

When the Past Rules the Present: Introduction

Can history have a practical utility? I am not referring to the to the classical ones usually pointed out by the theory of history: legitimation tool, political instrument, nation building, naturalization process. No. Sometimes, even abstract intellectual practices such as history can have fairly uses. It can do so by waving itself into the fabric of law.

In 1840, Friedrich Carl von Savigny proposed four modes of interpretation of statutes [*Gesetze*]: grammatical, logical, systematical and—precisely—historical (Savigny, 1840, p. 214). Since then, much ink has been dropped to clarify the meaning of these canons. Some of the original features of Savigny's proposition have changed: for instance, the "logical element" has been replaced by the teleological one—that is, interpretation in view of the particular aims of a text. Despite facing severe criticism, these methods remain relevant to legal interpretation (Krell, 2014). History, therefore, has been for a long time a central feature of the intellectual arsenal of lawyers. How come that the histories they write are frequently anachronical, fragmentary, instrumental—the frequently derided "law office history"? My aim in this paper is to historicize the very uses of history in the interpretation and application of statutes in the 19th and early 20th century to understand the conditions under which history might acquire normative value for the present.

Why late 19th and early 20th century as the object of my research? A quick glimpse into the history of the uses of history in law will clarify my choice. Jan Schröder (2003) signals that until the 17th century little attention was given to historical context in the legal, normative interpretation of a text. Law was reason, and determining the immutable *ratio* behind a text was the holy grail which jurists relentlessly craved; historical information was little more than curiosity. However, in the 18th century, the concept of law acquired more voluntaristic tones. This shift meant that the will of the legislator became much more important in determining the adequate meaning of legal provisions (Schröder, 2011). Moreover, some legal dissertations with political aims relied on the past and on documents to prove their claims, paving the way for evidence-based historiography (Barbosa, 2009). But this was not enough: to give rise to a true practice of history-writing, these new theories must be accompanied by new institutional settings and publishing practices (Schröder, 2011, p. 233-235). They mostly came about in the early 19th century with the establishment of parliaments responsible for enacting statutes and publishing their proceedings.

In England, particularly, the ban on publishing parliamentary debates was lifted in 1771 (Thomas, 1959), so to foster the formation of public opinion to be circulated in newspapers (Thomas, 1996); parliamentary reports in the form of books came to be in the first years of the 19th century (Jordan, 1931). Now, across Europe, the material and theoretical conditions for the uses of history as a source of legal interpretation were finally in place. In the second half of the century, as parliamentary democracy was adopted in most European countries, the legislative history of statutes became a routine element of legal counsel's work (Schröder, 2012, p. 359-361). In Brazil, as we shall see, similar conditions emerged around the 1850s.

In the first decades of the 20th century, conditions changed. The concept of law as a subjective will was challenged and was relinquished by many in favor of the objective will, that is, its intentions were understood as an abstract reality concretized in the text of the acts of parliament. For those adopting the new perspectives, history became much less attractive[1] (Schröder, 2020, p. 204-207). On the continent, legislative history never stopped being used, though in the second post-war it was seen as "undervalued".[2]

Today, some in Brazil talk of a "revival" of the historical interpretation of law (Santana; Cardoso, 2020). This method remains widely used in Europe (Nordquist, 2011; Vogenauer, 1997; Thaler; Wiederin, 2018; Schröder, 2003) and the United States (Brophy, 2013; Erman; Perl-Rosenthal, 2018). Yet, the past still seems to rank low in the list of priorities of lawyers: with the new trends in constitutional interpretation as the concretization of fundamental rights, legal reasoning seems to be shifting towards a focus in the future rather than the past, as judges strive to free themselves from the influence of both past and present legislators.[3] The place of historical methods in handbooks of legal interpretation is modest at best.[4]

The late 19th century can be considered the golden age of historical interpretation.[5] During this era, we can see history perfectly married to law. It is thus the better setting to study the rich variety of ways in which past texts and current interpretation can be combined.

Most previous studies of the uses of history in law have focused on legitimating narratives (Gordon, 1996, 2002; Ferreira, 2019), or on theoretical debates rather than the actual practice

1 In England, legislative history was not used between the late 18th century and 1992 (Magyar, 2018; Healey, 1999).

2 The United States, however followed an exactly opposite rout. The Supreme Court authorized the use of legislative history in 1892 (Chomsky, 2000), but courts relied little in historical information until the 1930s. Then, federal lawyers used their personal experience with the increasingly complex legislative process and influence over the legislature to gain access to hard-to-find information about the history of statutes (Parillo, 2013). At least two companies specialized in providing research on the history of statutory law for lawyers were founded in 1974 (http://www.legintent.com/) and 1983 (http://www.lrihistory.com/). In the 1980s, the Regan conservative revolution brought a new breed of lawyers to the Department of Justice and the Supreme Court that laid the ground for originalism (Baumgardner, 2019). However, after the teachings of justice Antonin Scalia, a textualist, use of legislative history declined heavily (Scalia; Gardner, 2012, p. 282-300, 303-305). Nevertheless, American lawyers still use history frequently (Sawyer III, 2019).

3 Some even argue that Brazil had no constitutional history before the current constitution (Barroso; Barcellos, 2003).

4 For example, Möllers (2020, p. 151-160).

5 To place legal sciences within the broader context of the uses of history in human and natural sciences in 19th century, see Benoît Frydman (2005, p. 350-373).

of using history in statutory interpretation (Schröder, 2012, 2020; Laboulaye; Halpérin, 2013; Vescio, 2018). I, on the contrary, intend to explore how past facts were used to interpret statues and, therefore, acquired normative value.

Historical interpretation, in this sense, has far-reaching theoretical implications for both history and law that I intend to explore. From a juridical point of view, historical interpretation brings together two dimensions of social reality whose separation is at the heart of legal theory: facts and norms. If one of the pillars of jurisprudence is the chasm between *be* and *ought*, legislative history and other forms of historical interpretation builds a much-needed bridge between these two realms by granting normative value to factual statements. From a historiographical point of view, historical interpretation gives storytelling a dimension that it is often lacking: immediate practical value.[6]

To answer those questions, I collected material from the *Hemeroteca Digital* of the Brazilian National Library. I searched for several expressions related to my theme, such as *méthodo historico* and *interpretação histórica*, but the words that returned the most results by far were *elemento histórico*, which seemed to be the technical term at the time for what we now call "historical interpretation" "*travaux preparatoires*" or "legislative history". I also searched for this term in 19th century compilations of judicial decisions[7] from the Brazilian highest court, the *Supremo Tribunal de Justiça*, but they returned almost nothing. I cannot answer, with the data I have found, how important was legislative history.[8] To supplement this, I used other sources, such as law books and the annals of parliament, to explore the impacts of the historical element on legal thought more broadly. The results ranged from brief fragments to extensive pages. For each fragment, I asked the following questions: How does the author moves from a factual statement about the past to a normative claim? Which sources are used to construct the relevant facts? What is the role of statutory law *vis-à-vis* other sources of law? What facts are deemed relevant or not? Are there formal or informal rules for interpreting the "historical element"?

The answers varied over time. History has its own history. In the first part of this article, I will discuss how the historical element was used during the Empire, when the classical rules of hermeneutics were received in Brazil and applied—even with canonical citations of Savigny. The second part will deal with hermeneutics in the first half of the First

6 For discussions on the "practical value" of historiography, or its lack thereof, see Constantin Fasolt (2004), Desautels-Stein and Moyn (2021), Anne Orford (2021) and Ian Hunter (2019).

7 Particularly, the *Arestos do Supremo Tribunal de Justiça*, organized in 1885 by Cândido and Fernando Mendes de Almeida, and the three-volume *Jurisprudência dos Tribunais*, compiled by Manuel da Silva Mafra in 1887.

8 On the risks of historical research in searchable digitized collections, cf. Underwood (2014) and Lara Putnam (2016).

Republic. The enactment of a new constitution renewed interest in uncovering the will of legislators. However, this process soon became stultified, setting the stage for new theories of interpretation to challenge the traditional outlook in the 1910s and 1920s.

I hope that this article can be useful for both historians and lawyers. If lawyers can better learn with historians how to empirically ground their working material—after all, statutes, books and court rulings are fundamentally historical texts—, historians can use the secular experience of law and the vast field of legal hermeneutics to better grasp the troubled relationship between past texts and present uses. By conflating *Historie*—the overarching narrative—and *Geschichte*—the force of facts—[9], the historical element shows how history can mediate the relationship between past and present that is fundamentally constitutive of law.

1. Legal Hermeneutics at the Political Tribune: Historical Interpretation in Imperial Brazil

The imperial Brazilian constitution of 1824 was imposed by emperor Pedro I, and the civil code remained a mirage until 1916, meaning that civil law was regulated by the 1603 *Ordenações Filipinas*, a classical example of Early Modern legal compilation. Therefore, none of them was debated in parliament. One might assume that if the very normative spines of both public and private law were promulgated without public debate, little historical information could be extracted from them. Not true. Brazilians looked way beyond the traditional sources for the "historical element": they used ordinary statutes, administrative documents and even contracts. In this section, I will first discuss what was this historical element and its relationships with 19th century legal hermeneutics. Second, I will discuss which kind of information was selected by lawyers to be turned into historical fact and vested with the power of legal command. Third, I will present the first seeds of a tendency that would gradually transform attitudes towards history: historical interpretation not merely as the understanding, but as criticism of the legislator.

The term "historical element" could label quite different kinds of information: it could mean the law of the past, legislative (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1860; 1869a), judicial or administrative precedents (Correio Paulistano, 1862), a narrative, information on the legislative history, or mere tradition (Imprensa Academica, 1868; Revista Mensal do Instituto Scientifico, 1866; Nogueira, 1873). The expression and its double "*método histórico*" were at first used in Brazil to refer to political analysis in the 1830s (Montezuma, 1836).

9 See Reihart Koselleck (2006).

By the 1850s, it started to be used in literary criticism (Diário do Rio de Janeiro, 1855a); in the 1870s, it was applied to political economy (Diario de Pernambuco, 1878); and by the 1880s, it was used in grammars that describe the history of language (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1877).

For law, 1850s are the initial point. But in the 19th century, the historical element was used not only by judges and jurists as expected, but mostly by legislators. Back then, one of the main functions of parliament was legal interpretation: the so-called authoritative or authentic interpretation (Paula Batista, 1872, p. 8-10; Pimenta Bueno, 1857, p. 69-83). This practice encouraged the highest political body—the National Assembly—to engage in debates on technical issues of statutory interpretation, discussions that often recall law conferences more than political disputes. Although Savigny (1840, p. 206-212) criticized authentic interpretation, Brazilian congressmen did not hesitate to cite the German jurist in parliament.

The historical element, therefore, was not always interpreted orthodoxically. To introduce its practice, I will discuss one case in which historical interpretation was repeatedly employed: the parliamentary debates on the act 1.083 of 22 August 1860, the so-called impediments act (*lei dos entraves*) (Brazil, 1860).

This statute was enacted in the aftermath of a cambial crisis that happened in 1857. A bank crisis in the USA led to a drop in the value of the dollar. In response, the Brazilian minister of finances authorized six banks to issue more paper money. After the crisis passed, however, the president of the *Banco do Brasil*, urged the government to restrict the credit so the banks would have to destroy paper money in order to bring the value of the *real* in line with the gold standard (Iudícibus; Ricardino Filho, 2012). The government subsequently sent a project to parliament reestablishing the gold standard, which would three years later become the impediments act.

During the debate of the bill in parliament, the Viscount of Uruguai, a conservative leader and later prominent administrative law scholar, used the historical argument to prove that the future impediments act was nothing more than an interpretation of the previous act 683 of 5 July 1853 (Brazil, 1853). Uruguai argued that "through the historical element, we know the state of law on the matter when the statute was enacted, and we verify if it follows or annihilates the traditions of the legislation" (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1859; Jornal do Commercio, 1859). He then analyzed several statutes from the 1820s and 1830s to demonstrate that they had always gone in the direction of reducing the circulant medium to revalue the currency and keep it in line with the metal reserves. The bill under discussion went in the same direction, and therefore, brought no innovation to the Brazilian legal order. Therefore, it should be enacted by parliament as an interpretative statute. Deputy Dantas responded employing the same historical element to state that the 1853 act was not obscure and, therefore, did not need to be interpreted. He also read speeches from the author of the statute supporting his interpretation (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1859). Deputy Fernandes da Cunha also read

several past statutes illustrated how paper money had always been presupposed as legal tender in Brazil (Correio Mercantil, e Instructivo, Politico, Universal, 1859a).[10]

A few years later, in 1861, parliament tried to interpret this interpretative statute with the budgetary act (Jornal do Commercio, 1861). In a speech at the senate, Luís Pedreira do Couto Ferraz, Viscount of Bom Retiro, stated that the house should use the historical element, that is, the will of the legislator and the parliamentary debates. By legislator, he meant the very person who actually wrote the bill that became law. In that case, who was the lawgiver? Ferraz himself. He went up to the tribune and said that "[I] *reveal* that, when [I] presented the substitutive amendment [...], [I] intended to establish the maximum of the emission of banks according to the medium term of certain trimesters". He went further, also revealing that the commission that should review the project, through one of its members, the Viscount of Sapucaí, had asked him what he meant by the phrase "the sum of banknotes in circulation". Ferraz responded that this referred to the money actually in the hands of people. Sapucaí was a senator at the time, so, by referring to this previous conversation, Ferraz provided a witness that his interpretation of the statute was not a present and voluntaristic one, but rather the view he held when the filled the bill.

This story demonstrates two points about historical interpretation in imperial Brazil. First, legislative history was the central, but not the single meaning of "historical element". Interpreters could resort to past statutes and to the state of the law at a given point in time, as Uruguai did, or to the meaning previously attributed to a word, like the Rural Bank. Second, the legal theory behind legal hermeneutics at the time was deeply concrete. Today, we tend to understand "legislator", "court", "constituent power", etc. as abstract entities. Not in the nineteenth century legal debates: then, "legislator" meant the person who actually wrote the bill or those that were in the room when it was voted; "will" meant the volition of the person who filed the bill.

Therefore, what was the relation between this "historical element" and the German historical school? A somewhat close one, on the beginning, but it faded away after a few years. The very term "historical element" [*historisches Element*] was coined by Savigny[11] – and some Brazilians were aware of it. Both the Viscount of Uruguai (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1859) and his adversaries (Correio Mercantil, e Instructivo, Politico, Universal, 1859a; Correio Mercantil, e Instructivo, Politico, Universal, 1859b), for instance, cited the German legal historian during the debate on the act of impediments. This was not the last time that the Frankfurt jurist was cited in parliament (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1869b). References to Savigny and the historical method abound in the few works of theory published in

10 Later, the debate spilled to the press: Correio Mercantil, e Instructivo, Politico, Universal (1859a).

11 On the reception of Savigny in 19th century Brazil, see Souza (2015).

19th century Brazil discussing legal hermeneutics (França, 1861; Mello Junior, 1861; Paula Batista, 1872). Moreover, the article from Édouard René de Laboulaye *De la méthode historique en jurisprudence*, got a Brazilian translation in the very same year when it was published in France, 1855. Brazilians were therefore somewhat up to date with recent European developments.

When these theories were subjected to pressure on the ground, however, they morphed into different – and sometimes unconventional – configurations. Savigny briefly described only the four elements – historical, systematic, grammatical and logical/philosophical (later, teleological) –, leaving theoretical voids to be filled. Which leads to my next question: what were the relations between these four different elements?

Paula Batista (1872, p. 14-15) slightly diverges from Savigny. While he starts with the German scholar's system, he merges the systematic and historical elements into a single, "scientific" one. He explicit adopts the maxim *interpretation cessat in claribus*, contrary to Savigny. This shift suggests that the Brazilian jurist had placed the historical element into a secondary position. For instance, Paula Batista highlights the importance of legislative history for, but primarily mention this method for resolving obscurities in the law (Paula Batista, 1872, p. 36-37). In his discussion of the motives and ends of the law, he does not mention that legislative history could be used (Paula Batista, 1872, p. 36-37).

Paula Batista – though very influential – was not entirely aligned with the mainstream of Brazilian legal practice. More than once, congressmen interpreting previous statutes in parliament asserted that the only elements of interpretation were the grammatical and the historical ones (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1868; Jornal do Commercio, 1868). They argued that if interpretation was meant as the unveiling of a will embedded in the text,[12] then only two fields needed investigation: the text itself and its creation process. Some conflated the teleological element with the legislator's intentions, which they believed should be explored through history.[13] In some cases, it was even suggested that if there was a conflict between text and legislative intent embodied in history, the latter should prevail (A Provincia do Espirito Santo, 1886).

To understand the unrelenting presence of history in interpretation, we must explore the tensions between the systematic and historical elements – an iteration of the ancient clash between dogmatics and history. In 19th century Brazil, time could beget structure, as we can see in a discussion that took place in Parliament in 1871 (Annaes do Parlamento Brasileiro,

12 Slightly different from Savigny (1840, p. 213), which conceived interpretation as the reconstruction of the thought, and not the will of the legislator.

13 Examples in Manuel Azevedo (1876) and Manoel Mafra (1877).

1871). Emperor Pedro II was about to leave the empire, and the National Assembly was voting on the authorization. Deputy Coelho Rodrigues discussed whether the houses should also elect the regent and determine the limits of the regency using the historical element – that is, "the complex of circumstances that preceded, followed and determined the legislative disposition" (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1871). But what were those circumstances for a constitution granted without legislative approval? Coelho Rodrigues pointed to two elements. First, he argued that the unenacted 1823 project of constitution explicitly stated in article 44, § 2nd, that the assembly was responsible for electing and determining the limits of the regency. When emperor Pedro I unilaterally dissolved the assembly, he stated that the new constitution would be "twice as liberal as the project"; therefore, the 1824 charter could not grant the legislative branch less power than the 1823 project. Second, the Portuguese constitution of 1826 was considered as a historical clarifier of the Brazilian 1824 one, as they were almost identical and granted by the same emperor/king. In 1852, the Portuguese legislature enacted an interpretative additional act concluding the constitution should be read as imposing that parliament should elect the regency. According to Coelho Rodrigues, the Brazilian constitution must forcefully follow the same logic. This was not the only instance in wich Portuguese interpretative acts were argued to apply to Brazil (Diario do Rio de Janeiro, 1872). Both arguments from Coelho de Souza collect historical evidence, but they use those data to systematically interpret the constitutional text.

But this was not always the case. In the 1850s, an opinion article argued that the Brazilian commercial code was based on the French and Spanish codes and, therefore, they should be used to interpret the Brazilian document. However, the author classifies this procedure into the "systematic element" (Diario do Rio de Janeiro, 1855b). We could also recall the 1860s debates on the nature of the moderating power between Brás Florentino Henriques de Souza, Zacarias Goes de Vasconcellos and the Viscount of Uruguai.[14] Much of their discussions concerned the true meaning of Benjamin Constant's work and his concept of *pouvoir neutre*, which was considered the "origin" of the Brazilian moderating power. Those debating did not bother to clarify whether they were doing history or system.

1.1. The Anatomy of History: Which Facts Became History in Imperial Legal Hermeneutics?

What kind of factual information assembled in law books was granted normative force by interpreters? I found six classes of historical information to which normative value was attributed.

14 On this debate, cf. Walter Guandalini (2016). On the moderating power in the Brazilian constitution, cf. Lynch (2005).

First, as previously discussed, legislative history as a key component. The process of a bill coming into law was scrutinized by jurists and lawmakers in search for the intention of the legislature, or, more frequently, of the legislator himself. Debates were often cited, sometimes with precise references to the pages of the annals where they could be found. Other frequently used resources were rejected amendments (Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, 1868; Jornal do Commercio, 1881), especially when the motives for reasons were debated.[15] Lawmakers sometimes compared the text of statues before and after an amendment to find out whether the final command should be interpreted restrictively or broadly (Jornal do Commercio, 1884; O Tempo, 1880). When a bill was filed by the government, interpreters could cite ministerial reports (Jornal do Commercio, 1886a), opinions from the Council of State (Correio Paulistano, 1862) or exposition of motives (Jornal do Commercio, 1889a) to understand the executive branch perspective, as well as reports from parliamentary commissions (Correio Paulistano, 1877) and reports of the lawmaker who filed the bill (Diario do Rio de Janeiro, 1871). Generic mentions of the discussions abound (Jornal do Commercio, 1868). Finally, Legislative history was not univocal, as deputies frequently diverged in their interpretation of the annals of parliament.[16] This divergence implied that references to legislative history were considered strong arguments, requiring rebuttals.

Second, we have past law. In these cases, the interpreter analyzed the state of the legal system at the time a given statute was enacted to determine whether the new text had changed the tradition of Brazilian law or simply followed the rules already in place. This analysis could involve reviewing past projects, for instance (Annaes do Parlamento Brasileiro, 1869c; Jornal do Commercio, 1886b); or studying the history of applicable roman law (Nogueira, 1877); or precedents (Jornal do Commercio, 1888a).

Third, genetic origin. That is, if a statute reproduced the wording of preceding legislation, this legislation should be used to clarify the meaning of the new statute. This approach was used when the Criminal Code was interpreted in light of the 1603 Portuguese ordinations,[17] and when the ordinations themselves were interpreted according to Roman law (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1870).

Fourth, narrative. Sometimes, jurists departed from the traditional approach of analyzing individual facts and instead arranged them into a narrative claiming normative significance. For instance, Silveira Martins analyzed the legislation on slavery and argued that each

15 Example from the Tribunal da Relação do Ceará (1877).

16 Example of a deputy arguing that the speech of a previous legislator in the debates of an electoral statute referred to the second, and not to the first election, as the first lawmaker had implied: Jornal do Commercio (1877).

17 That was the case in a ruling from the *Supremo Tribunal de Justiça* (1877) and on Jornal do Recife (1887).

statute enacted over time intended to broaden freedom from the restrictions imposed by previous legislation (Jornal do Commercio, 1886c). Therefore, in case of doubt, new statutes on slavery should be interpreted in favor of freedom. Other examples could follow (A Regeneração, 1873; Diario do Rio de Janeiro, 1873; Perdigão, 1879).

Fifth, factual context. This could simply entail banal clarifications, such as the meaning of a word in the past (Constitucional, 1864), or more complex remarks, such as that if the conditions under which the statute had been enacted changed, its interpretation must also be modified (Jornal do Commercio, 1887, 1888b, 1889a, 1889b, 1889c).

Sixth and last, interpretative tradition. Jurists were much deferential to reiterated unopposed practices, especially when these practices reflected the government's understanding of the law. Sometimes, the "historical element" was found on ministerial reports interpreting a statute, and, therefore, providing the government's view (Correio Mercantil, e Instructivo, Politico, Universal, 1866). For instance, in 1876, the *Tribunal da Relação do Rio Grande do Sul* (1876) interpreted that the provision stating that slaves who left the country became free did not apply to those merely transiting abroad using both parliamentary records and extradition treaties signed with Uruguai. The judges considered that, if the government thought extradition of slaves was possible, the executive considered that, in some cases, Brazilian slaves abroad were still slaves. Whenever possible, judges tried to follow the executive interpretation of statutes, instead of using law to check and control the administration.

Jurists looked sought out some classes of facts that could have normative consequences. And, if they were looking, there was certainly people offering such information to them. Several legal books provided the "historical element" of the themes they addressed for counselors, judges and others use in their court practice.

For instance, Bandeira Filho's (1876) book on the act on non-Catholic marriages has a whole section dedicated to the "historical element", featuring opinions from the Council of State and commentaries on parliamentary debates. Other books extensively discussed parliamentary debates,[18] or were preceded by historical introductions intended to assist with interpretation.[19] Joaquim Pires Machado Portella's (1876) book had a whole section called "sources of the Brazilian constitution" in which he transcribed the articles from foreign constitutions (mainly the Portuguese, French and Spanish ones) and the botched 1823 project of constitution. According to a review, this work allowed the "study of the history of our constitutional law", helping "the reader to determine his interpretation on many controversial

18 See the Viscount of Uruguai's book on administrative law and Belizário de Souza's book on electoral law (Diario do Rio de Janeiro, 1872).

19 Cândido Mendes de Almeida's *Ordenações Philipinas* (Godoy, 2021) and *Direito Civil Eclesiástico Brazileiro* (Martins, 2021, p. 41-42).

issues" (O Globo, 1876). Finally, Cândido Mendes de Almeida provided historical information through his editions of other authors' works. A review of his edition of the *Princípios de Direito Mercantil* highlights that he added several abrogated statutes from before the enactment of the Brazilian Commercial Code, which would be useful for the "interpretation of our code by the historical element" (Diario do Rio de Janeiro, 1872).

An important resource that facilitated the integration of history into legal interpretation was the book *A consituinte perante a história* (*The Constituent Assembly [of 1823] before History*), from Joaquim Ignácio Homem de Mello, published in 1863. In this book, Homem de Mello presented the botched project of 1823 and the 1824 constitution side by side, showing the deep relationships between the two texts. Since there were no surviving procedures from the Council of State that drafted the Brazilian constitution, the author argued that this comparative approach was the only method to apply "the history of the law" to "the interpretation of our constitution" (Actualidade, 1863). By comparing the two texts, interpreters could see which doctrines the drafters of the constitution had accepted, rejected, widened or restricted. By doing so, "the interpreter can, at least approximately, follow the affiliation of ideas inside the spirit of the lawgiver and almost restore his thought" (Actualidade, 1863).

Bandeira Filho, the Viscount of Uruguai and Cândido Mendes: all of their books suggest that the interpretative practices I have been describing herein were not exceptions, but rather common enough to affect how law books were written.

Scholars, judges and lawmakers meticulously scrutinized every move of previous legislators in a frantic and deferential search for their will. However, after such close study, they began to realize that lawgivers might not warrant that much respect; Brazilians started to make such delusive findings in the 1880s. For instance, an opinion article from 1887 discussing the Rio de Janeiro state act 2,848 on tax law laid bare how sloppy the legislative procedure could be, showing how drafters failed to update cross-references in the text after the bill had been amended (O Fluminense, 1887). The writer argued that the original intention of the legislator should be followed rather than the poorly drafted text.

Poor wording might demonstrate that lawmakers were not the very incarnation of reason. Unveiling the political and sometimes unscrupulous intentions of legislators could erode the legitimacy of the previously sacred will of the Lawgiver. And there was hardly anything more politically charged in 19th century Brazil than slavery. The dubious intentions of legislators were laid bare on the debates concerning the sexagenarians act, an 1885 statute that freed over 60 captives and setting a 13-year timeline for the abolition of slavery. A year after this statute was approved, some deputies clashed over whether the mandatory decrease of the price of slaves should start from the day the statute was promulgated or from when the slave was registered. Senator and Prime Minister Baron of Cotegipe argued in parliament that, when the bill was being debated, deputy Ulysses Vianna intended to present an amendment declaring that the devaluing of slaves should start when the statute was enacted (Jornal do Commercio, 1886d). However, politics got in the way: if both liberals

and conservatives were backing the bill, the latter would drop their support if the amendment was approved. Vianna therefore retreated from his proposition. This, according to Cotegipe, proved that deputies intended that the devaluing would start only after slaves had been registered. Senator Saraiva, however, counter-argued that Araújo Gois had presented an amendment stating that the devaluing of slaves should start after the register, however, it was rejected (Jornal do Commercio, 1886e), and Cotegipe's understanding had also been repudiated. Later, Vieira himself published a letter clarifying that he had retracted his amendment because he believed that, after the other one had been rejected, the will of parliament had been clarified (Jornal do Commercio, 1886f).

In the annals of parliament, jurists could not find the abstract *Legislator*, but rather a fractious and conflictive mass of lawmakers divided in groups struggling for power. As Joaquim Nabuco wrote commenting on the law of slavery, if one delves into the parliamentary records "down to the detail, one arrives to this true and shameful wound of our county, that statutes or regulations on slaves are made by those directly interested in slavery" (O Paiz, 1886). The historical element here not only supported the application of the law, but also served to delegitimize statutes.

In the Brazilian empire, even though the constitution had been granted without debate in parliament and many statutes came from early modern kings or even Roman antiquity, jurists found creative ways not only to discuss the history of statutes, but also to use the information they found to meaningfully interpret and apply positive law. How would this practice fare after legal reforms in the early Republic?

2. The Shadow of the Constitution: Historical Interpretation – And Constitutional History – In the First Republic

When a country changes its political regime, the balance of times shifts: the past yields to the future. Yet, after dust settles, compromises must be found. After the monarchy was overthrown in 1889 and the new constitution was enacted in 1891, Brazil had to reconcile the new foundations of order with a legal system and political class that still bore many continuities with the immediate imperial past. This contradictory, tense environment was also reflected in the evolution of the historical element in Brazilian hermeneutics. Two parallel movements influenced how Brazilians used the past to interpret law: first, the historical element gained importance; second, the very meaning of this historical element became more restricted, as most historical analysis focused on the constitution, and the pool of sources from which Brazilians drew shrunk, mostly comprising legislative history. These two movements are the main topic of this section.

Three phenomena demonstrate that the historical element features more prominently in First Brazilian Republic law: it affected the very meaning of parliamentary debates; legal literature aimed at providing the historical element emerges; and the first consistent pushbacks against the historical element take place.

Parliamentary debates. Several examples reveal that deputies and senators believed that their discussions at the house floor served also (or even mostly) to clarify the true meaning of the law for future interpreters. Coherently, deputies lamented when bills were rushed into approval without debates, as this would mean that the legislative will would remain obscure (Minas Geraes, 1894). Lawmakers praised the speeches of colleagues for explaining the bill so that a historical element would be registered in the annals of parliament (Minas Geraes, 1899; O Estado do Espirito Santo, 1891), and bemoaned those who remained silence precisely because future interpreters would be left unaided (Correio Paulistano,1913; Annaes da Camara dos Deputados – ACD, 1893). They explicitly declared that they made speeches (ACD, 1902, 1907a, 1914a), raised questions (ACD, 1913a) or presented votes in writing (ACD, 1914b) to clarify the meaning of the bill for future interpreters.

If the annals of parliament were the golden book casting light over statutes, their contents would be fiercely disputed and sometimes misused. It was a common practice for judges and lawyers to argue that, if an amendment had been voted down by parliament, the doctrine it espoused had been rejected. Some deputies declared in speeches that their votes should not be interpreted in this way (ACD, 1903a, 1907b). In a debate in 1907, deputy Rivadávia Corrêa cracked under the weight of the responsibility: when he presented some amendments, he said his justifications should not be used as a historical element in future interpretation, as he was just exploring possible arguments (ACD, 1907c). Lawmakers were aware that whatever they said inside a parliament building would be used for interpretation. Antônio Carlos reached a level of paroxysm when, on the floor of parliament, he reproached his colleagues for taking too long to discuss the wording of a statute. He argued that the meaning of the document had been so thoroughly debated that the annals sufficed to clarify the legal commandment, regardless of the exact wording to be chosen (ACD, 1912a). Why bother so much with the text when history was illuminating enough?

A second proof of how important the historical element had become was that the legal literature increasingly catered to its audience with the past in mind. For instance, an electoral law book by Oscar de Macedo Soares was praised for relying mostly on legislative history to comment the law (O Paiz, 1909a). However, history found its true home in constitutional law, with its most ardent promoter being Felisbelo Freire.[20] He wrote a three-volume collection on Brazilian constitutional history. The first volume discussed republicanism, while the second one described the provisional government from 1889-1891. Volume III, more interestingly for our purposes, described the Constituent Assembly. The work commented on each article of the original project along with its amendments and debates, supplemented by notes

20 On early Brazilian constitutional history, cf. Godoy and Amaral Júnior (2016) and Galvão (2017).

taken by Freire himself, who had been a member of the assembly (Freire, 1895, p. XII). These notes were meant to provide the "historical element, indispensable to determine the true meaning of the constitution" (Freire, 1894, p. XII). The book was designed to be a sort of hermeneutic toolbox for jurists. The proof? Freire himself, after being reelected to parliament, repeatedly cited his book in speeches to use the "historical element" to interpret constitutional provisions (ACD 1910a, 1915a, 1915b, 1915c, 1915d; O Paiz, 1909b). He was an enthusiast of the historical element, and was not restricted to his own work. When an article of the State Constitution of Bahia was being debated in the federal parliament, he took a printed version of the annals of the Bahian Constituent Assembly, raised it and declared: "here it is a precious book", and stated that he tried to obtain the annals of every state "to get this historical element" (ACD, 1905a).

Freire was not alone; other deputies and senators cited his book (ACD, 1901), and even traditional commentaries of the constitution (Jornal do Commercio, 1901, 1904; O Jornal, 1926), to find historical information. In reviews, Freire's and Barbalho's books were praised for filling the gap left by the absence of comprehensive commentaries on the 1891 constitution (Diario de Pernambuco, 1903; Jornal do Recife, 1908), as the annals of parliament were seen as providing the true "development to the doctrines of the constitution" (O Jornal, 1926). Therefore, constitutional history was born in Brazil out of the historical element. It may not be a coincidence that it was also in the 1890s that legal history gained a place in law schools' curricula, with the first book on the discipline being published by Isidoro Martins Jr.[21]

So much attention to the historical element invited backlash, though criticism usually did not entirely dismiss the usefulness of historical investigation (O Paiz, 1910). Judge José Viveiros de Castro, for instance, argued that history bore no value against the clear text of the statute (Jornal do Commercio, 1898). He pointed out that parliamentary debates were often chaotic, and more significantly, that relying on the historical element could petrify the law and hinder the "most useful cooperation from case law". But even though he defiantly declared that he does "not need to shake the dust in archives fighting the bookworms for fragments of rejected amendments", in another text from the next year, he admitted that the historical element could bear some value even against the crystalline constitutional text (A Federação, 1899). Others went further and implied that "reconstruct the thought of the legislator" was nothing more than a trick to distort the law (O Paiz, 1911a), a "fog" covering the truth (Jornal do Commercio, 1899). One statement, however, stand out. Deputy Paranhos Montenegro, a former judge, pointed out that the historical element had little impact on the application of statutes because "we do not legislate only for capital cities and illustrated

21 For those developments in Germany, cf. Gerhard Dilcher (1998).

judges": in the backlands, where less-educated magistrates worked, it was hard to access the annals (ACD, 1894). Thus, the historical element was criticized by judges as a straitjacket for courts and as something found in inaccessible repositories.

Now we proceed to the second phenomenon affecting the uses of history in legal hermeneutics: restriction. In the two decades following the promulgation of the new constitution, lawmakers frequently turned to the annals of 1891 to understand what had been intended – frequently by themselves, as many members of the constituent assembly remained in parliament. During this period, constitutional interpretation dominated the agenda of the historical element, with other objects of historical inquiry returning only in the early 1910s. Moreover, the historical element came to mean almost always "legislative history". There were still some forms of narrative construction (ACD, 1905b) or "genetical interpretations" of the constitution (Diario de Pernambuco, 1905), especially confronting it with its American inspiration (Jornal do Commercio, 1896a; ACD, 1896, 1897; O Paiz, 1893), or the still-valid Philippine ordinations (Gazeta de Noticias, 1892; Jornal do Recife, 1894), but those were exceptions.

Legislative history also narrowed. The lawgiver's intent was now demonstrated almost exclusively through amendments presented during debates on the bills. Jurists pointed out to which parts of the text had been changed positively to demonstrate the intent of the Parliament (Jornal do Commercio, 1891a, 1897, 1904; ACD, 1892a; Gazeta da Tarde, 1901; O Paiz, 1907). They explored evolution of the text throughout the legislative procedure to show the general thrust of parliamentary intent (ACD, 1891a, 1912b, 1915d). Most controversially, they relied on rejected amendments to demonstrate that the lawmakers had demised certain rules or theories (ACD, 1891b, 1901, 1910b, 1911a, 1912c, 1913b, 1915b, [*s.d.*]; A Imprensa, 1911; A Rua, 1915; Jornal do Brasil, 1911; Jornal do Ceará, 1904; Jornal do Commercio, 1891b, 1896b; O Imparcial, 1913; O Paiz, 1911b; O Pharol, 1901). These amendments were sometimes interpreted with the aid of speeches from their sponsor (ACD, 1892b, 1895, 1913c; A Republica, 1906; Gazeta de Noticias, 1896; Jornal do Commercio, 1891c; O Dia, 1905), written declarations of vote (ACD, 1891c) and written motivations of amendments (ACD, 1893) but such documents were rarely available. Therefore, interpreters frequently found themselves having to face only the bare amendments. This could lead to dissent, as different people with varying objectives could see diverging meaning in such thin evidence as the fate of an amendment. This was what happened in four of the five major debates of the early years of the Brazilian Republic that revolved around the historical element. These debates included the limits or professional liberty, the criminal responsibility of priests celebrating religious marriages before civilian ones (ACD, 1900a; Correio Paulistano, 1893; Gazeta de Noticias; 1893; Jornal do Commercio, 1901; Republica, 1891), the fate of goods from religious orders (ACD, 1893, 1911b; Jornal Pequeno, 1911; Jornal do Commercio, 1891a) and municipal autonomy (A Republica, 1906; A Rua, 1915). All of them concerned parts of article 72 of the 1891 constitution—its Bill of Rights—and amendments proposed during the drafting of political charter.

Let us explore the most important of these debates: the one concerning professional freedom, unfolding from the onset of the new constitutional regime all the way to the 1910s. Art. 72, § 24, of the constitution guaranteed freedom to pursue any profession, but at the same time, the 1890 Penal Code criminalized the "illegal exercise of medicine" (art. 156, sole paragraph), and many states required that those willing to be admitted to the bar hold a law school diploma. This raised the question: Were those restrictions constitutional? Many figures, such as judge Francisco José Viveiros de Castro, argued that if the plain text of the constitution did not restrict professional freedom, other statutes could not establish conditions (Jornal do Commercio, 1898). Their adversaries, however, mentioned that two amendments had been filed before the constituent assembly stating that the law should not require diplomas from those willing to enter a profession; however, these amendments were later rejected. Jurists disagreed on the legal meaning of this rejection. Advocates of restricted professional freedom defended that rejection of an amendment meant rejection of its motives (ACD, 1913b; Jornal do Brasil, 1896). Moreover, the amendment had been presented by positivist congressmen, and was present in the project of constitution drafted by the Positivist Apostolate; since positivism was defeated within the 1891 assembly, its ideas should be discarded as well (Jornal do Brasil, 1895). Advocates of wide professional freedom relied on the bare text of the constitution (Jornal do Commercio, 1899; O Paiz, 1911a), and alleged that the amendments were rejected only because the text was already clear enough (A Federação, 1899).

This debate covered one of the major contending points of the hermeneutics of parliamentary history: how to interpret the rejection of an amendment? Many jurists highlighted that *a contrario sensu* interpretations were valid only when supported by additional evidence, such as speeches and written declarations. A deputy, for instance, recalled that during the constitutional assembly, Francisco Badaró filed an amendment declaring the constitution was the supreme law of the Republic and could not be revoked by any statute. Though this amendment was rejected. The congressmen stated that it would be absurd to infer that the constitution could be revoked by ordinary statutes (ACD, 1902). Reading into amendments was risky.

Interpreters nonetheless craved certainty. In their pursuit of safe ground, jurists – and legislators – clenched to what is perhaps the most concrete evidence of legislative will: testimony from past lawmakers.[22] On at least three occasions, when the true meaning of a past statute was being debated in parliament, deputies or senators who had either helped draft the bill (ACD, 1905c) or witnessed the debates back in the day (Minas Geraes, 1893) took to the tribune to offer their "personal testimony" (ACD, 1915c) on the will of the original legislator

22 In imperial Germany, some lawmakers and people involved with the legislative process were even called to court to testify on the meaning of parts of the recently enacted Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (Thiessen, 2013, p. 65-69).

or the intention behind the rejection of a certain amendment (ACD, 1898). However, these lawmakers strived to show that they were simple witnesses of past events, and were not trying to impose their current, solipsistic interpretations. For instance, when parliament discussed the meaning of art. 34, § 10, of the constitution, Felisbelo Freire, who had proposed the amendment that became that provision but was no longer a lawmaker, sent a letter to the Chamber of Deputies clarifying his intentions: "Only I can clarify which were my intentions, my thought when I filed this amendment" (ACD, 1903b). Valuable was not his opinion, but his state of mind when filing the proposal. This is why some legislators named witnesses who could recall their past intentions, or even read their own speeches from the discussion of a bill (Diario de Pernambuco, 1906).

An apocryphal quote attributed to Otto von Bismarck states that those wishing to consume both laws and sausages should never be allowed to watch them being made. The close scrutiny of the legislative process in the early decades of the Brazilian Republic most certainly affected attitudes towards the law: statutes might be regarded with awe if they are seen as mighty grants from a mysterious Legislator, but once this Legislator acquires a name, a face, a party, spurious economic interests, or perhaps questionable moral behaviors, worship might stop. For instance, legislators interpreting past laws sometimes remarked that a certain statute had been written "in a rush" (Minas Geraes, 1897), with mistakes (ACD, 1905a; A Imprensa, 1911), was plainly "arbitrary" (ACD, 1910c), or that the constitution itself had been drafted in a turbulent context (O Paiz, 1899). And these mistakes might change interpretation significantly. The most glaring example, and the fifth major discussion that used the historical element in the First Republic, concerned the election of the president. In 1891, Deodoro da Fonseca resigned from the presidency; art. 42 of the constitution stated that "if in the case of vacancy, for any reason, of the Presidency or Vice Presidency, less than two years have elapsed, it should be proceeded with a new election" (Brazil, 1891). Some jurists, however, analyzing the annals of the constituent assembly, argued that the intended wording was "presidency *and* vice-presidency", and nor "*or*": only if both positions were vacant, a new election would be in order (ACD, 1892c; Jornal do Brasil, 1892; Jornal do Commercio, 1892). Other jurists contended that the report with which José Hygino presented the amendment that became into art. 42 clearly stated that the vice-president should replace the president only for short periods, and not definitively (ACD, 1892b). Both sides, therefore, had claims based on the historical element. Ultimately, the interpretation that prevailed was that the Constitution's wording was wrong: no election was held, and history trumped text.

Though the legislator was no longer seen as sacred, and the legal text was no longer regarded as impenetrable monument, legal theory struggled to account for the imperfections of legal and political actors. Alfredo Pujol, for instance, argued that no hermeneutical consequences could be taken from drafting errors; judges could not correct legislators, because only the authority responsible to create a legal document, such as a statute, had the

power to alter it (O Paiz, 1899). Deputy Fausto Cardoso stated that "there can be no absurd law, or a wrong or a bad one, for, though they are made by ignorant and passionate men, when they leave the terrain of passion and ignorance, they enter the general plane of legislation", where they will be harmonized with "universal reason" through the "principles of hermeneutics" (ACD, 1900b).

In early 20th century, Brazilian hermeneutics was at a crossroad. The 19th-century-hermeneutics, which emphasized statutes, remained the mainstream. However, American-style judicial review and political upheavals from urbanization complexified the relation between the political production of law and technical interpretation. By 1915, theories accessible to Brazilians were perilously ageing: Paula Batista's book, still widely cited, was more than fifty years old (ACD, 1900b; Correio Paulistano, 1912; Jornal do Commercio, 1904; O Paiz, 1899, 1911a). Savigny, was criticized,[23] but not superseded. Change would arrive within the next decade, when a new Civil Code (1916) and Constitutional Reform (1926) provided new material for historical interpretation. Additionally, new theoretical foundations were provided by Carlos Maximiliano (1925), whose work continues to be cited to this day.

3. The Normative Value of History: Final Remarks

Amaro Cavalcanti, a lawyer, worked for many years in parliament, both in the constituent assembly afterwards. This might have given him immense authority. And he used it. When art. 42 of the constitution, regulating early presidential elections, was being debated, he took to the tribune to weight in. He was not bare-handed: he held an old, worn-out notebook. He went to the front of the house and said: "I have the habit of, when I take part in any important task, to take private notes of facts and incidents". Raising the notebook, he continued: "I have here the project of constitution of 22 June, issued by the provisional government, which I used during the constituent assembly". Then, he padded the notebook, adding: "This contains the most important things that happened in the commission of the 21, and at the margin of each article I marked the names of the authors of amendments, summarizing its motives or sense" (ACD, 1892b). The "book of life", the "book of history", being held by the lawgiver-prophet, is a recurring scene. Felisbelo Freire also padded the annals of the constituent assembly inside parliament; several deputies and senators we encountered in previous pages read and cited previous speeches from books before their colleagues, as priests revealing the true word of God from the pulpit. Not by chance, Ferraz, the legislator

23 For example, José Mendes (1909) and Pedro Lessa (1903).

behind the *entraves* act, stated that he would *reveal* his intentions: Rio de Janeiro had become a new Mount Sinai where the Word flowed from the mouth of a legal prophet.

I could draw two main conclusions about how the "book of history" could guide the frequently hesitant hand of the law.

First, the meaning of the "historical element" evolved alongside changes in the sources of law and the separation of powers. In the 19th century, law was the paramount source, while the judiciary and the executive branches are meant only to apply rules. Therefore, interpreters concentrated on the will of the legislator, and troves of interpretations were performed by legislators themselves. With the advent of the Republic, however, Brazil adopted judicial review, shifting much interpretative power to the judiciary. Case-law acquired relevance. Legislators, in response, interpreted their statutes, especially the constitution, as a mere embodiment of their will. But interpreters increasingly questioned what "will" actually meant, and this method of interpretation started to be challenged. Frequently, by judges.

Second, the historical element connects facts and norms, be and ought. But in different, changing ways. During the empire, a wide array of facts could be vested with normative power: state of the law of the past (which was the original definition of "historical element" by Savigny), the general thrust of legislation, economic conditions, etc. However, this caused uncertainty: the more facts with normative power, the greater the potential for conflict. In the 1890s, uncertainty was fought by shrinking the pool of available facts: from then on, almost only legislative history could count, and, within legislative history, interpretation was mostly confined to the fate of amendments. But this was not enough: frequently, the annals of parliament themselves required interpretation. Later, these challenges, coupled with the delegitimizing effects of historical enquiry, led to a crisis in the historical element.

The history of the historical element reveals that, until the early 20th century, law and politics were entangled in unsuspected ways: a fundamental role of parliament was to interpret the law. Deputies often cited Savigny or invoked hermeneutical rules in ways that even judges frequently could not. This was possible because law was the common language of public life, and because, before mass democracy, skillful oral and intellectual performance was crucial to electoral success.

The uses of the historical element demonstrate that hermeneutics was deeply contextual a hundred years ago. The textual history of statutes and the lives of their drafters were of great importance. Facts and norms were deeply entangled, building together the architecture of law. In 19th and early 20th century legal thought, history was not a distant advisor, but a present guide, and this testifies to the enduring power of the past. While classical thought proclaimed *historia magistra vitae*, modern lawyers countered with *historia regina vitae*: in legal hermeneutics, Clio does not merely teach Themis; she commands her.

REFERENCES

HISTORIOGRAPHY

ALMEIDA, Cândido Mendes de; ALMEIDA, Fernando Mendes de. *Arestos do Supremo Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: B.I. Garnier, 1885.

BARBOSA, Samuel. Quando historiadores advogam: uso partidário do passado na história de Pedro Taques. *In*: RIBEIRO, Gladys Sabina *et al*. (orgs.). *Diálogos entre Direito e História:* cidadania e justiça. Niterói: Eduff, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, [*s.l.*], v. 232, p. 141-176, 2003.

BAUMGARDNER, Paul. Originalism and the Academy in Exile. *Law and History Review*, [*s.l.*], v. 37, n. 3, p. 787-807, Aug. 2019.

BROPHY, Alfred L. Introducing Applied Legal History. *Law and History Review*, [*s.l.*], v. 31, n. 1, p. 233--240, Feb. 2013.

CHOMSKY, Carol. Unlocking the Mysteries of Holy Trinity: Spirit, Letter, and History in Statutory Interpretation. *Columbia Law Review*, [*s.l.*], v. 100, p. 901-956, 2000.

DESAUTELS-STEIN, Justin; MOYN, Samuel. On the Domestication of Critical Legal History. *History &Theory*, [*s.l.*], v. 60, n. 2, p. 296-310, 2021.

DILCHER, Gerhard. Von der geschichtlichen Rechtswissenschaften zur Geschichte des Recht. *In*: CARONI, Pio; DISCHER, Gerhard (orgs.). *Norm und Tradition:* Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte. Köln: Böhlau, 1998.

ERMAN, Sam; PERL-ROSENTHAL, Natham. Historian's Amicus Briefs: Practice and Prospect. *In*: DUBBER, Markus D.; TOMLINS, Christopher (eds.). *The Oxford Handbook of Legal History.* Oxford: Oxford University Press, 2018.

FASOLT, Constantin. *The Limits of History*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.

FERREIRA, Jean-Philippe. Le rôle de l'argument historique dans la formation de la doctrine administrativiste française au XIXe siècle. *In*: HAKIM, Nader (org.). *L'histoire du droit entre science et politique*. Paris: Publications de la Sorbonne, 2019.

FRYDMAN, Benoît. *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Coll. Penser le droit. Bruxelles: Bruylant, Paris: LGDJ, 2005.

GALVÃO, Laila Maia. A construção da história constitucional brasileira na Primeira República: as obras de Felisbelo Freire e Aurelino Leal. *In*: LEOPOLDINO, Candida Joelma; KIERECZ, Marlon Silvestre (orgs.). *Consciência jurídica em debate*. Guarapuava: MSK, 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Cândido Mendes de Almeida, historiador do direito. *Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 182, n. 485, p. 203-224, Jan./Apr. 2021.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Felisbelo Freire: notas sobre o primeiro historiador do constitucionalismo brasileiro e o uso da história do direito como instância de argumentação política. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 3, p. 1-6, 2016.

GORDON, Robert. The Historical Argument in American Legal Culture. *In*: MODÉER, Kjell (org). *Rättshistoria I förändring*. Stockholm: Rättshistoriska studier, 2002.

GORDON, Robert. *In*: MCDONALD, Terence J. (ed.). *The Historical Turn in the Human Sciences*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1996.

GUANDALINI JR., Walter. *O Poder Moderador*: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional no século XIX. Curitiba: Prismas, 2016.

HEALEY, Michael P. Legislative Intent and Statutory Interpretation in England and the United States: An Assessment of the Impact of Pepper v. Hart. *Stanford Journal of International Law*, [*s.l.*], v. 35, n. 2, p. 231-254, 1999.

HUNTER, Ian. The Contest Over Context in Intellectual History. *History & Theory*, [*s.l.*], v. 58, n. 2, p. 185-209, Jun. 2019.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; RICARDINO FILHO, Álvaro Augusto. A primeira lei das sociedades anônimas no Brasil: Lei n. 1083 – 22 de agosto de 1860. *Revista Contabilidade & Finanças*, [*s.l.*], v. 13, n. 29, p. 7-25, 2002.

JORDAN, Henry Donaldson. The Reports of Parliamentary Debates, 1803-1908. *Economica,* [*s.l.*], n. 34, p. 437-449, 1931.

KOSELLECK, Reinhart. *Historia magistra vitae*: sobre a dissolução do topos na história moderna em movimento. *In*: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, Jan./Jun. 2014.

LABOULAYE, Édouard René de; HALPÉRIN, Jean-Louis. *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir*. Paris: Dalloz, 2013.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 611--653, 2005.

MAFRA, Manuel da Silva. *Jurisprudência dos Tribunais*. Rio de Janeiro: [*s.n.*], 1887.

MAGYAR, John. Debunking Millar v. Taylor: The History of the Prohibition of Legislative History. *Statute Law Review*, [*s.l.*], v. 20, n. 20, p. 1-27, 2018.

MARTINS, Anna Clara Lehmann. *The Fabric of the Ordinary*: The Council of Trent and the Governance of the Catholic Church in the Empire of Brazil (1840-1889). 2021. Thesis (Doctorate in Law) – Federal University of Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Porto Alegre: Globo, 1925.

MÖLLERS, Thomas. *Legal Methods*. Munich: Beck/Hart, 2020.

NORDQUIST, Richard. Nineteenth Century Legal Theory and Legislative Technique. *In*: PETERSON, Claes. *Rechtswissenschaft als juristische Doktrin*. Stockholm: Institutet for rattshistorisk forskning, 2011.

ORFORD, Anne. *International Law and the Politics of History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

ORFORD, Anne. On International Legal Method. *London Review of International Law*, [*s.l.*], v. 1, n. 1, p. 166-197, 2013.

PARILLO, Nicholas R. Leviathan and Interpretive Revolution: The Administrative State, the Judiciary, and the Rise of Legislative History, 1890-1950. *The Yale Law Journal*, [*s.l.*], v. 123, n. 2, p. 266-411, Nov. 2013.

PUTNAM, Lara. The Transnational and the Text-Searchable: Digitized Sources and the Shadows They Cast. *American Historical Review*, [*s.l.*], v. 121, n. 2, p. 377-402, Apr. 2016.

SANTANA, Carolina R.; CARDOSO, Tiago M. Direitos territoriais indígenas às sombras do passado. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 89-116, 2020.

SAWYER III, Logan E. Method and Dialogue in History and Originalism. *Law and History Review*, [*s.l.*], v. 37, n. 3, p. 847-860, Aug. 2019.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan. *Reading Law*: The Interpretation of Legal Texts. Eagan: West Group, 2012.

SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft*. Munich: CH Beck, 2020. (v. 2).

SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft*. Munich: CH Beck, 2012. (v. 1).

SCHRÖDER, Jan. The Concept and Means of Legal Interpretation in the 18th Century. *In*: MORIGIWA, Yatsumoto; STOLLEIS, Michael; HALPERIN, Jean-Louis (orgs.). *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment*: From the Rule of the King do the Rule of Law. Heidelberg: Springer, 2011.

SCHRÖDER, Jan. Zur Geschichte der historischen Gesetzesauslegung. *In*: ECKERT, Jörn (org.). Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Heidelberg: Müller-Heidelberg, 2003.

SOUZA, Thiago Reis e. Savigny-Leser in Brasilien um die Mittedes 19. Jahrhunderts. *In*: RÜCKERT, Joachim; DUVE, Thomas (orgs.). *Savigny International?* Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2015.

THALER, Michael; WIEDERIN, Ewald (orgs.). *Recht und Geschichte:* die Geschichte der Methode, die Methode der Geschichte. Vienna: Jan Sramek Verlag KG, 2018.

THIESSEN, Jan. Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialen für die Rechtsfindung. *In*: FLEISCHER, Holger (org.). *Mysterium "Gesetzesmaterialien"*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

THOMAS, Peter D. G. The Reporting of Parliamentary Debates: The Wilkes Coup of 1771. *In*: THOMAS, Peter D. G. *John Wilkes*: A Friend to Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1996.

THOMAS, Peter. The Beginning of Parliamentary Reportings in Newspapers, 1768, 1774. *The English Historical Review,* [*s.l.*], v. 74, n. 293, p. 623-636, Oct. 1959.

UNDERWOOD, Ted. Theorizing Research Practices We Forgot to Theorize Twenty Years Ago. *Representations*, [*s.l.*], v. 127, n. 1, p. 64-72, 2014.

VESCIO, Natale. Giuseppe Salvioli tra storia e riforma delle istituzioni liberali: la prolusione palermitana sul metodo storico nel diritto civile. *Archivio Giuridico*, [*s.l.*], v. 150, p. 791-836, 2018.

VOGENAUER, Stefan. What is the Proper Role of Legislative Intention in Judicial Interpretation? *Statute Law Review*, [*s.l.*], v. 18, n. 3, p. 235-243, 1997.

LEGISLATION

BRAZIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 24 fev. 1891. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Accessed on: Nov. 26th, 2024.

BRAZIL. *Lei n. 1.083, de 22 de agosto de 1860*. Contendo providencias sobre os Bancos de emissão, meio circulante e diversas Companhias e Sociedade. [1860]. Available at: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-1083-22-agosto-1860-556091-norma-pl.html. Accessed on: Nov. 26th, 2024.

BRAZIL. *Lei n. 683, de 5 de julho de 1853*. Autoriza o governo para conceder a incorporação, e aprovar os estatutos de um banco de depósitos, descontos e emissão, estabelecido na cidade do Rio de Janeiro. [1853]. Available at: https://legis.senado.leg.br/norma/542236. Accessed on: Nov. 26th. 2024.

PRINTED SOURCES

ACTUALIDADE. *A constituinte perante a história*, Sept. 28th, 1863. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/235296/2092. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

A FEDERAÇÃO. *Liberdade profissional*, Oct. 14th, 1899. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/388653/11070. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

A IMPRENSA. *A Reforma da Organização Judiciaria e das Leis Processuais*, Jan. 10th, 1911. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/245038/12666. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 29 de setembro de 1915*. [1915a]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/60646. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Aug. 11th, 1915. [1915b]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/57617. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 11 de agosto de 1915*. [1915c] Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/57614. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 28 de outubro de 1915*. [1915d]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/62955. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Dec. 25th, 1914. [1914a]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/50151. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Dec. 11th, 1914. [1914b]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/48594. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Apr. 24th, 1913. [1913a]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/30304. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 29 de setembro de 1913*. [1913b]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/34506. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Nov. 18th, 1913. [1913c]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/37163. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 9 de dezembro de 1912*. [1912a]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/27324. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Jul. 25th, 1912. [1912b]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/19319. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 16 de dezembro de 1912*. [1912c]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/28087. Available at: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 15 de julho de 1911*. [1911a]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/9682. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 11 de setembro de 1911*. [1911b]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_03/10989. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 6 de dezembro de 1910*. [1910a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_03/6095. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Oct. 23th, 1910. [1910b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_03/3734. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Dec. 6th, 1910. [1910c]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_03/6095. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*]. Dec. 14th, 1907. [1907a]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_02/47069. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Dec. 18th, 1907. [1907b]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_02/47235. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Emendas ao projecto n. 397 de 1906*, Jul. 19th, 1907. [1907c]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_02/40026. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 27 de dezembro de 1905*. [1905a]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_02/31282. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 26 de agosto de 1905*. [1905b] Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_02/28322. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Dec. 29th, 1905. [1905c]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_02/31449. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Discurso pronunciado na sessão de 13 de setembro de 1903*. [1903a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_02/18223. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS. *Sessão em 5 de outubro de 1903*. [1903b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_02/18332. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 17 de maio de 1902*. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_02/10686. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], Dec. 16th, 1901. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_02/9202. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 8 de agosto de 1900*. [1900a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_02/1773. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 26 de junho de 1900*. [1900b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_02/889. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], 1898. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/28191. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 18 de novembro de 1897*. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/27162. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], 1896. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/22904. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS. [*No title*], 1895. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/18490. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], 1894. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/11970. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS. [*No title*], 1893. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/10086. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 24 de junho de 1892*. [1892a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/5822. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], 1892. [1892b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/8573. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). [*No title*], 1892. [1892c]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/8571. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 17 de julho de 1891*. [1891a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/2097. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Sessão em 12 de outubro de 1891*. [1891b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_01/3431. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Appendice*, [*s.d.*]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/060917_02/26780. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DA CAMARA DOS DEPUTADOS (ACD). *Discurso pronunciado na sessão*, 1893. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/060917_. Accessed on: Nov 21th, 2024.

ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO. *O Paiz*. *Gramatica latina*, Apr. 4th, 1877. [1877]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/178691_01/3868. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO. *Sessão em 9 de maio de 1871*. [1871]. Available at: http://memoria.bn.gov.br/docreader/DocReader.aspx?bib=132489&pagfis=52681. Accessed on: Nov. 26th, 2024.

ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO. *Sessão em 12 de julho de 1869*. [1869a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/132489/50472. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO. *Sessão em 3 de agosto de 1869*. [1869b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/132489/50721. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO. *Sessão em 19 de julho de 1869*. [1869c]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/132489/50546. Accessed on: Aug. 30*th*, 2024.

ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO. *Sessão em 19 de maio de 1868*. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/132489/49187. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO. *Sessão em 23 de junho de 1860*. [1860]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/132489/41592. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO. *Sessão em 2 de julho de 1859*. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/132489/40701. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

A PROVINCIA DO ESPIRITO-SANTO. *Imposto ilegal*, Apr. 15th, 1886. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/301582/4232. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

A REGENERAÇÃO. *A Igreja e o Estado*. Aug. 5th, 1873. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/892068/1810. Accessed on: Nov. 21th, 2024.

A REPUBLICA. *Autonomia municipal*, Mar. 8th, 1906. http://memoria.bn.br/DocReader/215554/17882. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

A RUA. Rabiscos forenses, Nov. 30th, 1915. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/236403/2098. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

AZEVEDO, Manuel Antônio Duarte de. Interpretação da lei de 2 de setembro de 1847. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 10-425, 1876.

BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *Comentário à Lei n. 1144 de 1861*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

CONSTITUCIONAL. *O aviso de 23 de novembro de 1863*, Jan. 1st, 1864. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/235709/1275. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

CORREIO MERCANTIL, E INSTRUCTIVO, POLITICO, UNIVERSAL. *Senado*, Sept. 6th, 1866. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/217280/26660. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

CORREIO MERCANTIL, E INSTRUCTIVO, POLITICO, UNIVERSAL. *Banco Rural e Hypothecário*, Jul. 8th, 1859. [1859a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/217280/16376. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

CORREIO MERCANTIL, E INSTRUCTIVO, POLITICO, UNIVERSAL. Camara dos deputados, Jul. 22th, 1859. [1859b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/217280/16376. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

CORREIO PAULISTANO. *Congresso legislativo*, Sept. 25th, 1913. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/090972_06/30475. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

CORREIO PAULISTANO. [*No title*], Dec. 4th, 1912. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/090972_06/27141. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

CORREIO PAULISTANO. *Casamento civil*, Feb. 5th, 1893. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/090972_05/3854. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

CORREIO PAULISTANO. *[No title]*, Dec. 22th, 1877. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/090972_03/8959. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

CORREIO PAULISTANO. *Assemblea Legislativa Provincial*. Apr. 17th, 1862. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/090972_02/6685. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DE PERNAMBUCO. *Pela moral, a anulação das eleições do distrito federal*, May 22th, 1906. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/029033_08/7165. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DE PERNAMBUCO. *Aditamentos*, Oct. 3rd, 1905. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/029033_08/6412. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DE PERNAMBUCO. *Direito Constitucional Brazileiro*, Feb. 10th, 1903. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/029033_08/4395. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DE PERNAMBUCO. *Brasil e Estados-Unidos*, Feb. 2nd, 1878. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/029033_05/19288. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DO RIO DE JANEIRO. *A Igreja e o Estado*, Aug. 5th, 1873. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/892068/1810. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DO RIO DE JANEIRO. *A Reforma Eleitoral*, Dec. 16th, 1872. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/094170_02/29596. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DO RIO DE JANEIRO. Sept. 21st, 1871. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/094170_02/27820. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DO RIO DE JANEIRO. May 18th, 1855a. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/094170_01/41329. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

DIARIO DO RIO DE JANEIRO. *A sociedade em comandita*, Feb. 1st, 1855b. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/094170_01/40912. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

FRANÇA, Ernesto Ferreira. Discurso pronunciado. *Ensaios Literários do Atheneo Paulistano*, [*s.l.*], n. 2, p. 41-46, 1861.

FREIRE, Felisbelo. *Historia constitucional da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Moreira Maximino & C., 1895. (v. III).

FREIRE, Felisbelo. *Historia constitucional de Republica dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Moreira Maximino & C., 1894. (v. I).

GAZETA DA TARDE. Perda do mandato, May, 23th, 1901. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/226688/18320. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

GAZETA DE NOTICIAS. *Coisas municipais*, May 6th, 1896. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/103730_03/14119. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

GAZETA DE NOTICIAS. *Casamento civil*, Oct. 16th, 1893. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/103730_03/9142. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

GAZETA DE NOTICIAS. *Sinistros e mortes*, Oct. 22th, 1892. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/103730_03/6835. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

HOMEM DE MELLO, José Ignácio Marcondes. *A constituinte perante a historia*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade, 1863.

IMPRENSA ACADEMICA. *Casamento civil*, Jun. 28th, 1868. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/385867/187. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO BRASIL. *A camara em revista*, Jun. 5th, 1911. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/030015_03/8420. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO BRASIL. *Liberdade profissional*, Jul. 8th, 1896. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/030015_01/6354. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO BRASIL. *Liberdade profissional*, Jul. 23th, 1895. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/030015_01/4814. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO BRASIL. *Eleição presidencial*, May 10th, 1892. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/030015_01/1587. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO CEARÁ. *Habeas-corpus*, Apr. 18th, 1904. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/231894/65. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Imposto do selo*, Aug. 30th, 1904. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_09/8507. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. Camara dos Deputados, Jun. 18th, 1901. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_09/2546. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Liberdade profissional*, Dec. 25th, 1899. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/33517. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Liberdade profissional*, Dec. 29th, 1898. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/30787. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Discurso pronunciado*, Nov. 24th, 1897. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/26668. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Congresso Nacional: Senado*, Jun. 20th, 1896. [1896a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/21628. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Camara dos Deputados: 135ª sessão*, Oct. 27th, 1896. [1896b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/22850. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Discurso pronunciado na sessão*, Jun. 28th, 1892. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/7843. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Corporações de mão morta*, Dec. 13th, 1891. [1891a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/6017. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Congresso Nacional: Senado*, Jun. 24th, 1891. [1891b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/4439. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Câmara dos Deputados: 77ª sessão*, Oct. 2nd, 1891. [1891c]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/5361. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Pluralidade bancaria*, Oct. 14th, 1889. [1889a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/23781. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Rio de Janeiro: Assemblea Legislativa Provincial*, Dec. 18th, 1889b. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/21850. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Bancos de emissão*, Oct. 25th, 1889c. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/23855. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Rio de Janeiro: Assemblea Legislativa Provincial*, Nov. 21st, 1888. [1888a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/21656. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Rio de Janeiro: Assemblea Legislativa Provincial*, Dec. 15th, 1888. [1888b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/21828. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Loterias provinciais*, Feb. 26th, 1887. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/17293. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Discurso pronunciado na sessão de 26 de agosto de 1886*, Sept. 17th, 1886. [1886a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/16298. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Discurso pronunciado na sessão de 19 de agosto de 1886*, Aug. 21st, 1886. [1886b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/15992. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Assemblea geral: Senado*: 46ª sessão, Jul. 13th, 1886. [1886c]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/15694. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Assemblea Geral: Senado*, Jul. 8th, 1886. [1886d]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/15656. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Assemblea Geral: Senado*, Jul. 9th, 1886. [1886e]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/15664. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Os srs. Belisário e Ulysses Viana*, Aug. 12th, 1886. [1886f]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/15925. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Senado: 37ª sessão*, Jun. 27th, 1884. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/10665. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *O prazo para a desincompatibilização*, Oct. 20th, 1881. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/4218. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. Feb. 25th, 1877. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_06/15299. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Senado*: sessão. Sept. 12th, 1861. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_05/2630. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. Jul. 3rd, 1859. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_04/14630. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO COMMERCIO. *Camara dos Srs. Deputados*. May, 18th, 1868. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_05/13741. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO RECIFE. *Senado de Pernambuco*, May 2nd, 1908. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/705110/51724. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO RECIFE. *Jurisprudencia*, Apr. 20th, 1894. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/705110/32266. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL DO RECIFE. *Tribunal do Jury*, Jul. 14th, 1887. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/705110/25351. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

JORNAL PEQUENO. *Questão vencida*, Sept. 21st, 1911. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/800643/13688. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

LABOULAYE, Édouard René de. Do método histórico em matéria de jurisprudência e do seu futuro. *Guanabara*, [*s.l.*], n. 9, p. 3-28, 1855.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. A escóla historica. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, [*s.l.*], v. 11, p. 359-385, 1903.

MAFRA, Manoel da Silva. Excussão de bens na hipoteca geral e especial. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 413-417, 1877.

MELLO JUNIOR, Domingos Ramos. Será verdadeira a theoria da escola historica? *Revista da Associação – Recreio Instructivo*, São Paulo, Anno I, n. 3, Sep. 1861, p. 9. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/229954/35. Accessed on: Nov. 18th, 2024.

MENDES, José. Do direito segundo a escola histórica. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 49, p. 350-368, 1909.

MINAS GERAES. Sept. 8th and 9th, 1899. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/291536/17030. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

MINAS GERAES. *Questões suscitadas pela lei 204 de 1896*, Apr. 2nd, 1897. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/291536/11521. Accessed on: Nov. 22th, 2024.

MINAS GERAES. Sept. 14th, 1894. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/291536/4433. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

MINAS GERAES. [*No title*], Aug. 7th, 1893. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/291536/2697. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

MONTEZUMA, Francisco. A liberdade das repúblicas. *Nitheroy, Revista Braziliense: Sciencias, Lettras e Artes*, Paris, n. 2, p. 244-246, 1836. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/700045/428. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. Do dolo nos contratos de boa-fé. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 27-306, 1877.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. Direito Commercial. Compra e venda mercantil. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, v. 1, 1873. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/234788/299. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O DIA. *O dia*, Feb. 10th, 1905. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/217549/4030. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O ESTADO DO ESPIRITO SANTO. *Congresso Nacional: Senado Federal*, Aug. 6th, 1891. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/229644/2004. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O FLUMINENSE. *A propósito de impostos*, Sept. 18th, 1887. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/100439_02/4789. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O IMPARCIAL. O recenseamento e a Constituição, Feb. 11th, 1913. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/107670_01/790. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O JORNAL. *O Codigo de Justica Militar*, Jun. 11th, 1926. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/110523_02/26082. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O GLOBO. *Direito constitucional*, Mar. 20th, 1876. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/369381/2316. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PAIZ. *Liberdade profissional*, May 4th, 1911. [1911a]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/178691_04/6618. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PAIZ. *A regulamentação das horas de trabalho*, Jul. 14th, 1911. [1911b]. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/178691_04/7534. Accessed on: Nov. 22th, 2024.

O PAIZ. *Eleição presidencial*, Jul. 29th, 1910. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/178691_04/2827. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PAIZ. *H. Garnier*, Nov. 18th, 1909. [1909a]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/178691_03/21571. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PAIZ. *A eleição de Sergipe*, Apr. 27th, 1909. [1909b]. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/178691_03/19376. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PAIZ. *Câmbios oficiais*, Apr. 12th, 1907. Available at: http://memoria.bn.br/docreader/178691_03/13784. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PAIZ. *O imposto do sello*, Mar. 8th, 1899. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/178691_02/22396. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PAIZ. *Bibliotheca Nacional*, Feb. 12th, 1893. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/178691_02/7054. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PAIZ. *A sessão parlamentar: mais uma miséria*, Jul. 11th, 1886. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/178691_01/2683. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O PHAROL. *Eleições da Vargem Grande*, Oct. 17th, 1901. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/258822/15423. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

O TEMPO. *Decisão ilegal*, Aug. 30th, 1880. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/704245/133. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de hermeneutica juridica*. 3. ed. Pernambuco: J.W. de Medeiros, 1872.

PERDIGÃO, Carlos. Citação edital no crime. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 201-214, 1879.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1857.

PORTELLA, Joaquim Pires Machado. *Constituição política do Império do Brazil:* confrontada com outras constituições e anotada. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876.

REPUBLICA. *Casamento civil*, May 1st, 1891. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/711497x/1599. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. 1868. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/324345/1245. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

REVISTA MENSAL DO INSTITUTO SCIENTIFICO. *Direito Civil*, Jun. 1866. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/742228/372. Accessed on: Aug. 30th, 2024.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840. (v. 1).

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revista cível n. 2281. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 296-306, 1877.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO CEARÁ. Nulidade de eleição e vereadores e juízes. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 240-248, 1887.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n. 11399. *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, n. 1, p. 123-133, 1870.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL. Do escravo que sahe e torna ao imperio. Revista Cível n. 8860. *Gazeta Jurídica: Revista Mensal de Doutrina, Jurisprudencia e Legislação*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 416-425, 1876. Available at: http://memoria.bn.br/DocReader/234788/6968. Accessed on: Nov. 21th, 2024.

Arthur Barrêtto de Almeida Costa

Post-doctoral fellow at the Max Planck Institute, Frankfurt am Main. PhD in Theory and History of Law from the Università degli Studi di Firenze. Master's and Bachelor's degrees in Law from the Federal University of Minas Gerais (UFMG). Member of Studium Iuris – Research Group on the History of Legal Culture (CNPq/UFMG).

arthurbarretto@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 02.06.2023
Aprovado: 30.04.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202430

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo *desk review*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.

1 Universidad Técnica del Norte, Carrera de Economía, Ibarra, Imbabura, Ecuador
https://orcid.org/0000-0001-9028-9247

2 Universidad Técnica del Norte, Docencia, Ibarra, Imbabura, Ecuador
https://orcid.org/0000-0002-8523-6404

3 Universidad Técnica del Norte, Carrera de Economía, Ibarra, Imbabura, Ecuador
https://orcid.org/0000-0001-8140-6739

4 Universidad Técnica del Norte, Carrera de Mercadotecnia, Ibarra, Imbabura, Ecuador
https://orcid.org/0000-0002-6261-5591

Economía circular en contextos locales: caso Ecuador

CIRCULAR ECONOMY IN LOCAL CONTEXTS: THE ECUADOR CASE

ECONOMIA CIRCULAR EM CONTEXTOS LOCAIS: O CASO EQUADOR

Wilma Matilde Guerrero-Villegas[1], *Mónica Cecilia Gallegos-Varela*[2], *Piedad Maribel Rosero-Rosero*[3] y *Lucía Maribel Pinargote-Yépez*[4]

Resumen
La economía circular, definida como un proceso regenerativo y de restauración que incrementa el valor de los materiales al insertarlos en nuevos procesos productivos, está presente en el debate académico hace más de dos décadas. La presente investigación busca determinar la ruta seguida por el Estado ecuatoriano para incorporar el concepto de economía circular en la normativa legal como instrumento de política pública. Adicionalmente, se pretende inferir si esta nueva concepción de la economía es conocida y aplicada en contextos locales estudiando cuatro planes de desarrollo de gobiernos autónomos municipales del norte del país. En la metodología se trabajó con entrevistas a funcionarios de gobiernos locales y documentación bibliográfica para analizar exhaustivamente los diferentes hitos en la construcción del marco legal sobre economía circular, incluyendo los Códigos Orgánicos del Ambiente y de Producción y Planes de Ordenamiento Territorial. Los hallazgos permiten afirmar que, si bien la iniciativa sobre economía circular es reciente en el país, el gobierno ha logrado en corto tiempo emitir el Libro Blanco y la Ley Orgánica de Economía Circular. Sin embargo, a nivel de territorio, la definición y los principios de economía circular son escasamente conocidos por los gobiernos locales, siendo la gestión de residuos sólidos el pilar de mayor cumplimiento relacionado con esta nueva tendencia, aunque esto se debe a que forma parte de las actividades que competen a los gobiernos locales y no necesariamente porque exista la intención de incorporar en la planificación del desarrollo un modelo económico circular.

Palabras clave
Economía lineal; economía circular; normativa legal; planes de desarrollo; gestión de residuos.

Abstract
The concept of the circular economy, characterized as a regenerative and restorative process aimed at enhancing the value of materials through their integration into new production cycles, has been a focal point in academic discourse for over two decades. This research seeks to define the path followed by the Ecuadorian State to incorporate the circular economy definition into Ecuadorian legal framework as an element of public policy. Additionally, it is intended to infer if this new conception of the economy is known and applied at the territorial level through the analysis of four territorial development plans of autonomous municipal governments of the northern zone. In the methodology, it were used primary sources through interviews with local government officials, and secondary sources to exhaustively analyze the different milestones about the construction of circular economy legal framework, including Environment and Production Organic Codes and Territorial Development Plans. The findings let to conclude that, although the circular economy is a recent initiative in Ecuador, the government has been able

Contribuição de autoria

Wilma Matilde Guerrero-Villegas
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; resources; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Mónica Cecilia Gallegos-Varela
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; resources; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Piedad Maribel Rosero-Rosero
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; resources; writing – original draft; writing – review & editing.

Lucía Maribel Pinargote-Yépez
Data curation; investigation; methodology; writing – original draft.

• • •

Como citar este artigo
GUERRERO-VILLEGAS, Wilma Matilde et al. Economía circular en contextos locales: caso Ecuador. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2430, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202430

• • •

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.9MXNYJ.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

to issue important public policy guidance documents such as the Libro Blanco *[the White Book] and the* Ley Orgánica de Economía Circular *[the Circular Economy Organic Law]. However, at the territorial level, circular economy conceptions and principles are poorly known or debated by local governments, being solid waste management the greatest compliance pillar related to this new economic trend, although this activity is a competence of the autonomous governments established in the Código de Ordenamiento Territorial and not necessarily because there is an intention to incorporate a circular economy model into development planning.*

Keywords
Lineal economy; circular economy; legal framework; development plans; solid waste management.

Resumo
A economia circular, definida como um processo regenerativo e de restauração que incrementa o valor dos materiais ao inseri-los em novos processos produtivos, está presente no debate acadêmico há mais de duas décadas. Esta pesquisa busca determinar a rota seguida pelo Estado equatoriano para incorporar o conceito de economia circular na normativa legal como instrumento de política pública. Adicionalmente, pretende-se inferir se esta nova concepção de economia é conhecida e aplicada nos contextos locais através da análise de quatro planos de desenvolvimento territorial de governos municipais da zona norte. Na metodologia, foram utilizadas entrevistas com funcionários de governos locais e documentação bibliográfica para analisar exaustivamente os diferentes marcos na construção do quadro legal sobre a economia circular, incluindo Códigos Orgânicos Ambientais e de Produção e Planos de Ordenamento do Território. As descobertas permitem afirmar que, embora a iniciativa de economia circular seja recente no país, o governo conseguiu em pouco tempo emitir o Libro Blanco *[Livro Branco] e a* Ley Orgánica de Economía Circular *[Lei Orgânica da Economia Circular]. No entanto, no nível territorial, o conceito e os princípios da economia circular são pouco conhecidos pelos governos locais. A gestão de resíduos sólidos é o pilar com maior cumprimento relacionado com essa nova tendência, embora isso se deva ao fato de fazer parte das competências dos governos autônomos e não necessariamente porque haja a intenção de incorporar um modelo econômico circular no planejamento do desenvolvimento.*

Palavras-chave
Economia linear; economia circular; regulamentação legal; planos de desenvolvimento; gestão de resíduos.

Introducción

La crisis que produjo la pandemia de COVID-19 ha puesto en evidencia la baja capacidad de respuesta del sistema económico mundial a eventos no planificados. Para su recuperación, se necesita un giro radical de los procesos de producción y elaboración de bienes orientados al consumo de productos que provienen de un modelo que aproveche los recursos naturales con mayor eficiencia, que incorpore las actividades de reutilización y reciclaje, y priorice la reducción de residuos.

Por otro lado, eventos socioeconómicos mundiales como el incremento poblacional, la migración del sector rural a las ciudades, el crecimiento económico y los procesos de producción de economía lineal han generado un acrecentamiento notable de los residuos. Según el Programa Ambiental de la Organización de las Naciones Unidas (2018), América Latina produce el 10% de los residuos a nivel mundial, recuperándose solo una décima parte. Según Stahel (2016), un tercio de la basura plástica a nivel mundial no es recogida ni bien manejada.

Los lugares de disposición final, como los rellenos sanitarios y otros sitios poco adecuados, son el punto débil de la gestión municipal, convirtiéndose en fuentes de contaminación ambiental para los caudales de agua, la atmósfera y, en ocasiones, los asentamientos humanos cercanos a los botaderos de basura (Bernache Pérez, 2011).

En Ecuador, la recolección de desechos y su disposición final es competencia de los municipios o gobiernos autónomos descentralizados (GAD). Más del 50% de los residuos sólidos generados son orgánicos, una característica de la basura en América Latina. En 2020, se recolectaron más de 12.500 toneladas diarias de basura en todo el país, de las cuales el plástico representó el 11% (INEC, 2021).

Solo tres de cada diez municipios en el país llevan a cabo procesos de reciclaje. El 48% de todos los residuos se colocó en rellenos sanitarios, 33% en celdas temporales y 19 % en lugares no adecuados como botaderos a cielo abierto, ríos y quebradas (INEC, 2021).

Según las estadísticas ambientales de los municipios en Ecuador, cada habitante de la zona urbana genera 0,58 kilogramos de basura (INEC, 2016).

El modelo de crecimiento económico mundial, aplicado desde la Revolución Industrial, se refleja en la obtención de recursos de la naturaleza para generar productos que luego serán consumidos y desechados. Este modelo de tomar, consumir y descartar se denomina economía lineal (Garabiza; Prudente; Quinde, 2021). Este tipo de economía basada en procesos productivos contaminantes y poco eficientes en el uso de recursos, el consumo excesivo de envases de un solo uso y la eliminación de estos residuos sin tratamientos adecuados no es sostenible (Bergamini; Hilliard, 2019). Guohui y Yunfeng (2012) aseguran que grandes cantidades de producción generan altos niveles de consumo y, por ende, un elevado nivel de desperdicios que debe ser gestionado adecuadamente.

En contraste con la economía lineal, surge hace pocas décadas la economía circular, que busca aprovechar los recursos extraídos de la naturaleza insertándolos en un proceso productivo

circular. Según Moreno Rueda y Muñoz Maldonado (2021), las empresas, al reutilizar recursos, son mucho más rentables que cuando inician su proceso productivo desde cero, pues la reducción, reutilización, reparación y reciclaje reduce costos de producción generando a su vez externalidades positivas en el entorno.

La economía circular plantea cambiar las formas de producción y elaboración de bienes de consumo tradicionales para encaminar a las sociedades hacia modelos de desarrollo que integren las dinámicas de los ecosistemas basados en la protección de los seres vivos y del entorno natural. Este tipo de economía promueve cambios significativos orientados a implementar sistemas regenerativos para el aprovechamiento de los recursos y productos a través de ciclos de vida más largos y duraderos.

Por lo tanto, es importante para los gobiernos generar políticas públicas orientadas a formas de producción en las que los recursos extraídos, los materiales y los productos finales mantengan su valor en el ciclo productivo durante un período prolongado y, además, sea posible la reducción de residuos. La legislación de cada país también debe acompañar el proceso de incorporación del concepto de economía circular en los distintos modelos económicos (Santamaría, 2019). Dentro del aspecto económico y social, la economía circular podría fomentar el crecimiento del empleo verde a nivel local que promovería la cohesión e integración social (Garabiza; Prudente; Quinde, 2021).

Ecuador, por las características de su modelo productivo extractivista requiere, a corto plazo, aumentar la inversión en sistemas económicos más eficientes en el uso de recursos. Si bien el Plan Nacional de Desarrollo 2021-2025 contiene alguna normativa referente a economía circular, la vinculación de los GAD con este modelo económico es aún incipiente, aunque se debe destacar que los Planes de Desarrollo Territorial (PDOT) sí están alineados a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). La participación de los GAD en la aplicación de la economía circular es importante porque ellos tienen la capacidad de crear estrategias de circularidad mediante procesos de cadenas integrales de reciclaje con la intervención de la empresa privada, el gobierno central, los recicladores y los ciudadanos.

En este sentido, las preguntas que guían esta investigación son: ¿Cuál ha sido el proceso para la creación de la normativa legal que sustente las actividades de economía circular en Ecuador, incluido el gobierno actual? y ¿qué alcance tiene la aplicación de la normativa sobre este tipo de economía en los planes de desarrollo de los gobiernos municipales?

Para responder a las interrogantes que se han planteado como objetivos, se analizarán los elementos de economía circular que constan en la normativa legal del gobierno central y se determinará su inclusión en los modelos de planificación a nivel territorial, considerando su aplicación en estudios de caso de cuatro cantones de la zona norte del país: Ibarra, Cotacachi, Tulcán y Urcuquí, similares en características demográficas, localización y dinámicas económicas.

1. Definición conceptual de economía circular

Según la Fundación Ellen MacArthur (2015a, citada en UE, 2021, p. 3), "[la] economía circular es un sistema industrial restaurativo y regenerativo desde el diseño, con miras a mantener el máximo valor y utilidad de los productos, componentes y materiales, durante el mayor tiempo posible, distinguiendo entre ciclos cerrados técnicos y biológicos". Ya para Canelas-Santiesteban *et al.* (2022, p. 19), citando a la Organización Internacional de Normalización (ISO), la economía circular es como un "sistema económico que utiliza un enfoque sistémico para mantener un flujo circular de recursos regenerando, reteniendo o agregando a su valor, al tiempo que contribuye al desarrollo sostenible".

La economía lineal tradicional se caracteriza por descartar los residuos en los procesos productivos (Ramos, 2021), disminuyendo el capital natural por sobreexplotación o reduciendo su valor por contaminación (López; Villajos, 2021), como se puede ver en la Figura 1.

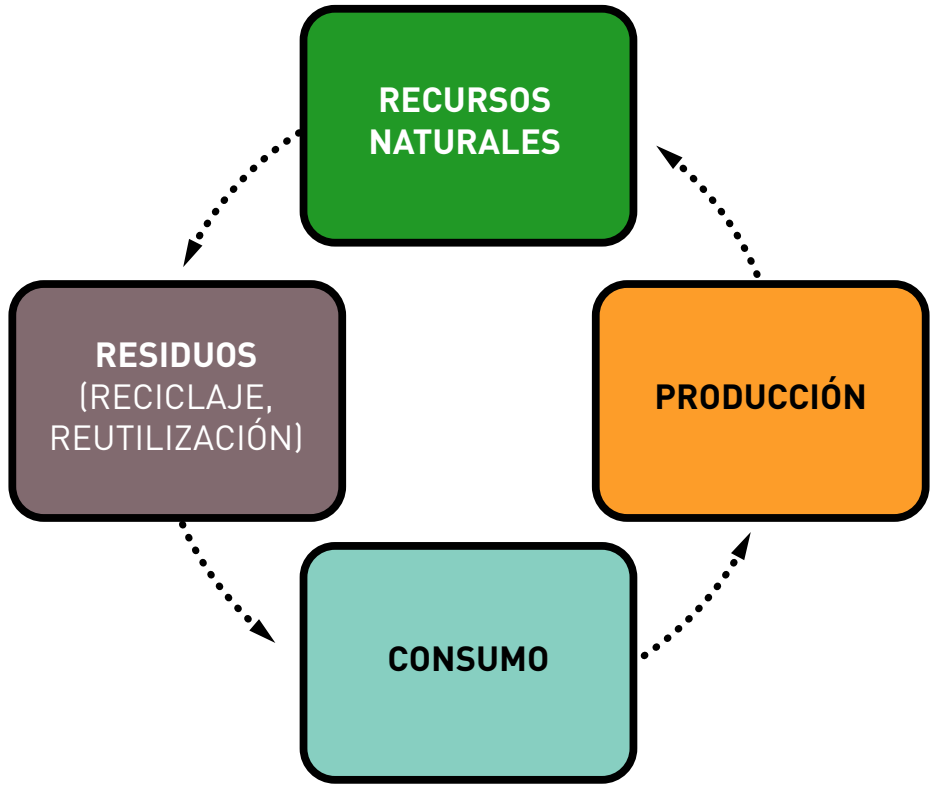
FIGURA 1 – **Esquema del proceso en la economía lineal**



Fuente: Elaborado en base a Ramos (2021).

La economía circular se basa en un enfoque relativamente nuevo que describe formas de producción alternativa utilizando los recursos de manera más eficiente e incorporando los desechos de procesos anteriores en nuevos encadenamientos productivos (Figura 2) con el propósito de disminuir los desperdicios que se generarían en un sistema lineal (Lobato, 2017; Homrich *et al.*, 2018).

FIGURA 2 – **ESQUEMA DEL PROCESO PRODUCTIVO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR**



Fuente: Elaboración propia.

El modelo económico circular tiene como objetivo usar de forma más eficiente los bienes naturales mediante la reducción de desperdicios, retener por más tiempo su valor, disminuir el uso de recursos primarios, y cerrar los ciclos de producción para mantenerse bajo los límites planteados para la protección ambiental y, al mismo tiempo, obtener beneficios socioeconómicos (Morseletto, 2020). La economía circular incluye los conceptos de eficiencia, resiliencia y pensamiento sistémico (Lobato, 2017), que conducen a condiciones de vida más favorables para la población.

Un modelo circular se caracteriza por estar formado por ciclos de materiales (denominados bucles cerrados) en los cuales los residuos que un proceso genera son utilizados como materia prima para otro proceso, logrando así un ahorro en recursos y energía (Cerdá; Khalilova, 2016; UE, 2021).

De acuerdo con la Fundación Ellen MacArthur (2015b, p. 46), la economía circular pretende "mantener productos, componentes y materiales en su máximo grado de utilidad y valor en todo momento, distinguiendo ciclos técnicos y biológicos".

Arnedo-Lasheras *et al.* (2020) mencionan que la economía circular es un planteamiento diferente sobre la forma de entender la interrelación del ser humano como parte de un sistema social y ecológico. Stahel (2016) señala que dicha economía busca maximizar el uso de los recursos en las diversas etapas de un producto, de manera que su valor aumente en cada ciclo de producción.

La Fundación Ellen MacArthur (2020) plantea un esquema sistémico denominado "círculo de valor", que incorpora los flujos continuos de elementos como energías renovables, sustitución de materiales y procesos de aprovechamiento de residuos en los procesos productivos. Ese esquema presenta un flujo continuo de recursos finitos y renovables insertados en cadenas de valor de procesos productivos que, mientras producen, protegen el entorno natural, reduciendo el desperdicio de recursos y evitando, en lo posible, el fallo ambiental conocido como externalidad negativa.

La economía circular presenta algunas ventajas frente a los procesos lineales de producción (Tabla 1). Además, se puede añadir otras como: uso constante y por periodos más largos de los basurales; disminución de la contaminación por exceso de desperdicios y restricciones en emisión de gases de efecto invernadero; menores costos de producción por reducción de la demanda de materia prima y procesos energéticos utilizados para su procesamiento; preservación de sistemas naturales e incremento de la competitividad (Berg *et al.*, 2018).

TABLA 1 – **VENTAJAS DE LA ECONOMÍA CIRCULAR EN LOS PROCESOS PRODUCTIVOS**

ECONOMÍA DE LA FUNCIONALIDAD	*USO FRENTE A POSESIÓN, VENTA DE UN SERVICIO Y NO DEL BIEN EN SÍ*
SEGUNDO USO	*REINTRODUCIR EN EL CICLO PRODUCTIVO LOS RESIDUOS QUE YA CUBRIERON SU PRIMERA NECESIDAD*
REUTILIZACIÓN	*REUTILIZAR TODOS LOS RESIDUOS O PARTE DE ELLOS QUE AÚN SON ÚTILES EN NUEVOS PROCESOS*
REPARACIÓN	*DAR UNA SEGUNDA VIDA A RESIDUOS EN MAL ESTADO*
RECICLAJE	*APROVECHAR MATERIALES ÚTILES ENTRE LOS RESIDUOS*
VALORIZACIÓN	*USO ENERGÉTICO DE RESIDUOS QUE NO PUEDEN SER RECICLADOS*

Fuente: La información proviene del RAEE Andalucía (2022).

El concepto de sistema natural vinculado a la economía cobra cada vez más fuerza con exponentes como Raworth (2017), quien señala que la economía se desarrolla en un entorno finito, limitado por la capacidad regenerativa de la naturaleza, por un lado, y por las condiciones humanas necesarias para la supervivencia, por el otro.

Un concepto relacionado con economía circular que se ajusta mucho a la realidad latinoamericana es la Bioeconomía, entendida como el uso de recursos naturales en procesos productivos con un enfoque de sustentabilidad (Ramos; García, 2021). Es un concepto muy

aplicable en esta región porque los modos de producción se basan principalmente en recursos naturales (extractivismo y agricultura) y los desechos biodegradables representan más del 50% de la basura generada.

En los parques industriales que cuentan con procesos de reutilización de residuos y con intercambio de flujos de materiales bajo parámetros de desarrollo sostenible, se puede afirmar que existe simbiosis industrial. Se entiende por simbiosis industrial la vinculación entre empresas de un ecoparque para reutilizar residuos y otros productos aprovechando su localización cercana en un territorio (UE, 2021). Según Chertow (2008), en muchos procesos ejecutados, incluso en prácticas comunes de la vida diaria, se forman cadenas de simbiosis que pueden ser potenciadas en el futuro para lograr entornos que generen beneficios económicos y promuevan el cuidado ambiental.

Como parte de la economía circular se ha difundido el concepto de ecodiseño. Este concepto, referido a un producto o servicio que integra elementos del medio ambiente en su diseño, tiene como objetivo es reducir los residuos que produciría su uso. Rieradevall I Pons (2014) señala que el ecodiseño genera conciencia ambiental y promueve estilos de vida más respetuosos.

Las ventajas señaladas en el ecodiseño forman parte de la ecoeficiencia. El concepto surge como una "ruptura" entre el crecimiento económico tradicional (más producción) y la optimización de los recursos, incluidos los energéticos (UE, 2021). Si bien la ecoeficiencia puede tener lugar gracias a iniciativas empresariales privadas, es fundamental que existan normas estatales para su implementación, ya que se busca minimizar materiales y controlar los procesos contaminantes en la producción. Leal (2005) y otros investigadores (Saidani *et al.*, 2019) han elaborado un conjunto de indicadores para medir la economía circular en varios ámbitos, como la ecoeficiencia de la industria, que, sugieren, podrían ser herramientas para elaborar políticas públicas que promuevan esta práctica en todos los procesos productivos de un país.

Finalmente, se debe mencionar que esta nueva tendencia puede ser integrada en todos los procesos productivos y de desarrollo. Sin embargo, aún persisten muchas inquietudes respecto a la organización de los sistemas socio-ecológicos complejos en los cuales los flujos de recursos superan las fronteras señaladas para considerar sostenible una producción. Por otro lado, el uso de bioenergía o iniciativas de ecoeficiencia todavía afrontan limitaciones metodológicas como las relacionadas con los ciclos de vida. En general, el análisis de la economía circular en relación con el desarrollo sustentable (Korhonen; Honkasalo; Seppälä, 2018) demanda investigaciones más profundas que puedan dar respuesta a los desafíos de este concepto relativamente nuevo.

2. Metodología

En esta investigación se utilizó un método cualitativo con alcance exploratorio descriptivo. El proceso consistió en analizar de forma exhaustiva la normativa legal existente en Ecuador

sobre economía circular, así como propuestas previas a la redacción del *Libro Blanco de Economía Circular de Ecuador* (Ecuador, 2021a) y todo el marco legal relacionado como la Constitución (Ecuador, 2008), el Código Orgánico del Ambiente (COA) (Ecuador, 2017), el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) (Ecuador, 2010), el Código de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) (Ecuador, 2022a), e incluso una breve revisión de las normas ISO referentes a temas ambientales.

Para analizar los elementos de economía circular existentes en la normativa legal a nivel de territorio se estudiaron los planes de ordenamiento territorial de cuatro cantones de la zona norte del país: Ibarra, Cotacachi, Tulcán y Urcuquí. Estos cantones comparten características demográficas, localización y dinámicas económicas similares. Estas fuentes secundarias permitieron identificar si los distintos componentes de los planes de desarrollo se ajustan a los lineamientos de la normativa de economía circular a nivel nacional. Se escogió este método de estudios de caso por ser muy utilizado en investigación en ciencias sociales, tanto exploratorias y descriptivas como de contrastación (López; Villajos, 2021). El objetivo de trabajar con cantones cercanos fue, en primer lugar, tener acceso a los planes de ordenamiento territorial tanto en físico como en digital y, en segundo lugar, vincularse con los funcionarios encargados de los aspectos ambientales en estos cantones. Los 4 cantones pertenecen a la zona 1 de planificación territorial y presentan indicadores sociales y económicos similares, como densidad poblacional en Tulcán e Ibarra, por un lado, y Cotacachi y Urcuquí, por otro; actividad productiva basada en el comercio y turismo; bajo nivel de industrialización y cercanía a la frontera norte. En el análisis de esta segunda parte de la investigación, se diseñó una matriz de descripción y contrastación del contenido de los planes de desarrollo y su comparación con elementos de economía circular.

Adicionalmente, se aplicó la metodología Focus Group para obtener información de actores cualificados vinculados a los procesos de gestión ambiental en los municipios, considerando las características de esta metodología (Hernández; Fernández; Baptista, 2010): i) trabajar con un grupo entre 3 y 10 personas (trabajamos con 4 personas); ii) escoger actores directamente vinculados al tema de estudio; ii) tener al menos 1 hora de duración en cada entrevista; iii) contar con un guión previamente establecido.[1] Las entrevistas fueron a los gestores ambientales o directores departamentales de ambiente de los 4 cantones (Tabla 2).

1 Ese documento de la entrevista está en SciELO Dataverse (https://doi.org/10.48331/scielodata.9MXNYJ) con el nombre de Anexo 1.

TABLA 2 – **ENTREVISTAS REALIZADAS A FUNCIONARIOS MUNICIPALES**

FECHA	GOBIERNO AUTÓNOMO MUNICIPAL	PRODUCCIÓN DE DESECHOS (KG/DÍA)	RECICLAJE DE RESIDUOS (EN %)	FUNCIONARIO ENTREVISTADO
08/09/2022	GAD COTACACHI	28.615	SUSPENDIDO EL RECICLAJE POR LA PANDEMIA.	DIRECTOR DE AMBIENTE
15/09/2022	GAD URCUQUÍ	11.401	APROXIMADAMENTE EL 25% DE LA BASURA ORGÁNICA SE UTILIZA EN COMPOSTAJE.	DIRECTOR DE GESTIÓN AMBIENTAL
22/09/2022	GAD IBARRA	143.747	NO EXISTE UN PROGRAMA DE RECICLAJE.	DIRECCIÓN DE GESTIÓN AMBIENTAL
23/09/2023	GAD TULCÁN	64.509	EL MUNICIPIO NO RECICLA DIRECTAMENTE, PERO PROMUEVE EL RECICLAJE MEDIANTE CAMPAÑAS.	DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO AMBIENTAL

Fuente: Las entrevistas se realizaron mediante un instrumento guía de la entrevista. Los datos de producción de desechos se obtuvieron del INEC (2020); son valores aproximados considerando la proyección de la población por cantones. La información sobre reciclaje de cada GAD se tomó de la entrevista a los funcionarios.

Con la información de las entrevistas, la sistematización de los planes cantonales de desarrollo y las normas legales analizadas se creó una matriz FODA (Fortaleza – Oportunidades – Debilidades – Amenazas) y los cruces estratégicos para identificar las principales limitaciones que tendría la inclusión de los principios de economía circular en la planificación de ciudades medianas y pequeñas. El análisis de la normativa de economía circular a través de la matriz FODA también se propuso en la investigación de Portilla-Jiménez (2022) para identificar la aplicación del marco legal en el sector de plásticos en Ecuador.

3. INCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE ECONOMÍA CIRCULAR EN LA NORMATIVA LEGAL ECUATORIANA

Según Morseletto (2020), la transición hacia la economía circular implica un cambio significativo en gobernabilidad, que incluye un conjunto de toma de decisiones y actividades programadas que orientan a las organizaciones hacia los objetivos planteados. Estos objetivos descriptos en la Figura 3 no se refieren únicamente al reciclaje y reducción de recursos, abarcan otros temas relacionados como ecoeficiencia en procesos productivos, recuperación y ecodiseño (Stahel, 2016).

FIGURA 3 – **OBJETIVOS DE LA ECONOMÍA CIRCULAR**



Fuente: Objetivos mencionados por Morseletto (2020).

A nivel mundial, la inclusión de la economía circular en las políticas de la administración pública tiene ya varios años. En España, por ejemplo, según Sedeño (2023), la Unión Europea ha sido la principal impulsora de la circularidad y, desde 2015, las reformas legales inciden en las normas comunitarias, principalmente en el manejo de desechos.

En Ecuador, los cuerpos legales de la normativa jurídica que se relacionan con procesos de economía circular son: la Constitución de Ecuador, el COA, el COPCI y el COOTAD.

En la Constitución de Ecuador (2008), el concepto de economía circular se encuentra estrechamente vinculado con lo que establece el Art. 57 sobre la utilización sustentable de la biodiversidad, el Art. 71 sobre los Derechos de la Naturaleza, el Art. 83 referente al uso sustentable de los recursos naturales y el Art. 395, que menciona un modelo sustentable de desarrollo. En el COA, la economía circular es parte de los procesos productivos y de consumo responsables con el medio ambiente y las generaciones futuras (Título VI). El Art. 244 se refiere a hábitos de producción y consumo sustentable y las obligaciones de las entidades para incorporar la producción limpia y compras públicas sustentables (Art. 246). En el COPCI, el Art. 2 señala que la actividad productiva debe ser ambientalmente sustentable, el Art. 61 se refiere al manejo sustentable de la tierra; el Libro VI, Título 1, sobre Ecoeficiencia y Producción Sostenible, menciona la obligatoriedad de considerar el ciclo de vida de los productos y el uso sustentable de los recursos naturales. Por otra parte, el COOTAD menciona en el Art. 4 que uno de los fines de los GAD es "la recuperación y conservación de la naturaleza y el mantenimiento del medio ambiente sostenible y sustentable"; y en el Art. 41 que los GAD deben promover el desarrollo sustentable en territorio.

Además, el Art. 132 hace referencia al manejo sustentable del recurso hídrico, y el Art. 136 señala que la gestión ambiental es competencia de los gobiernos locales al igual que el manejo integral de desechos.

En el Plan Nacional de Desarrollo del período 2021-2025, el Eje económico señala, en el Objetivo 3, el fomento de la actividad económica bajo el enfoque de economía circular aunque en las metas no hay una referencia cuantitativa sobre lo que se pretende alcanzar. En el Eje sobre Transición Ecológica, el Objetivo 11 menciona que se pretende conseguir un cambio del modelo económico actual a uno basado en economía circular; el Objetivo 12 plantea fomentar modelos de desarrollo sostenibles, mencionando que se trata de un modelo económico circular.

En diciembre 2020, se emitió la ley para regular la demanda de plásticos de un solo uso en el territorio nacional con el objetivo de lograr la reducción progresiva del uso de plásticos y normar la composición de material no reciclado en la elaboración de bolsas. Al finalizar el 2021, se prohíbe comercializar bolsas o empaques plásticos en áreas protegidas y la fabricación o importación de sorbetes, vajillas o utensilios plásticos. Los GAD tienen la obligación de difundir la ley en su territorio y establecer estrategias para que la ciudadanía reduzca el uso de plástico.

En 2020, el Servicio Ecuatoriano de Normalización (INEN) expide la Norma Técnica de Economía Circular que busca reformular el proceso de desarrollo y ejecución de proyectos de economía circular en ámbitos públicos y privados. Es una adaptación de la normativa francesa XP X30-901 (AFNOR) para manejar proyectos de economía circular (Almeida-Guzmán; Díaz-Guevara, 2020). La aplicación de esta norma en procesos productivos permitirá a las entidades que impulsen esta iniciativa obtener el "Sello de Economía Circular", un proyecto que actualmente está en desarrollo (INEN, 2022).

La decisión gubernamental de incursionar en el modelo económico circular inicia en 2019 con el Acuerdo Nacional Ecuador 2030, motivado por la Vicepresidencia de la República que tiene como objetivo aportar al cumplimiento de los ODS en el país.

En el Acuerdo, dos de los siete ejes planteados se refieren a Competitividad, Empleo e Innovación, y Sostenibilidad y Cambio Climático. El eje de Competitividad plantea el establecimiento del Pacto Nacional de Economía Circular; y el segundo eje diseñar la Estrategia Nacional de Economía Circular (El Universo, 2019).

El objetivo de esta estrategia era crear políticas públicas que promuevan la calidad y sostenibilidad social, ambiental y económica. Su desarrollo estaría a cargo del Ministerio de Producción y Ministerio del Ambiente con la coordinación de la Vicepresidencia de la República.

El Pacto Nacional de Economía Circular, llevado a cabo en agosto 2019, también fue coordinado desde la Vicepresidencia. El objetivo fue apoyar, mediante nueve ejes de acción, todas las iniciativas públicas y privadas que busquen incorporar elementos de economía circular en sus procesos (Ecuador, 2019). Estos ejes de acción son:

i) aprovechamiento e industrialización de residuos

ii) eco-diseño para incorporar tecnología limpia

iii) vinculación con la academia a través de la investigación aplicada y desarrollo de nuevas tecnologías

iv) producción limpia para optimizar procesos y reducir recursos

v) infraestructura sostenible y resiliente, con poco impacto ambiental

vi) educación ambiental

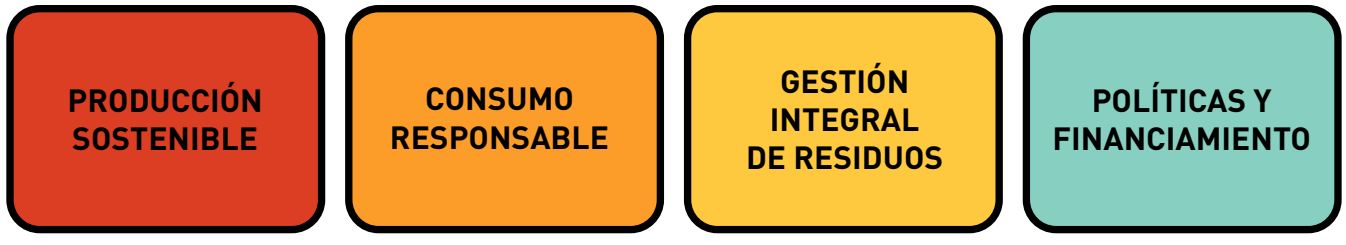
vii) negocios sustentables

viii) sustitución progresiva de plásticos de un solo uso

ix) indicadores de implementación de economía circular

Este pacto fue la base del *Libro Blanco de Economía Circular de Ecuador*, aprobado en mayo de 2021. Es un documento orientativo que describe los principios fundamentales del modelo circular en el país y las estrategias a aplicar para lograr su inserción en la actividad económica dentro del territorio. Está integrado por cuatro pilares como lo muestra la Figura 4.

FIGURA 4 – **PILARES DEL *LIBRO BLANCO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR***



Fuente: Elaborado en base al contenido del *Libro Blanco de La Economía Circular* (2021).

El pilar sobre Políticas y Financiamiento menciona que existen tres niveles: micro, meso y macro, para la implementación de prácticas de producción relacionadas con la economía circular y posibles fuentes de financiamiento. El nivel micro se refiere a la eco-innovación. El nivel meso menciona que la unión de estos procesos innovadores sustentables puede dar lugar a una simbiosis industrial. El nivel macro aborda el conjunto de políticas locales y

nacionales que sustentan la inclusión de un modelo económico circular. Las estrategias del pilar Producción Sostenible también tendrán una aplicación a nivel micro, meso y macro de entidades públicas y privadas. Para este pilar se construye una matriz *Input-Output* que describe el uso de uso de agua y emisiones de CO_2 por subsectores en la economía ecuatoriana. El pilar Consumo Responsable define el perfil del ciudadano que elige los productos aplicando un criterio de impacto ambiental. Finalmente, la sección sobre Gestión Integral de Residuos Sólidos (GIRS) señala que, si bien el manejo adecuado de los residuos es competencia directa de los GAD, su éxito depende de la colaboración del gobierno en distintas escalas, del sector privado y de los ciudadanos (Rodríguez *et al.*, 2023).

En junio 2021, el gobierno nacional emite la Ley Orgánica de Economía Circular Inclusiva con el objetivo de impulsar este modelo de economía en Ecuador (Ecuador, 2021b). La ley establece 18 principios relacionados con el ecodiseño, la gestión de residuos, la colaboración público-privada para el desarrollo sustentable, educación ambiental, el ciclo de vida de los productos con el enfoque de la cuna a la cuna. Para el ingreso de información sobre economía circular, esta ley menciona que el registro será mediante del Sistema Único de Información Ambiental en el Ministerio de Ambiente (por ahora el enlace no está habilitado). La Ley señala la obligatoriedad de los GAD de incluir en sus planes de desarrollo los elementos de economía circular y describe la responsabilidad que tienen en la administración global de residuos (Art. 39), similar a lo mencionado en el COOTAD.

En lo referente a la normativa técnica a nivel internacional que sustenta la economía circular, se pueden mencionar la Norma 14001 de gestión ambiental, ISO 14040 del Ciclo de Vida (ISO 14041, ISO 14042, ISO 14043 sobre métodos para analizar el ciclo de vida); ISO 14006 de ecodiseño; ISO 140020-14015 de ecoetiquetado ambiental. Así mismo, para proveer a las organizaciones una guía común sobre economía circular, están en proceso de verificación a nivel internacional las normas 59000 producidas por el Comité ISO/TC323, y son las siguientes: la ISO 59.004 "Terminología, principios y orientación para la implementación"; la ISO 59.010 "Directrices sobre modelos de gestión de negocios y cadenas de valor"; la ISO 59.020 "Marco de medición y evaluación de circularidad"; la ISO 59.040 "Hoja de circularidad del producto"; y la ISO 59.014 "Principios, sustentabilidad y requisitos de trazabilidad para la recuperación de materiales secundarios".

4. Aplicación de la normativa legal en contextos locales, estudios de caso GAD

Durante la última década, ha aumentado la importancia de la implementación de prácticas de economía circular en el sector privado, y la inclusión de este modelo en el marco legal de diversos países, tanto por la preocupación mundial por el cuidado ambiental como por la percepción real de la escasez de recursos energéticos en el corto plazo y el problema que ocasionará la disposición de desechos por su creciente volumen. El rol de la administración local en el manejo de residuos es fundamental, tal como lo señala Santamaría (2018) al mencionar

que los municipios son un factor clave ya que la gestión de residuos está muchas veces bajo su responsabilidad.

Ecuador incorpora este concepto en su normativa legal hace tres años. La iniciativa surgió del gobierno central de ese período con el apoyo de varias universidades y empresas privadas, aunque ya era un tema debatido en la academia y el ámbito privado desde hace una década aproximadamente. En 2019, la Vicepresidencia del país inició el debate abierto sobre economía circular con el Pacto Nacional de Economía Circular en el que participaron más de 100 instituciones públicas y privadas estableciendo las bases para el diseño de la Estrategia Nacional, en 2020, y el *Libro Blanco de Economía Circular de Ecuador*, en 2021. Estos dos documentos fundamentaron la emisión de la Ley Orgánica de Economía Circular Inclusiva y otras leyes complementarias que buscan reducir el uso de residuos plásticos y mejorar la gestión de los desechos.

Cada sector de la economía cumple diferentes roles. Así, en el tejido empresarial ecuatoriano, de las 940.864 personas que laboran en 12.238 grandes y pequeñas empresas, apenas 6.462 realizan actividades ambientales (INEC, 2022). En materia de reciclaje y recuperación de desechos, únicamente 48 empresas se dedican a esta actividad y es realizado por el trabajo colaborativo de 50.000 recicladores, equivalente a 15.000 hogares aproximadamente (Origin, 2022). Relacionado con este sector, el 60% de recicladores son mujeres, jefes de hogar, que recolectan mensualmente tres toneladas de material cada una, generando un ingreso entre mensual aproximado entre 200 y 300 dólares americanos (Machado, 2023), ya que de acuerdo al Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica (2014), el precio referencial mínimo para material reciclado oscila entre 0,02 ctv/kg de papel periódico hasta 0,75 ctv/kg de pet. Los datos muestran que, en Ecuador, la transición hacia un modelo de economía circular está en una fase inicial.

Las empresas que optaron por sistemas de economía circular han logrado ser más competitivas por la reducción de costos en la adquisición de materia prima, menor cantidad de insumos importados, incremento de la cobertura de mercado en un nicho creciente de clientes que aprecian productos y servicios sostenibles y reducción de residuos generados por reutilización, todo esto reflejado en el aumento de utilidades (Almeida-Guzmán; Díaz-Guevara, 2020).

Uno de los proyectos que han surgido en Ecuador en el ámbito empresarial para implementar elementos de economía circular en los procesos productivos se denomina "Fortalecimiento de la infraestructura de calidad en la cadena de valor de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEEA)", ejecutado en el período 2019-2020, que contó con el apoyo de Physikalisch Technische Bundesanstalt (PTB). Los actores participantes fueron el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (MPCEIP) y otras instituciones vinculadas a la gestión ambiental como el Ministerio del Agua, el Municipio de Quito y la Universidad de Cuenca. El proyecto aplicó la metodología CALIDENA en el marco del proyecto regional "Fomento de la innovación para la economía verde", referida

a calidad y cadena de valor, con el objetivo de lograr procesos más sostenibles en la gestión de residuos electrónicos. Para los pilares de la infraestructura de calidad como la normalización, acreditación y metrología, el país cuenta con el Servicio Ecuatoriano de Normalización (INEN) y el Servicio de Acreditación Ecuatoriano (SAE). Se debe mencionar que en el diagnóstico del proyecto se recomienda intervenir en la normalización de los requisitos de los materiales, posiblemente por ser una iniciativa nueva en el país.

4.1. Análisis de la inclusión de conceptos de economía circular en los PDOT de 4 cantones

Los GAD son los principales actores en la ejecución de planes, programas y proyectos de economía circular en el territorio. El rol de los GAD es crear ciudades más sostenibles que brinden una mejor calidad de vida a la población con parámetros ambientales como la base de su accionar.

Sin embargo, este trabajo de investigación muestra que la economía circular es un tema escasamente abordado a nivel de territorio en Ecuador y que posiblemente no será incorporado en la planificación de los gobiernos locales en el corto plazo, tanto por desconocimiento de su normativa y formas de aplicación como por la escasez de recursos financieros, según la información obtenida de las entrevistas.[2] Estas dos circunstancias provocarían que los GAD no presenten, al menos por ahora, interés en asumir nuevas competencias ambientales a más de las ya especificadas en el COOTAD.

Si bien el Ministerio de Ambiente tuvo un primer acercamiento con 220 municipios en 2020 para socializar temas referentes a economía circular, el proceso se detuvo por la pandemia, al igual que las iniciativas municipales sobre proyectos de reciclaje. Posteriormente, varios municipios retomaron lentamente la separación de desechos en la fuente. Sin embargo, una vez que la basura clasificada es recogida, el tratamiento es muy básico o inexistente en las estaciones de transferencia y, por ende, en el relleno sanitario.

En los PDOT analizados, fue posible comprobar que todos los planes de ordenamiento fueron elaborados considerando los ODS en el diseño de sus actividades y proyectos. Estos documentos de planificación resaltan la importancia del cuidado del entorno ambiental, la protección de los recursos hídricos y la gestión integral de residuos sólidos. Además, los entrevistados coinciden en afirmar que el tema ambiental es importante en la planificación territorial. Sin embargo, no se menciona la economía circular como un eje de acción transversal en sus objetivos, a pesar de haber sido actualizados a fines de 2021 cuando ya se había emitido el *Libro Blanco de Economía Circular de Ecuador*.

2 Ese documento de la entrevista está en SciELO Dataverse (https://doi.org/10.48331/scielodata.9MXNYJ) con el nombre de Anexo 2.

La competencia mencionada con mayor frecuencia en los planes de desarrollo locales que se vincula con la economía circular es la gestión integral de residuos. Todos los municipios han emitido una ordenanza para esta gestión y tienen un plan en ejecución, total o parcial. En el caso de Cotacachi y Urcuquí, existe clasificación de desechos sólidos en su lugar de origen. En Cotacachi, gestionan tanto los residuos orgánicos para compostaje como los inorgánicos para comercialización. En Urcuquí, están retomando la actividad de reciclaje de residuos inorgánicos suspendida por la pandemia; con los residuos orgánicos elaboran compostaje y entregan a las asociaciones de agricultores. En Tulcán, no hay separación en la fuente y, si bien en el relleno se construyeron celdas para separación de residuos peligrosos y especiales, actualmente no están desarrollando actividades de recuperación de residuos. En Ibarra, existió hace más de una década un proyecto de reciclaje que fue suspendido por el alcalde de turno. En la actualidad, el GAD Ibarra está iniciando un proyecto piloto de reciclaje en un barrio urbano con alta actividad comercial y planifica extenderlo a otros sectores de forma paulatina. Se debe mencionar que la gestión de residuos es una de las competencias de los gobiernos locales, como lo señala el COOTAD, Art. 431, por lo cual es una obligación de los municipios el enfoque integral para el manejo de residuos, iniciando el proceso con la separación desde la fuente.

Todos los municipios manifiestan haber tenido alguna acción de educación ambiental mediante campañas para la reducción de plásticos y la existencia de una ordenanza ambiental en Cotacachi. De igual manera, se promocionan los cultivos agroecológicos en Tulcán, Cotacachi y Urcuquí, y en el caso de Tulcán incluso se creó un programa denominado "Carchi Desafío", que consiste en promover la economía inclusiva, y uno de sus ejes es la economía circular. El apoyo directivo a actividades productivas sustentables no es una competencia de los GAD, por lo que no está considerado en sus planes de acción.

El escaso presupuesto asignado a actividades ambientales está señalado como la limitante más recurrente en los GAD para iniciar acciones ambientales o incursionar en otros ámbitos como un trabajo colaborativo con el sector privado en el contexto de la economía circular.

En relación con el tema de simbiosis industrial, asociado al pilar Producción Sostenible del *Libro Blanco*, es de difícil aplicación, ya que las principales actividades económicas en estos cantones son agrícolas y de comercio.

En general, podemos afirmar que el trabajo de los municipios responde principalmente a temas políticos coyunturales que dificultan el seguimiento de proyectos a largo plazo, como los ambientales y, por otro lado, para la asignación de fondos se priorizan los aspectos de vialidad, de tal manera que el cuidado del entorno natural es considerado secundario. Además, la tendencia de economía circular en Ecuador es reciente y, por ahora, no es un discurso que sea manejado por las autoridades locales. Según el INEC (2020), en las provincias de Imbabura y Carchi se ha utilizado entre 33% y 50% de los residuos orgánicos en procesos de compostaje y lombricultura, considerando que son cantones eminentemente agrícolas. Estas estrategias de circularidad y principios de economía circular aportan en el cumplimiento de

los indicadores mundiales de los ODS: Objetivo 1, poner fin a la pobreza y Objetivo 2, promover la agricultura sostenible.

4.2 ¿Se pueden aplicar criterios de economía circular en los PDOT?

Los gobiernos autónomos son una pieza clave en la planificación territorial por su gestión directa en el desarrollo de las poblaciones. Sin embargo, el cumplimiento de sus competencias se presenta como un desafío por la evidente carencia técnica y financiera de recursos que afrontan, así como el cambio constante de directivos encargados de la gestión ambiental. La inclusión del concepto de economía circular y otras tendencias como innovación, gestión integral de residuos y preservación del ambiente, se ven limitadas por aspectos internos, como la organización de las instituciones, y externos, como el escaso acceso a nuevas tecnologías o la limitada asignación de presupuesto para proyectos ambientales.

En la Tabla 3 se describen los resultados del análisis FODA, elaborado a partir de la información obtenida de la aplicación de las encuestas y de los documentos de planificación. Esta metodología permitió visualizar en detalle los elementos que afrontan los GAD en la zona 1, que seguramente serán similares en otras regiones del país.

TABLA 3 – **MATRIZ DE DIAGNÓSTICO CRUZADO DE NORMATIVA Y APLICACIÓN DE ECONOMÍA CIRCULAR EN LOS GAD: IBARRA, URCUQUÍ, COTACACHI, TULCÁN**

	FORTALEZAS	**DEBILIDADES**
	F1. EXISTENCIA Y PROTECCIÓN DE SERVICIOS AMBIENTALES, RESERVAS NATURALES E HÍDRICAS F2. INCORPORACIÓN DE PROGRAMAS DE TRATAMIENTO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS F3. PRESENCIA DE CADENAS DE VALOR AGROECOLÓGICAS, DE CÁRNICOS, TURISMO Y CUERO F4. SECTORES PRODUCTIVOS BASADOS EN AGROECOLOGÍA F5. PDOT ALINEADOS A LOS ODS Y ODM F6. CAPACITACIÓN EN MUNICIPIOS Y COMUNIDADES SOBRE ECONOMÍA CIRCULAR F7. EN EL GAD DE URCUQUÍ EXISTEN PROCESOS DE COMPOSTAJE, RECICLAJE F8. EN EL GAD DE COTACACHI Y TULCÁN SE PROMUEVE LA RACIONALIZACIÓN, REDUCCIÓN Y REUTILIZACIÓN DEL PLÁSTICO	D1. PRESUPUESTO INSUFICIENTE PARA CAPACITACIONES EN TEMAS DE EDUCACIÓN AMBIENTAL Y/O PRODUCCIÓN ORGÁNICA D2. POCOS EMPRENDIMIENTOS DE ECONOMÍA CIRCULAR Y POR INICIATIVA PRIVADA D3. SEGUIMIENTO DE EJECUCIÓN DE PDOT CON APLICACIÓN DE DIFERENTES METODOLOGÍAS: INDICADORES, PROYECTOS, GESTIÓN POR RESULTADOS D4. AMPLIACIÓN DE LA FRONTERA AGRÍCOLA Y DEFORESTACIÓN D5. ESCASA TECNIFICACIÓN E INVERSIÓN EN SISTEMAS DE PRODUCCIÓN SOSTENIBLE D6. INADECUADO TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES QUE CONTAMINAN AFLUENTES
OPORTUNIDADES	**ESTRATEGIAS FO**	**ESTRATEGIAS DO**
O1. CREACIÓN DE LEGISLACIÓN QUE APOYA LA APLICACIÓN DE ECONOMÍA CIRCULAR O2. MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA IMPULSA ECONOMÍA CIRCULAR O3. POSIBILIDAD DE GESTIONAR RECURSOS ECONÓMICOS MEDIANTE COOPERACIÓN INTERNACIONAL	1. CONSEGUIR RECURSOS ECONÓMICOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA REPLICAR EXPERIENCIAS POSITIVAS EN OTROS GAD SOBRE: A GROECOLOGÍA, CADENAS DE VALOR, RECICLAJE, REDUCCIÓN, REUTILIZACIÓN,COMPOSTAJE. (F3, F4, F7, F8)	1. REGLAMENTAR LA EXISTENCIA DE FONDOS PÚBLICOS CONCURSABLES PARA INCENTIVAR AUMENTO DE EMPRENDIMIENTOS CON ENFOQUE DE ECONOMÍA CIRCULAR (D2, D4, O1) 2. IMPULSAR EL OTORGAMIENTO DE CRÉDITOS PRIORITARIOS PARA ADQUISICIÓN DE SISTEMAS DE PRODUCCIÓN CON TECNOLOGÍAS LIMPIAS (D5, D6, O2)

(continua)

AMENAZA S	ESTRATEGIAS FA	ESTRATEGIAS DA
A1. REDUCCIÓN DE ASIGNACIONES PRESUPUESTARIAS	ACTUALIZAR PDOT PARA INCLUIR ENFOQUE DE ECONOMÍA CIRCULAR, PROTECCIÓN DE RECURSOS NATURALES Y SISTEMAS FRÁGILES (F5, F6, A2, A3, A4)	IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OBTENCIÓN DE PARTIDAS PRESUPUESTARIAS DESTINADAS A CAPACITACIONES Y CUIDADOS AMBIENTALES (D1, D6, A1, A4)
A2. CONCESIÓN Y LEGALIZACIÓN DE ACTIVIDAD MINERA EN ZONAS BIODIVERSAS		
A3. DEGRADACIÓN, DISMINUCIÓN Y CONTAMINACIÓN DE ECOSISTEMAS POR ACTIVIDADES ANTRÓPICAS		
A4. DEFICIENTES POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTALES DE CONSERVACIÓN DE ECOSISTEMAS FRÁGILES		

Fuente: Entrevistas a funcionarios de GAD vinculados a la gestión ambiental.

En general, podemos ver que todos los municipios han incluido en sus planes de desarrollo conceptos relacionados con economía. La intención de mejorar la gestión de residuos está presente en los PDOT y se menciona como una de sus acciones de mayor seguimiento. Evidentemente, hay diferencias en el avance del proceso y mayor compromiso de unos municipios en comparación a otros. Sin embargo, todos tienen la intención de mejorar esta competencia.

Por otro lado, si bien en todos los cantones hay iniciativas de producción orgánica, esto corresponde al sector privado o comunitario, y no es parte de las competencias municipales ni cuentan con asignación presupuestaria para apoyar estas iniciativas. Sin embargo, el hecho de que la población maneje estos conceptos y los incorpore en sus actividades económicas favorece la inclusión de nuevas tendencias de cuidado ambiental. Esto se señala en uno de los cruces estratégicos Fortalezas-Oportunidades.

En suma, el análisis de los cruces estratégicos de la matriz FODA evidencia que la preservación ambiental es una de las mayores debilidades en la gestión municipal. Sin embargo, esto abre el espectro para incursionar en el acceso a fuentes de financiamiento que fortalezcan la gestión municipal como créditos, adquisición de tecnología limpia, fondos concursables para temas ambientales y otro tipo de recursos que permitan impulsar la economía circular a nivel territorial.

5. Discusión de resultados

La preocupación ambiental en todo el planeta por el uso más controlado de recursos, incluyendo los procesos de economía circular, ha sido evidente en los distintos gobiernos. En Europa, específicamente, como lo señala Sedeño (2023), la inclusión de circularidad se orienta hacia el cumplimiento de los ODS, similar al objetivo de promover la economía circular en Ecuador.

Porcelli y Martínez (2018) afirman que a nivel mundial existe la tendencia de una mayor atención hacia el incremento de los niveles de contaminación y el aumento de la cantidad de desechos a ser gestionados, como sucede en el país. Y, por otro lado, la normativa jurídica ecuatoriana también debe ajustarse a este nuevo concepto de circularidad, como lo indica Santamaría (2019) en el caso de la Unión Europea.

Las iniciativas sobre economía circular en Ecuador tienen menos de 5 años, lo que demuestra que este concepto es de reciente discusión en el país y también a nivel de gobiernos locales, a diferencia de lo que afirman Prieto-Sandoval, Jaca-García y Ormazabal-Goenaca (2017) que señalan su existencia desde los 1990. Por otro lado, la situación ecuatoriana coincide con lo mencionado por Suárez-Eiroa *et al.* (2019) cuando afirman que la discusión conceptual y la aplicación práctica sobre economía circular aún no han sido ampliamente desarrolladas. Esto fue posible corroborar con las entrevistas a funcionarios municipales, ya que no incluyeron conceptos de economía circular en los planes de desarrollo.

Muchos procesos de producción en el país mantienen aún el modelo de economía lineal (Ramos; García, 2021), ya que los residuos son descartados sin separación en la fuente ni reciclaje o recuperación en el relleno, lo que provoca su contaminación e imposibilita su reincorporación al proceso productivo (López; Villajos, 2021). En los municipios analizados, la actividad de separación de desechos en centros de acopio y posterior manejo de estos recursos es casi inexistente. Esta afirmación coincide con Berg *et al.* (2018) quienes señalan los principios de la economía circular como uno de los mayores beneficios para la reducción de la contaminación en los procesos productivos, y en Ecuador la ausencia de estos principios ha provocado graves problemas ambientales.

El cambio de modelo económico a economía circular será a largo plazo, según lo señalan Chafla-Martínez y Lascano-Vaca (2021), ya que podemos afirmar que, desde la emisión de la normativa legal referente a la economía circular en Ecuador, el avance en esta área es bajo o nulo a nivel de territorio (Portilla-Jiménez, 2022).

A través de las visitas de campo y el análisis de los planes de desarrollo, se pudo constatar que la inclusión del enfoque de economía circular en la planificación de los municipios demanda un cambio de visión en sus funcionarios (Arnedo-Lasheras *et al.*, 2020). Además, las pocas iniciativas de reciclaje que surgieron en los municipios estudiados fueron suspendidas por la pandemia. Schröder *et al.* (2020) afirman que la emergencia sanitaria evidenció los problemas económicos y ambientales que genera la economía mundial, situación que también se presentó en Ecuador. Se vuelve imperativo reformar los procesos de gestión de

residuos y mejorar este enfoque a través de políticas de estado para promover el desarrollo local (Stahel, 2016). En Ecuador, los municipios asumen la gestión de residuos como parte de sus competencias, similar a las afirmaciones de Santamaría (2018) en su análisis sobre el rol de la administración local en España en la incorporación de la economía circular en gestión ambiental.

Los resultados del análisis FODA coinciden con los de Portilla-Jiménez (2022) en cuanto a identificar la existencia de una Ley de Economía Circular y el hecho de que otros países ya apliquen este concepto como oportunidades, y la escasez de recursos financieros como amenaza. Sin embargo, la inclusión de economía circular en los municipios podría generar ingresos y contribuir al crecimiento económico del país, como lo afirman De Patre, Spinoso y Colledani (2017) en su investigación sobre economía circular en Latinoamérica.

La incorporación de economía circular en la normativa legal a nivel territorial sería posible con un cambio en la gobernanza de las instituciones públicas locales (Morseletto, 2020) y en la estructura jurídica (Berg *et al.*, 2018). El manejo de residuos es el único aspecto ambiental abordado en la planificación municipal, según el análisis de las entrevistas. Esto también lo afirman Rodríguez *et al.* (2023) al mencionar que la economía circular no debe limitarse a la gestión de los residuos, sino al análisis de todos los ciclos productivos.

Finalmente, los planes de desarrollo analizados presentan los límites señalados por Korhonen, Honkasalo y Seppälä (2018) referente a la necesidad de contar con investigaciones más profundas para comprender de qué forma este concepto se ajusta a las dimensiones social y económica del desarrollo sustentable.

Conclusiones

Pese a que en Ecuador existe un marco legal a través del *Libro Blanco de Economía Circular de Ecuador* y la Ley de Economía Circular, se perciben pocas iniciativas municipales para la ejecución de proyectos ambientales. Los proyectos son todavía escasos y de difícil aplicación por factores como bajo presupuesto, deficiente comprensión de los principios de economía circular, bajo nivel de industrialización en las ciudades, altos costos ambientales y carencia de tecnología limpia. Por lo general, la inversión en temas ambientales genera réditos a largo plazo y muchos municipios no consideran el desarrollo sustentable como una prioridad en su planificación.

Si bien el gobierno nacional ha dado importantes pasos en la incorporación del discurso de economía circular en la normativa legal, esta iniciativa necesita estar acompañada de recursos financieros y técnicos para concretar su ejecución. Los municipios de menor tamaño, como los analizados, cuentan con asignaciones presupuestarias limitadas y es muy difícil pretender que, con sus capacidades actuales, asuman competencias nuevas e incorporen elementos de economía circular en su planificación si no existe el apoyo monetario y técnico para concretarla.

El Art. 55 del COOTAD se refiere a las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y señala como prestación de servicios públicos el manejo de sus desechos sólidos. Sin embargo, los municipios pequeños tienen poca capacidad de gestión y lo ejecutan a través de unidades bajo la dependencia jerárquica de otras direcciones como jefaturas de ambiente o comisarias municipales que no cuentan con autonomía financiera ni administrativa.

En concordancia con el *Libro Blanco de Economía Circular de Ecuador* (Ecuador, 2021a), el modelo de economía circular a desarrollarse es "regenerativo y restaurativo". Sin embargo, del análisis a los planes de desarrollo se puede evidenciar que los municipios se enfocan únicamente en un pilar: Gestión Integral de Residuos Sólidos. Se requiere mayor apoyo legal, administrativo y económico para impulsar, motivar y garantizar proyectos ambientales. De todas maneras, se debe mencionar que la gestión integral de residuos es un desafío a nivel nacional que puede ser abordado con mayor eficacia mediante prácticas de economía circular.

El análisis de la relación entre economía circular, las dimensiones del desarrollo sostenible y la ecoeficiencia en sistemas productivos privados son cuestiones muy amplias al ámbito de la investigación. Sin embargo, consideramos que se podrían abordar mediante la aplicación de los indicadores señalados en la norma ISO 59020 (actualmente en desarrollo) y varias investigaciones científicas (Saidani *et al.*, 2019) que plantean una amplia taxonomía de indicadores para medir circularidad. De igual manera, también podría ser un tema de investigación la medición de sostenibilidad en los municipios utilizando indicadores señalados en las investigaciones antes mencionadas.

REFERENCIAS

ALMEIDA-GUZMÁN, Marcia; DÍAZ-GUEVARA, César. Economía circular, una estrategia para el desarrollo sostenible. Avances en Ecuador. *Estudios de la Gestión: Revista Internacional de Administración*, Quito, n. 8, p. 34-56, 2020. Disponible en: https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/eg/article/view/2407. Consultado el 14 feb. 2022.

ARNEDO-LASHERAS, Rebeca *et al*. *Guía práctica para implementar la economía circular en las pymes*. Madrid: AENOR, 2020.

BERG, Annukka *et al*. *Circular Economy for Sustainable Development*. Reports of the Finnish Environment Institute – N. 26. Helsinki: SYKE, 2018.

BERGAMINI, Tiziana; HILLIARD, Ivan. La economía circular en la industria alimentaria. *Dossieres EsF* (Economistas sin Fronteras), Madrid, n. 35, 2019.

BERNACHE PÉREZ, Gerardo. *Cuando la basura nos alcance*: el impacto de la degradación ambiental, Tlalpan, México D. F.: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), 2011.

CANELAS-SANTIESTEBAN, Evelyn *et al*. Infraestructura de la calidad para la economía circular en América Latina y el Caribe 2020. Quito: Consejo de la Infraestructura de la Calidad de América (QICA), 2022. Disponible en: https://bvearmb.do/bitstream/handle/123456789/2849/Estudio-IC-EC-ESP-PTB.pdf?sequence=1. Consultado el 3 ene. 2024.

CERDÁ, Emilio; KHALILOVA, Aygun. Economía circular. *Economía Industrial*, Madrid, n. 401, p. 11-20, 2016.

CHAFLA-MARTÍNEZ, Pablo; LASCANO-VACA, Max. Entendiendo la economía circular desde una visión ecuatoriana y latinoamericana. *Revista Ciencia UNEMI*, Milagro, v. 14, n. 36, p. 73-86, 2012.

CHERTOW, Marian. "Uncovering" Industrial Symbiosis. *Journal of Industrial Ecology*, Hoboken, v. 11, n. 1, p. 11-30, 2008. Disponible en: https://doi.org/10.1162/jiec.2007.1110. Consultado el 3 sep. 2022.

DE PATRE, Umberto; SPINOSO, Simona; COLLEDANI, Marcello. Critical Analysis of Circular Economy in Emerging Latin America Countries. 2017-2018. 121 p. Tesis de Magíster – ING-Scuola di Ingegneria Industriale e dell'Informazione, Politecnico de Milano, Milán, 2017-2018.

ECUADOR. Reformas al Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. *Registro Oficial*, III Suplemento, Quito, n. 186, p. 1-75, 10 nov. 2022a.

ECUADOR. Decreto Ejecutivo N. 754: Reforma al Reglamento del Código Orgánico del Ambiente. *Registro Oficial*, Quito, p. 1-36, 31 may. 2022b.

ECUADOR. *Libro Blanco de Economía Circular de Ecuador*. Quito: Ministerio de Producción Comercio Exterior Inversiones y Pesca, 2021a.

ECUADOR. Ley Orgánica de Economía Circular Inclusiva. *Registro Oficial*, Asamblea de la República del Ecuador, Cuarto Suplemento, Quito, n. 488, p.1-43, 2021b.

ECUADOR. *Ecuador y su Estrategia Nacional de Economía Circular*. Ginebra: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana – Misión Permanente ante la OMC, 2021.

ECUADOR. Vicepresidencia de la República del Ecuador. El Pacto por la Economía Circular promueve un desarrollo productivo sostenible. Guayaquil, 22 ago. 2019. Disponible en: https://www.vicepresidencia.gob.ec/el-pacto-por-la-economia-circular-promueve-un-desarrollo-productivo-sostenible/. Consultado el 19 ago. 2024.

ECUADOR. Código Orgánico del Ambiente. *Registro Oficial*, Ministerio del Ambiente, Suplemento, Quito, n. 983, p. 1-92, 12 abr. 2017.

ECUADOR. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. *Registro Oficial*, Suplemento, Quito, año 2, n. 303, p. 1-112, 19 oct. 2010. Disponible en: https://www.gob.ec/regulaciones/codigo-organico-organizacion-territorial-autonomia-descentralizacion-cootad. Consultado el 4 oct. 2022.

ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial*, Quito, n. 449, p. 1-136, 20 oct. 2008.

EL UNIVERSO. Las acciones del Acuerdo 2030 empiezan a tomar forma. Guayaquil, 22 sep. 2019. Disponible en: https://www.eluniverso.com/noticias/2019/09/22/nota/7528690/acciones-acuerdo-2030-empiezan-tomar-forma/. Consultado el 13 ago. 2022.

FUNDACIÓN ELLEN MACARTHUR. Toward the Circular Economy. Volume 1: An Economic and Business Rationale for an Accelerated Transition. Cowes, 2021. Disponible en: https://ellenmacarthurfoundation.org/towards-the-circular-economy-vol-1-an-economic-and-business-rationale-for-an. Consultado el 8 jul. 2022.

FUNDACIÓN ELLEN MACARTHUR. *El concepto de una economía circular*. Cowes, 2020. Disponible en: https://archive.ellenmacarthurfoundation.org/es/economia-circular/concepto. Consultado el 24 jul. 2022.

FUNDACIÓN ELLEN MACARTHUR. *Growth Within*: A Circular Economy Vision for a Competitive Europe. Cowes, 2015a. Disponible en: https://ellenmacarthurfoundation.org/growth-within-a-circular-economy-vision-for-a-competitive-europe. Consultado el 6 feb. 2022.

FUNDACIÓN ELLEN MACARTHUR. *Delivering the Circular Economy*: A Toolkit for Policymakers. Cowes, 2015b. Disponible en: https://ellenmacarthurfoundation.org/a-toolkit-for-policymakers. Consultado el 15 ago. 2022.

GARABIZA, Bella; PRUDENTE, Evelyn; QUINDE, Kelly. La aplicación del modelo de economía circular en Ecuador: Estudio de caso. *Revista Espacios*, Caracas, v. 42. n. 2, p. 222-237, 31 ene. 2021.

Disponible en: http://www.revistaespacios.com/a21v42n02/21420217.html. Consultado el 10 mar. 2022.

GUOHUI, Song; YUNFENG, Li. The Effect of Reinforcing the Concept of Circular Economy in West China Environmental Protection and Economic Development. *Procedia Environmental Sciences*, [*s.l.*], n. 12, p. 785-792, 31 dic. 2012.

HERNÁNDEZ, Roberto; FERNÁNDEZ, Carlos; BAPTISTA, María del Pilar. *Metodología de la investigación*. 5. ed. México D. F.: McGrawHill, 2010.

HOMRICH, Aline *et al*. The Circular Economy Umbrella: Trends and Gaps on Integrating Pathways. *Journal of Cleaner Production*, [*s.l.*], n. 175, p. 525-543, feb. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (INEC). Módulo de Información Económica Ambiental en Empresas – ENESEM 2020. Junio, 2022. Disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Encuestas_Ambientales/EMPRESAS/Empresas%1F_2020/PRES_MOD_AMB_EMP_2020_Vf.pdf. Consultado el 18 ago. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (INEC). *Gestión de residuos sólidos 2020*. Diciembre, 2021. Disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Encuestas_Ambientales/Municipios_2020/Residuos_solidos_2020/Presentacion_residuos_2020.pdf. Consultado el 18 ago. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (INEC). *Estadística de Información Ambiental Económica en Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales*. 2016. Disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/gad-municipales/. Consultado el 18 ago. 2024.

ISO/DIS 59040. *Circular Economy* – Product Circularity Data Sheet. Disponible en: https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:59040:dis:ed-1:v1:en. Consultado el 19 ago. 2024.

ISO/DIS 5901. *Circular Economy* – Guidance on the Transition of Business Models and Value Networks. Disponible en: https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:59010:dis:ed-1:v1:en. Consultado el 19 ago. 2024.

ISO/DIS 59014. *Environmental Management and Circular Economy* – Sustainability and Traceability of Secondary Materials Recovery – Principles and Requirements. Disponible en: https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:59014:dis:ed-1:v1:en. Consultado el 19 ago. 2024.

KORHONEN, Jouni; HONKASALO, Antero; SEPPÄLÄ, Jyri. Circular Economy: The Concept and its Limitations. *Ecological Economics*, [*s.l.*], v. 143, p. 37-46, ene. 2018.

LEAL, José. *Ecoeficiencia*: marco de análisis, indicadores y experiencias. CEPAL – División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos. Santiago, p. 1-82, sep. 2005.

LOBATO, Iván. *Economía circular*: de la "eco-obligación" a la "eco-oportunidad". Madrid: Tagus, 2017. 313 p.

LÓPEZ, Alfonso; VILLAJOS, Esther. La economía circular como modelo para un sistema económico sostenible: estudio de caso en España. *In*: BARRIONUEVO, María de los Ángeles (coord.). *Economía circular y bioeconomía*: elementos para la transformación y reactivación productiva. 10. ed. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2021. p. 42-51.

MACHADO, Jonathan. Recicladores: el cruel dilema entre salir a trabajar o pasar hambre. *Primicias*, Quito, 23 nov. 2023. Disponible en: https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/recicladores-drama-coronavirus-mujeres/. Consultado el 15 ag. 2024.

MINISTERIO DEL AMBIENTE, AGUA Y TRANSICIÓN ECOLÓGICA. Precios de Mercado Referenciales para Materiales Reciclables. Gobierno de Ecuador, Quito, sep. 2014.

MORENO RUEDA, Juan José; MUÑOZ MALDONADO, Claudia. Economía circular e innovación. 2020. 33 p. Tesina de grado – Administración de Empresas, Universidad del Rosario, Bogotá, 2021.

MORSELETTO, Piero. Targets for a Circular Economy. *Resources, Conservation and Recycling*, [*s.l.*], v. 153, p. 1-12, feb. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Perspectiva de la Gestión de Residuos en América Latina y el Caribe. *Programa Ambiental*, UNEP, Ginebra, 2018. Disponible en: https://wedocs.unep.org/20.500.11822/26448. Consultado el 30 may. 2021.

ORIGIN. ¿Cuál es la situación del reciclaje en el Ecuador? Quito, 14 dic. 2022. Disponible en: https://www.origin-recycle.com/cual-es-la-situacion-del-reciclaje-en-el-ecuador/. Consultado el 19 ago. 2024.

PORCELLI, Adriana Margarita; MARTÍNEZ, Adriana Norma. Análisis legislativo del paradigma de la economía circular. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 1067-1105. 2018. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201840. Consultado el 19 ago. 2024.

PORTILLA-JIMÉNEZ, Jenny. Análisis del Marco Normativo de Economía Circular en Ecuador orientado al sector de los plásticos. *FIGEMPA: Investigación y Desarrollo*, Quito, v. 13, p. 38-47, 2022. Disponible en: https://doi.org/10.29166/revfig.v13i1.3364. Consultado el abr. 2022.

PRIETO-SANDOVAL, Vanessa; JACA-GARCÍA, Carmen; ORMAZABAL-GOENAGA, Marta. Economía circular: relación con la evolución del concepto de sostenibilidad y estrategias para su implementación. *Memoria – Investigaciones en Ingeniería*, Montevideo, n. 15, p. 85-95, 1 nov. 2017. Disponible en: http://revistas.um.edu.uy/index.php/ingenieria/article/view/308. Consultado el 19 ago. 2024.

RAEE ANDALUCÍA. *Qué es la economía circular y la importancia de reciclar para esta*. 2022. Disponible en: https://www.raeeandalucia.es/actualidad/que-es-economia-circular-importancia-reciclar-para-esta. Consultado el 19 ago. 2024.

RAMOS, Santiago. *Cómo implementar la economía circular en mi empresa*. Guadalajara: Reloops, 2021.

RAMOS, Megan; GARCÍA, Juan. Análisis de un modelo bioeconómico aplicado en una asociación campesina del bosque seco del sur de Ecuador. *In*: BARRIONUEVO, María de los Ángeles (coord.). *Economía circular y bioeconomía*: elementos para la transformación y reactivación productiva. 10. ed. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2021. p. 42-51.

RAWORTH, Kate. *Economía rosquilla*: 7 maneras de pensar la economía del siglo XXI. Barcelona: Paidós, 2017.

RIERADEVALL I PONS, Joan. Ecodiseño estrategia clave para la ecoinnovación de productos y servicios. *Teoría y Praxis Investigativa*, Bogotá, v. 9, n. 2, p. 8-15, jul.-dic. 2014.

RODRÍGUEZ, Óscar *et al*. *Modelamiento de los efectos macroeconómicos de la transición a la economía circular para Latinoamérica*: casos de Chile, Colombia, México y Perú. CEPAL, Santiago, 2023. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstreams/4c226212-90a2-457f-aea8-117283004fbb/download. Consultado el 19 ago. 2024.

SAIDANI, Michael *et al*. A Taxonomy of Circular Economy Indicators. *Journal of Cleaner Production*, [*s.l.*], n. 207, p. 542-559, 10 ene. 2019.

SANTAMARÍA, René. Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Tarragona, n. 1, p. 1-37, 2019.

SANTAMARÍA, René. El régimen local ante los retos jurídicos de la economía circular. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, Madrid, n. 46, p.127-156, 2018.

SCHRÖDER, Patrick *et al*. *La economía circular en América Latina y el Caribe*. Oportunidades para fomentar la resiliencia. Programa de Energía, Medio Ambiente y Recursos. Londres, Chatam House, 2020.

SEDEÑO, José. ¿Hacia una economía circular en Andalucía? Comentarios a la Ley 3/2023 de marzo, de Economía Circular de Andalucía. *Revista Central de Ciencias Sociales*, Sevilla, v. 2, n. 1, p. 45-62, 2 may. 2023.

SERVICIO ECUATORIANO DE NORMALIZACIÓN (INEN). *Ecuador proyecta una producción sostenible a través de una norma técnica basada en economía circular*. Dirección de comunicación social, Quito, 2022.

SERVICIO ECUATORIANO DE NORMALIZACIÓN (INEN). *Estadística de Información Ambiental Económica en Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales*. Gestión de Residuos Sólidos. Gobierno de Ecuador, Quito, p. 1-67, 2016.

STAHEL, Walter. The Circular Economy. *Nature*, Londres, v. 531, n. 7.595, p. 435-438, 23 mar. 2016.

SUÁREZ-EIROA, Brais *et al*. Operational Principles of Circular Economy for Sustainable Development: Linking Theory and Practice. *Journal of Cleaner Production*, [*s.l.*], n. 214, p. 952-961, 4 ene. 2019.

UNIÓN EUROPEA (UE). *Introducción a la economía circular*. Proyecto Circular Labs. Fondo Europeo de Desarrollo Regional, 2021.

Wilma Matilde Guerrero-Villegas

Economista. Especialista en Educación para el Desarrollo Sustentable. Magister en Desarrollo Social. Doctora en Desarrollo Regional e Integración Económica. Experiencia docente de 15 años en Microeconomía, Economía Ambiental y Política Económica. Directora de proyectos de investigación de Economía. Publicaciones en temas de Economía Ambiental y Teoría de los Comunes, Mercados de Trabajo, Organización Comunitaria.

wmguerrero@utn.edu.ec

Mónica Cecilia Gallegos-Varela

Ingeniera en Sistemas Computacionales. Magister en Tecnologías para la Gestión Docente. Magister en E-commerce. Directora de proyectos de investigación. Subdecana de la Facultad de Ciencias Administrativas y Económicas. Experiencia docente en Tecnologías de la Información y Comunicación. Publicaciones en el área de Tecnología Educativa, Comercio Electrónico, Gestión Empresarial.

mgallegos@utn.edu.ec

Piedad Maribel Rosero-Rosero

Licenciada en Contabilidad y Maestría en Gestión de Proyectos. Docente universitaria con experiencia en análisis del consumidor, responsabilidad ambiental y social, innovación empresarial, externalidades ambientales y normativa legal.

pmrosero@utn.edu.ec

Lucía Maribel Pinargote-Yépez

Ingeniera Comercial con especialidad en Marketing. Docente investigadora en temas de Comportamiento del Consumidor y Marketing Sustentable. Publicaciones en el área de Innovación Empresarial.

lmpinargote@utn.edu.ec

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 27.04.2023
Aprovado: 30.04.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202431

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo *desk review*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.

1 The University of Newcastle, School of Law and Justice, Newcastle, New South Wales, Australia
https://orcid.org/0000-0003-0852-8064

2 The University of Newcastle, School of Business, Newcastle, New South Wales, Australia
https://orcid.org/0000-0003-4492-2480

Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights in Latin America: Towards a Decolonial Approach

CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN AMÉRICA LATINA: HACIA UN ENFOQUE DECOLONIAL

CONHECIMENTO TRADICIONAL E DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NA AMÉRICA LATINA: RUMO A UMA ABORDAGEM DECOLONIAL

Eliezer Sánchez-Lasaballett[1] and *Ybiskay González*[2]

Abstract
This article analyses the underlying ideological dimension of the constitutional reforms in Latin America, with a detailed look at the contested process of Traditional Knowledge (TK) protection and its legal manifestations. Drawing on decolonial theory and textual analysis of constitutions of some Latin American countries (specifically, Brazil, Colombia, Venezuela, Peru, Ecuador and Bolivia), together with case studies and court cases, it demonstrates how Latin American constitutions frame TK protection and how even though some normative assumptions have changed, others remain entrenched. The article suggests that constitutional reforms recognising Indigenous rights to their TK is not enough, while the experiences of Indigenous peoples and their worldviews remain subordinated to colonial logics.

Keywords
Indigenous rights; traditional knowledge; intellectual property rights; decoloniality and Latin America.

Resumen
Este artículo analiza la dimensión ideológica subyacente a las reformas constitucionales en América Latina enfocándose en la controvertida protección de los Conocimientos Tradicionales (CT) y sus manifestaciones jurídicas. Basándose en la Teoría Decolonial y en el análisis textual de las constituciones de algunos países de América Latina (específicamente, Brasil, Colombia, Venezuela, Perú, Ecuador y Bolivia), además de estudios de casos y jurisprudencia, este artículo demuestra cómo las constituciones latinoamericanas encuadran la protección de los conocimientos tradicionales y cómo, a pesar de la evolución de algunos supuestos normativos, otros persisten en el tiempo. El artículo sugiere que no es suficiente reformar las constituciones que reconocen los derechos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales y que las experiencias indígenas y su cosmovisión continúan subordinadas a las lógicas coloniales.

Palabras clave
Derechos indígenas; conocimiento tradicional; propiedad intelectual; decolonialidad y América Latina.

Resumo
Este artigo analisa a dimensão ideológica subjacente às reformas constitucionais na América Latina, com foco na controversa proteção do Conhecimento Tradicional (CT) e suas manifestações jurídicas. Baseando-se na Teoria Decolonial e na análise textual das constituições de alguns países da América Latina (especificamente,

Brasil, Colômbia, Venezuela, Peru, Equador e Bolívia), bem como em estudos de caso e jurisprudência, este artigo demonstra como as constituições latino-americanas enquadram a proteção do conhecimento tradicional e como, apesar da evolução de alguns pressupostos normativos, outros persistem ao longo do tempo. O artigo sugere que não basta reformar as constituições que reconhecem os direitos indígenas sobre os conhecimentos tradicionais e que as experiências indígenas e sua visão do mundo continuam subordinadas às lógicas coloniais.

Palavras-chave
Direitos indígenas; conhecimento tradicional; direitos de propriedade intelectual; decolonialidade e América Latina.

Contribuição de autoria

Eliezer Sánchez-Lasaballett
Conceptualization; formal analysis; methodology; writing – original draft; writing – review & editing.

Ybiskay González
Conceptualization; formal analysis; methodology; writing – original draft; writing – review & editing.

• • •

Como citar este artigo
SÁNCHEZ-LASABALLETT, Eliezer; GONZÁLEZ, Ybiskay. Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights in Latin America: Towards a Decolonial Approach. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2431, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202431

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction

The constitutional reforms enacted between 1989 and 2015 in South America offer a window into Indigenous people's achievements and aspirations. While these constitutions[1] recognise Indigenous rights and their Traditional Knowledge (TK), the relationship between Indigenous peoples and their nation-states remains difficult, shaped by different development and human rights perspectives. From a development perspective, TK is considered an opportunity for developing countries to promote development and trade (UNCTAD, 2000). From a human rights perspective, TK should be protected to support Indigenous peoples' livelihoods and cultures, a view based on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) (UN, 2007). Nevertheless, most Indigenous peoples do not enjoy clear rights over their land and forest resources (Carrillo, 2022), and governments frequently try to omit or control Free, Prior and Informed Consent (FPIC) mechanisms based on national interest arguments. While debates on how to treat TK persist, centred on how to promote development and ensure Indigenous rights to fair and equitable benefit distribution to TK holders, there is less discussion about how, for Indigenous peoples, land is linked to self-determination, their ability to use and maintain their TK, and their material well-being.

Development and human rights perspectives exist alongside the Intellectual Property Rights (IPRs) regime. IPRs are "the legal protections given to persons over their creative endeavours and usually give the creator an exclusive right over the use of his/her creation or discovery for a certain period of time" (Ansong, 2018, p. 16). This regime secures rewards for creators and ensures defensive protection via the exclusion of unauthorised, third-party use, which is at the centre of debate among legal scholars working with IPRs globally. The rubrics established by intellectual property regimes remain the dominant paradigm under the World Intellectual Property Organization (WIPO), which drafts instrument(s) for TK protection at the international level (Bagley, 2019, p. 33). However, aspects of TK creation clash with the dominant incentive-driven discourse behind the notion of "author", as well as with the idea of the public domain, which emphasises open access (Varadarajan, 2011, p. 394). On the one hand, the tendency is to confer intellectual property rights on those contributing to original and transformative knowledge, rather than on those whose contributions stem from their relationships with nature. On the other hand, the construction and imposition of the public domain on TK reflect colonialism's enduring legacy, representing Indigenous or non-Western "others" as backward and their possessions as free for the taking (Oguamanam, 2018, p. 307).

1 Constitutional reforms recognising Indigenous rights and their TK have occurred in Latin America since the 1980s, namely, in Guatemala in 1985 and Nicaragua in 1987.

Consequently, in the IPR regime, there is no consensus about mechanisms best suited to protect TK, although there is increasing recognition of Indigenous cultures and their rights to their TK, particularly in current Latin American constitutions. Nevertheless, Indigenous peoples continue their struggles in obtaining authorship rights over their TK.

This article analyses how rights over TK are mediated by colonial logic, shaping who and what is entitled to IPRs. It focuses on recent constitutional reforms in Latin America and specific cases of Intellectual Property (IP) protection to illustrate their application. Such cases reveal the limitations of certain "successes" in protecting TK and in promoting other opportunities for the expansion of Indigenous rights. Methodologically, this article adopts a textual analysis of Latin American constitutions, specifically, in Brazil, Colombia, Venezuela, Peru, Ecuador, and Bolivia, countries that underwent constitutional reforms during the 1990s and at the beginning of the 21st century. In these nations, not only is it possible to see the inclusion of Indigenous rights regarding the protection of their TK, but also an opportunity to go beyond them. The article demonstrates how these new constitutions frame TK protection while some normative assumptions, such as state or Westphalian sovereignty, remain entrenched.

Coloniality refers to the process through which settlers continue colonialism by controlling human beings and nature to build settlers' wealth and privilege (Mignolo, 2011). The decolonial theory explains the uninterrupted persistence of colonialism as one embedded in a predominant conceptualisation of power, law, rights, and sovereignty. It reveals the entanglements of hierarchies, control of nature, and processes of racialisation in various domains that order the world currently (Quijano, 2007). By understanding coloniality as an ongoing process of entanglements, we draw attention to how colonial logic intersects in significant and complex ways within the context of IPRs. This relationship is not evident for legal professionals, who think in terms of proprietary rights when addressing TK protection (Coombe, 2001, p. 275). In doing so, this article contributes to the idea of bringing Indigenous peoples' claims to their right to protect TK on their own terms. It suggests that constitutional reforms recognising Indigenous peoples' rights to their TK are insufficient as long as Indigenous sovereignty and the relationships and nuances implied in Indigenous people's experiences and their undergirding worldviews remain subordinated to colonial logics.

The article is organised as follows. Firstly, we identify the current critiques of the IPRs regime, exposing its limitations in protecting TK and emphasising the need to continue seeking alternatives for TK protection. Secondly, we establish a framework to examine the ideological dimension of constitutional reforms in Latin America. Thirdly, we analyse the constitutional provisions establishing IPRs and TK protection of Indigenous peoples in Latin America, revealing the colonial logic within these frameworks. Next, we examine specific cases of IP in the region to demonstrate how the application of the IPRs regime is used as leverage for business assets, illustrating the mixed outcomes in protecting Indigenous rights

in the region. As such, this article extends beyond single-country or comparative case studies, offering a Latin American cross-country comparison on IPRs and TK. Finally, the article concludes by foregrounding the ethical responsibility to protect TK holistically.

1. Intersection between TK, IPRs, and Human Rights

Since the Convention on Biological Diversity (CBD),[2] when the term "traditional knowledge" (TK) was first used at the international level (Antons, 2012), the meaning of TK and its relationship to IP laws have been discussed. According to Article 8(j) of CBD, TK refers to the:

> Knowledge, innovations and practices of Indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and [to] promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices, and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovation and practices.

Since TK is both exclusive to Indigenous peoples and intrinsic to local communities, the CBD appears to disadvantage Indigenous peoples and their specific claims (Antons, 2012, p. 158). For instance, the wider concept of local communities can hide Indigenous people's rights from their ancestral presence in lands and spiritual connections. This may also promote an understanding of TK as the knowledge of mainstream communities, to be represented and defended by the nation-state. Moreover, according to the CBD, the state holds ownership of TK and biological resources. This usually means that, from a sovereign state perspective, the state's priorities and interests may differ from those of Indigenous groups (Varadarajan, 2011, p. 387-388). Thus, this perspective seems to facilitate the agreements on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) developed by the World Trade Organisation to advance the patenting of processes and products for commercialisation.

TK gained visibility when the phenomenon of unauthorised appropriation (bio-piracy) and misappropriation of TK was denounced by developing countries (Varadarajan, 2011). We see in the intersection of TK and IP a strong drive to protect TK and to prevent both bio-piracy and misappropriation, rather than to establish a system of positive appropriation (Correa, 2001, p. 7). For instance, TRIPS protect products developed through high-tech

2 In 1992, the international treaty was adopted, but it has been in force since 29 December 1993.

processes and resources but exclude those developed through low-tech and "essentially biological" methods, even when they are innovative. Thus, TK has been long treated as a public resource that can be freely exploited for commercial use, known as the public domain, whereas IPRs were designed for modern scientific and technological knowledge with a clear economic function.

The WIPO took responsibility for an aspect of the discussion about TK. For WIPO, TK encompasses the practices, know-how, innovations, teachings, and learning developed within an Indigenous or local community, transmitted from generation to generation. "It is not limited to any specific technical field and may include agricultural, environmental, and medicinal knowledge, and traditional knowledge associated with genetic resources" (Varadarajan, 2011, p. 373). Thus, WIPO broadened the definition of TK and separated it from Traditional Cultural Expressions (TCE), which include dances, songs and folklore.

WIPO established the Intergovernmental Committee on IP and Genetic Resources, TK and Folklore (IGC) in 2000 to finalise international legal instruments to safeguard these areas. In 2009, WIPO gave the IGC a new two-year mandate to create legal instruments aimed at protecting Genetic Resources (GR), TK, and TCE based on negotiations (Robinson; Roffe; Abdel-Latif, 2017, p. 3). Consolidating these texts is expected to prevent the unauthorised use of GR, TK, and TCE through a modern, binding IP system at the international level, which complements the CBD. However, this initiative is marred by disagreement about the best way to protect TK.

For instance, one point of discord has been whether TK should be registered to qualify for copyright protection. Databases have been promoted to record the content of TK/TCE (Bagley, 2019). However, while the record in the database may be copyrighted, its content is not protected (Hossain; Ballardini, 2021). Copyright is a legal right recognised and enjoyed by the creator of a literary, musical, artistic, or scientific work. It allows the creator to commercialise the tangible expression of their intellectual fruits of labour. Therefore, ideas and stories must be written or recorded while the owner fixes them in the world of copyright. However, Indigenous peoples have often preserved their knowledge through an oral tradition across generations. As Halbert (2014, p. 150) notes, "proprietary rights associated with copyright [...] exert the same colonizing force—they wrest control over the preservation and production of culture from the hands of the local communities. Copyright can thus do harm to local communities, while ostensibly creating knowledge for a larger 'public good', meaning knowledge under a modern ideal of progress".

Another point of discord is whether IPRs could protect undisclosed TK as a trade secret and promote closed-access databases in this regard. However, Indigenous communities need to share and spread their TK within their own communities; thus, overprotection of TK could actually harm Indigenous peoples by preventing its recognition, marginalising the information, and giving the impression that the TK belongs exclusively to the past (Hossain; Ballardini, 2021). Therefore, Indigenous representatives tend to be resistant to

compartmentalising their culture to suit the needs of intellectual property law (Antons, 2012, p. 155).

Essentially, TK and IP are both at odds because IP emphasises innovation and appropriation under a utilitarian-based approach that contrasts with Indigenous peoples' worldviews and rights. For instance, the non-Indigenous and dominant understanding of property differs from that of Indigenous peoples interested in preserving and developing communal rights and interests (Milius, 2009). Indigenous knowledge "entails intimate and pluridiverse relations to ecosystems guided and shaped by the worldviews, languages, and practices" (Nemogá; Appasamy; Romanow, 2022, p. 224) of their communities, which contrasts with IP regimes that envision the object of protection as data able to be extracted and saved, and usable independently from peoples' daily lives. Thus, TK refers to knowledge produced by community members, organised as per the surrounding environment and understood as a non-utilitarian commodity (Moreira, 2007, p. 33). TK is "a holistic concept that reflects the cultural relationship of Indigenous and local communities with their land and natural resources and cannot be separated from cultural identity" (Wright, 2020, p. 2). As such, TK is a precious resource that also meets the spiritual needs of Indigenous peoples. Thus, protecting TK entails both protecting people's culture against misappropriation and supporting their livelihoods and cultures.

Article 31 of UNDRIP (UN, 2007) acknowledges the inherent rights of Indigenous peoples "to control, maintain, preserve, and develop their TK", and posits that states must engage with these individuals in good faith to obtain their consent, known as Free, Prior, and Informed Consent (FPIC). Another international law instrument is the ILO Convention on the Rights of Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries No. 169, which ascertains Indigenous peoples' right "to participate in the use, management, and conservation of these resources [the natural resources pertaining to their lands]" (Article 15(1)). The Convention, in force since 1991, does not explicitly reference TK but establishes Indigenous peoples' right to control over the development of their economy, society, and culture (Article 7). This means that the exercise of these rights is only possible using Indigenous customary norms embedded in TK.

The UNDRIP obliges states to consult and cooperate in good faith with Indigenous peoples to obtain their FPIC, moving from an approach centered on leveraging business assets towards one of consultation to prevent misappropriation. State violations of Indigenous rights may be judicially enforceable in domestic courts, although this is not uniformly enforceable in international courts. However, for Indigenous scholars, framing Indigenous claims within the workings of colonial settler law obscures the possibility of autonomy from the existing colonial order (Moreton-Robinson, 2015).

The dominant non-Indigenous group holding the state expects Indigenous peoples to refrain from their claims and conform to the norms and institutions of the state. This is evidenced by the fact that despite constitutional recognition of Indigenous rights, Indigenous sovereignty is diminished by state sovereignty, meaning that the state has control over affairs

within its territory without interference from other agents or states (Bauder; Mueller, 2023). For instance, Latin American representatives of Indigenous peoples denounce being invited as observers without a voice in decision-making in the WIPO IGC forum, which is designed by and for states (Lawson; Bikundo; Tranter, 2019, p. 307). Their proposals are not officially accepted as contributions, and their participation remains marginal, mediated by state actors (Lawson; Bikundo; Tranter, 2019, p. 286). Thus, although the IGC includes participation beyond WIPO members (encouraging states to include Indigenous peoples in their delegations), the rules of procedure prevent Indigenous peoples' representatives from having voting rights.

In the next section, we develop a framework to expose the power structures embedded in IPRs. Using tools from decolonial theory, we critically engage with power dimensions, revealing logics or rationalities that block alternatives to Indigenous self-determination within the existing order.

2. Dismantling Colonial Property

Situating our critique in the traditions of decoloniality implies the recognition of a continuing colonial paradigm that shapes the world through the construction of who is able to know and, thus, have agency. This paradigm is based on Eurocentrism, conceiving and organising knowledge as standard by which the rest of the world is measured (Mignolo, 2011). For instance, TK was deemed insignificant within the modernity discourse driven by science and innovation, while it was simultaneously misappropriated in different forms, disregarding the authorship of Indigenous peoples (Escobar; Pardo, 2007, p. 290). As Maldonado-Torres (2007, p. 259) explains, the colonisation project rested on the inferiorisation of Indigenous cultures so that outsiders could control and exploit these societies. Similarly, both the Terra Nullius and the Discovery doctrines are concepts that imply that land belongs to no one when it is occupied by Indigenous peoples, denying Indigenous peoples the right to sovereignty over those lands, including the right to expel invaders claiming ownership.

In explaining how colonial practices and rationalities are underpinned by a desire to control and dominate "the other", the decolonial theory reveals a "matrix of power" (Quijano, 2007) with four interrelated domains, which include economic control (land appropriation, exploitation of labour, and control of natural resources), authority (institutional and military), patriarchal dominance (family), and knowledge and subjectivity (appropriation of knowledge and denial of "the other's epistemology"). An example of this is the construction of dualisms such as secular/spiritual, mind/body, and citizen/savage to keep reproducing hierarchies that master nature and colonised subjects and communities (Maldonado-Torres, 2007). The construct of Indigenous peoples as "natural" makes their knowledge more likely to be appropriated without attribution (Halbert, 2006, p. 138), while considering creators exclusively those who can write or maintain records and photographs denies Indigenous peoples access to their TK authorship.

Mastering nature and communities aligns with what Moreton-Robinson (2015, p. 178) calls a "possessive logic of patriarchal white sovereignty", a mode of rationality that denies any relationship to land different from the modern/colonial territorial logic of measuring and controlling territory, such as those of state control and individual property. The concept of Westphalian sovereignty, which refers to the state's supreme political authority established in international law, was developed by Eurocentric ideas of ruling (Bauder; Mueller, 2023, p. 165). Any other forms of organisation are not only ruled out as "illiberal" or "primitive" but also not recognised by international law.

However, Indigenous sovereignty is different. Rather than being written into law and granted by the state, Indigenous sovereignty is a social and cultural way of defining one's community (Moreton-Robinson, 2015, p. 135). The Indigenous peoples' relationship with territory includes a three-dimensional interconnection of biophysical, human, and mystical levels embedded in the sacredness of using their territories (Escobar, 2019). Such a relationship with nature and territories clashes with the white possessive logic. As long as TK protection is embedded in such a logic, it is not only unable to express the Indigenous ontologies of territory or their epistemologies, but also fails to protect its interdependence with nature, community, and culture.

To be clear, the link between legal protection of TK and Indigenous rights goes beyond leveraging business within IPRs, and clearly has an impact on the ability of Indigenous peoples to maintain control of their TK use and protection. However, questioning who has the authority to decide over TK and the use and appropriation of land reveals the intertwined power dynamics embedded in decision-making processes regarding TK protection. As the following sections will demonstrate, Indigenous peoples still have limited space to claim authorship of their traditional knowledge and its protection, even though constitutions recognise their rights to do so. The next section analyses recent constitutional reform in South America to demonstrate this claim. It critically reflects on the historical context in which nation-states deal with human rights instruments, state bureaucracy, and pressures for economic development.

3. Indigenous Peoples' IPRs under Neo-Constitutionalism in Latin America

IPRs of Indigenous peoples in Latin America have undergone significant changes over the past century, evolving within a political economy framework marked by developmentalism and failed promises. Latin America, between the 1950s and 1990s, was driven by modernisation policies supported by import-substitution industrialisation and fostered by military dictatorships where necessary.[3] However, having experienced rising commodity prices and

3 *E.g.*, Paraguay, 1954-1989 under Stroessner; Brazil 1964-1985, ending with João Figueiredo; Chile, 1973-1990 under Pinochet; Argentina, 1976-1981 under Videla.

appreciation of currency in the 1970s, Latin American countries began relying on excessive borrowing, leading to a debt crisis in the 1980s (Stavenhagen, 2002, p. 28). The response to this was the Washington Consensus, an agenda prescribing export-oriented industrialisation and structural adjustment programs, which failed in 1990s. Poverty and inequality led to radical democracies and left-wing populism in the 2000s, offering recognition to typically excluded groups (Levitsky; Roberts, 2011). However, Indigenous peoples remained the most marginalised and impoverished group across the region (Merino, 2022).

The developmentalist approach has long been part of creating nation-states in the region. Before the 20th century, Latin American governments employed "integrationist" or "assimilationist" policies for dealing with the Indigenous population (Busch, 2015, p. 62), carrying it out especially through education (Macdowell, 2016). These policies aimed to ensure that the "national" concept prevailed over the "Indigenous" one, since the diversity of cultures threatened the homogeneity needed to consolidate sovereign nation-states. Consequently, Indigenous peoples faced the racialisation and dispossession of their own culture by the imposition of a single, overarching national identity (Sharma, 2022, p. 643). This idea was reinforced by racial logic, creating a nation in which Indigenous peoples were represented as inferior (Schilling-Vacaflor; Kuppe, 2016, p. 349). However, with the introduction of Indigenous rights in Latin American constitutions, it was believed that these rights would become enforceable for Indigenous peoples. Under New Latin American Constitutionalism, two new approaches emerged: the cultural-relativity and the pro-Indigenous approaches. The first focuses on culture by seeking to constitutionalise explicit, subjective rights, acknowledging multi-ethnicity (Busch, 2015, p. 63). The second is a more progressive, advanced approach with pro-Indigenous inclinations, reinforcing Indigenous rights by considering Indigenous knowledge and aspirations (Bonilla, 2019, p. 8).

3.1. The Cultural-Relativity Approach

The cultural-relativity approach aligns with the Latin American return to democracy, characterised as the third wave of democratisation (Schilling-Vacaflor; Kuppe, 2016, p. 347). This period also marked a shift in economic policies across the region, moving from the import-substitution model to the promotion of foreign direct investment and export of raw materials (Merino, 2022, p. 174-175). The adoption of this approach is seen in the reform of the national constitutions of several Latin American countries, including Brazil (1988), Colombia (1991), Peru (1993), and Venezuela (1999). All these constitutions recognise Indigenous peoples, moving away from the assimilatory nation-state model and introducing multiculturalism into the region. Although these multicultural constitutions incorporate collective rights of Indigenous peoples, they do not deviate substantially from liberal constitutional-legal frameworks (Schilling-Vacaflor; Kuppe, 2016, p. 350). As a result, these constitutions do not seek to incorporate Indigenous self-determination, and TK is kept within traditional legal ideas, while diversity rhetoric preserves assumptions

about socio-ecological systems and Western-style, market-oriented approaches (Jimenez *et al.*, 2022, p. 1637).

3.2. Brazil

The Brazilian Constitution (1998, Articles 215, 216, 231, and 232) recognises Indigenous peoples' cultures as having their own social organisation, "customs, languages, and traditions, and their original rights on the lands they traditionally occupied". Today, the inheritance of Indigenous culture includes both material and immaterial goods and incorporates the protection of various cultural expressions. The Brazilian Constitution also acknowledges a broad right to an ecologically balanced environment for common use. This right is intended to benefit both present and future generations, ensuring a healthy life. However, to achieve this, it is important for the government to maintain the integrity and diversity of genetic heritage and to regulate any entities that are involved in genetic material research and manipulation.

To do so, new legislation regulates access to genetic heritage, promoting the protection and fair distribution of benefits related to traditional knowledge.[4] For instance, the new legislation No. 13,123/2015 delegated the responsibility to evaluate, approve, or disapprove the use of TK to the Genetic Heritage Management Council (CGen), an institution created in 2002 under Provisional Measure No. 2, 186-16.[5] The legislation states that CGen must authorise access to TK only after the holder of TK has given prior informed consent. According to Brazilian legislation, when a product or reproductive material comes from TK with a clear origin, the provider of that knowledge—i.e., Indigenous peoples, traditional community, or farmer—is entitled to receive benefits under the benefit-sharing agreement.

The Constitution, which affords the state the role of protector, reproduces a colonial perspective. Álvarez (2006, p. 161-162) points out that "[t]his kind of recognition of Indigenous rights does not mean a (re)constitution of the state, a revision of the structures that consolidate and perpetuate discrimination and subordination; on the contrary, it implies an effort to keep Indigenous peoples' identities tied to a structure that is incapable of recognising pluralism and multiculturalism". MacDowell (2016) adds that the Brazilian government's usual perspective is that Indigenous rights are individual, recognised as civil rights, not collective rights. For instance, Indigenous lands related to TK have remained the federal government's property, which is responsible for demarcating them, even though

4 Act No. 13.123, known as the Biodiversity Law, 20 May 2015, develops this right in alignment with Article 8 of the CBD (adopted by Executive Decree No. 2.519 on 16 March 1998 (Brazil, 1998; 2015).

5 Dated 23 August 2001.

these lands "are described as being in 'the permanent possession' of the Indigenous peoples" (Macdowell, 2016, p. 179). This demarcation process frequently involves the political influence of non-Indigenous people trying to obtain legislative power over it. For instance, incentives and economic concessions given to agribusiness reproduce the dominant economic logic in Brazil, marginalising any initiative to benefit Indigenous and traditional communities (Sauer, 2019).

3.3. Colombia

Similarly, the Colombian Constitution (1991) recognises Indigenous peoples as a specific group with rights. It adopts a tutelary, protective approach by prescribing, in Article 61, that the state is responsible for safeguarding IP for a specified period and through the designated methods indicated by legislation. This legislative protection, as per Article 72, may consist of a special right of ethnic groups to archaeological and cultural heritage on the basis that the state owns them permanently and exclusively; therefore, the state can seek their reacquisition from individuals. The constitution develops this protection, as Article 330 vests powers in Indigenous communities to protect natural resources on Indigenous territories and to receive and redistribute related revenues. This protection includes Indigenous communities' socio-economic and cultural well-being sheltering from the detrimental exploitation of natural resources. As such, it obligates the government to encourage Indigenous participation and representation in decision-making involving the exploitation of natural resources. Article 329 of the constitution endorses the involvement of Indigenous peoples in decision-making processes.

The Constitution of Colombia recognises the essential autonomy of the Indigenous population through special Indigenous jurisdiction (JEI, acronym in Spanish). Within these jurisdictions, Indigenous peoples have the authority to govern themselves based on their customs and traditions, which includes the administration of justice. According to Article 246, "the authorities of Indigenous peoples may exercise jurisdictional functions within the Indigenous territories, in accordance with their own rules and procedures, provided that they do not contradict the Colombian Constitution and national laws". However, it is crucial to clarify the factual content and scope of the JEI. Although the Colombian Constitution has protected Indigenous legal systems since 1991, their legal acts are "subordinated under the juridical control of regular national courts" (Busch, 2015, p. 197). Merino (2022, p. 186) further explains that these areas of jurisdiction were not created due to multicultural considerations, but due to the state's inability to control these areas.

Furthermore, Indigenous consultation processes have been adopted in Colombia despite the lack of specific laws for their application. However, these processes remain ambiguous on the topic of Indigenous peoples' binding consent, and there is no right to veto (Le Billon; Middeldorp, 2021, p. 82). Disputes in Colombia arise from granting mining concessions to both multinational corporations and local businesses, which often involves infringing upon the rights

to prior consultation and informed consent. Such disputes have increased since the beginning of the 2000s, as peasant, black, and Indigenous communities face displacement. Furthermore, 83 Indigenous leaders were killed in 2019 alone, as some disputes escalate into violence (Sponsel, 2022). Displacement has meant that while Indigenous peoples protest, most lose their connection with their communities and lands, undermining their legitimacy to preserve their TK.

3.4. Peru

The Peruvian Constitution (1993) recognises Peru as a pluricultural and multiethnic state. Article 89 provides legal existence and personhood to communities of farmers and native peoples so that they autonomously exercise their property rights to the land within the limits imposed by legislation. Legal existence refers to the recognition by the government that the community collectively exists based on its cultural identity and has existed since the Constitution of 1920. Thus, the state should respect community members and promote their development through distinct policies. Legal personhood/personality is the consequence of political recognition and occurs via its registration and publication; as a result, the community can enter contracts and sue or be sued. This is reinforced by legislation recognising the importance of cultural identity for both the farming and the native communities.[6]

The process of identification is problematic. Not only has the Peruvian government hired private consultants to prove that specific communities are not Indigenous, but it also controls the prior consent procedure (Urteaga, 2018). Although the constitution does not recognise the right to consultation, the Peruvian Congress approved Law No. 29,785 in August 2011, granting such a right to Indigenous peoples. However, the law does not recognise the Indigenous conception of time/temporality in its procedure and establishes only a brief period for consulting.

Peru also has special legislation to promote the safeguarding of Indigenous knowledge and the more extensive use of it. Peruvian Law No. 27,811, or the "*Law Establishing a Regime of Protection of the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Related to Biological Resources*", encourages Indigenous peoples to register their collective knowledge (Kariyawasam; Guy, 2008). The Office of Patent and Unfair Competition (Indecopi, acronym in Spanish) manages the registration process for TK. However, according to Hossain and Ballardini (2021, p. 58), this tool clashes with the understanding of Indigenous peoples, who do not always accept this registration as it may go against their culture and right to preserve TK. Indigenous peoples have created their own protection methods, following customary traditions and establishing local databases and registers to preserve their TK (*e.g.*, the Register of the

6 Act No. 27811, dated 24 July 2002, creates the Protection Regime for Indigenous Peoples Knowledge about Biological Resources (Peru, 2002).

Potato Park of Pisac in Peru). To expand and sustain these initiatives, more support for Indigenous peoples is needed, such as permanent basic services in communities and ways to facilitate local records. Moreover, Nemogá (2014) notes that, in Peru, cultural and spiritual elements are still not considered in records and databases, as authorities fail to recognise the significance of beliefs in utilising and sharing collective knowledge, reducing this information to data disconnected from its sacred or spiritual meanings.

3.5. Venezuela

Similarly, the Venezuelan Constitution (1999), in Article 124, guarantees and protects the collective IP related to the knowledge, technology, and innovation of Indigenous peoples. The constitution specifies that any actions concerning genetic resources and their knowledge must pursue collective benefits; and it prohibits the registry of patents over these resources and knowledge. The latter is novel, compared to the constitutional processes developed in neighbouring countries. However, the constitution replaces the term "Indigenous territory" with "Indigenous habitat". Thus, "in view of natural resources in Indigenous habitats, their communities only have a Constitutional guarantee to prior information and consultation, and the exploitation must also create benefits for Indigenous peoples [but] [t]here is no explicitly recognised ownership over resources" (Kuppe, 2004, p. 166).

This demonstrates that, despite the increased recognition of Indigenous peoples and their TK, legal decisions continue to be supervised by the Venezuelan state, a non-Indigenous system. In this way, the nation-state, as protector, makes invisible the sovereignty of Indigenous peoples and their struggles and subordinates any recognition of Indigenous law, retaining centralised state law as dominant. As explained previously, this reproduces a logic of economic development that functions against Indigenous peoples. This is evidenced in the project named "Arco Minero del Orinoco", which offered 12% of the entire national territory around the Orinoco River to mining companies, including transnationals, through a presidential decree in 2016 (Venezuela, 2016). There is no evidence of free prior consent, although 197 Indigenous communities live on the land. The lack of such evidence violates the constitution and national legislation (Velasco, 2022). Thus, the relationship between Indigenous culture and land, necessary for TK, is denied when Indigenous lands are perceived as state property, reproducing the logic of dispossession.

3.6. The Pro-Indigenous Approach

The pro-Indigenous approach has, at its core, a new interpretation of the relationships between human beings and nature that is based on plurinationalism, *Buen Vivir* principles, and the rights of nature, which views non-humans and humans as equal (Bonilla, 2019, p. 9). This approach recognises the collective ownership of TK by Indigenous communities, their consent in a process involving these resources, and their rights to share any benefit that may arise from those decisions. Adoption of the pro-Indigenous approach is demonstrated in the reforms of

the constitutions of Ecuador and Bolivia. These constitutions were influenced by the UNDRIP and moved the nation-state to create "plurinational states by conceiving of Indigenous peoples and institutions as transversal dimensions of the whole state structure" (Schilling-Vacaflor; Kuppe 2016, p. 352). The concept of a plurinational state means that diverse cultures coexist in equality, transcending purely cultural aims and striving to reduce unequal power relations (Schilling-Vacaflor; Kuppe, 2016, p. 353). Hence, Indigenous knowledge is considered a legitimate source of legal and political knowledge (Bonilla, 2019, p. 12) that can coexist with the rights of nature. Under this approach, a platform for knowledge sharing between Indigenous and other epistemic communities is possible, opening the possibility of bringing Indigenous claims to their right to protect TK on their own terms. However, these constitutions still maintain the Westphalian idea of rule by a supreme authority and the legal enforcement of this authority, as we will observe below.

3.7. Ecuador

The Constitution of Ecuador (2008) is the first in the world to recognise the rights of nature (also named Mother Earth or Pachamama), granting nature its own legal rights. For instance, Articles 71 and 72 include the right to conservation and restoration. In terms of IPRs, the Ecuadorian Constitution acknowledges, in Article 22, the people's rights to the protection of intangible and proprietary rights arising from their scientific, literary, and artistic works. Furthermore, Article 57 recognises and guarantees collective rights regarding the development of Indigenous ancestral traditions and their active participation in managing renewable, natural resources on their lands through leasing, conservation, and utilisation. This makes possible Indigenous Territorial Jurisdictions, governed by "interculturalism and plurinationalism in accordance with collective rights" (Art. 257). However, the state shapes the criterion for delimiting territories based on formal administrative frontiers, not on the boundaries of ancestral lands (Merino, 2022, p. 189).

The Ecuatorian Constitution also acknowledges their rights regarding the development of their TK (science, technology and ancestral wisdom, and traditional medicine), genetic resources, and knowledge of fauna and flora. This is reinforced by prohibiting appropriation of Indigenous peoples' knowledge, innovation, and practices. Specifically, Article 322 acknowledges IP as regulated by legislation while prohibiting any form of appropriation of collective knowledge related to ancestral science, technology, and wisdom. Article 402 also prohibits granting IPRs over products derived or synthesised "from collective knowledge associated with national biodiversity".

The Constitution of Ecuador does not explicitly grant Indigenous peoples the right to FPIC, but it recognises their right to be consulted and informed of any proposed measures that may affect them (*e.g.*, mining, oil, or gas drilling). Article 57, subsection 7, states that "if consent of the consulted community is not obtained, steps provided for by the Constitution and the law shall be taken", leaving room for intervention by the Supreme Court. In

other words, if FPIC is absent, the constitution may prohibit "plans/programs", according to Article 57, section 7.

The interconnection of TK and territory is recognised in Article 57, section 12, of the constitution, which states the following rights: "to uphold, protect and develop collective knowledge; their science, technologies and ancestral wisdom; the genetic resources that contain biological diversity and agricultural biodiversity; their medicine and traditional medical practices, with the inclusion of the right to restore, promote, and protect ritual and holy places, as well as plants, animals, minerals and ecosystems in their territories; and knowledge about the resources and properties of fauna and flora". The constitution also asserts that "[a]ll forms of appropriation of their knowledge, innovations, and practices are forbidden". Thus, TK is understood as knowledge related to an intimate relationship between Indigenous peoples and nature. However, in practice, the Westphalian concept of authority seems to frame TK protection, perpetuating the assumption that Indigenous epistemologies are inferior to those that originated in Europe.

This rationality was observed when former president Rafael Correa (2007-2017) famously stated that Indigenous movements created "obstacles to economic development", "blocking the country's progress" (Aanestad, 2011). Moreover, the government, in developing the oil and mining industries, used FPIC to legitimise oil extraction (Urteaga, 2018).

3.8. Bolivia

The Bolivian Constitution (2009) defines, in Article 30, the "Indigenous-aboriginal-farmer nation and people" as individuals who share a common culture, language, tradition, institutions, territory, and "cosmovision" or worldview. This shared identity precedes Spanish colonialism. As such, Indigenous peoples, namely, the Indigenous-aboriginal-farmer nation and people, are entitled to IPRs on their wisdom, science, and knowledge and its valorisation, use, promotion, and development. This is operationalised by provisions like Article 41, which limits IP and commercialisation rights on medicines to guarantee people's access to them. Likewise, Article 42 obligates the state to promote traditional medicine by preserving ancestral knowledge, registering natural medicaments and their active ingredients, and protecting such knowledge as intellectual property and cultural heritage.

By protecting traditional expressions, Article 100 grants the ownership of "cosmovision, myths, oral history, dances, cultural practices, knowledge, and traditional practices" to the Indigenous peoples as part of the identity of the state. As such, the Bolivian state protects the intangible rights of Indigenous peoples and Afro-Bolivian communities via the registration of IP. As per Article 101, this protection extends to intangible aspects of popular art and industries and intangible and tangible components of sites and activities declared as belonging to world heritage. To do so, Article 102 specifies that the state is to register and protect the individual and collective IP of "works and discoveries of authors, artists, composers, inventors, and scientists" as legislated.

Locally, Article 304, II, vests shared powers in Indigenous-aboriginal-farmers' autonomies to protect and register collective intellectual rights concerning knowledge of genetic resources, traditional medicine, and germplasm, as regulated by legislation. Centrally, Article 381 places a responsibility on the state to safeguard genetic resources and microorganisms in ecosystems within the territory and to also protect the knowledge related to their use and exploitation. To protect these resources, their existence and IPRs are recorded in a registry. Any resources not registered are protected by legislation.

However, a development discourse has impeded a real recognition of Indigenous rights. For example, the 2014 Mining and Metallurgy Law clearly established that mineral resources were strategic (cited in Eichler, 2019, p. 96). As such, these resources remained under the control of the central government, reaffirming a Westphalian control over nature. The state is still seen as the central and hierarchical authority that defines territories and decides what needs to be sacrificed in the name of development. This demonstrates the persistence of colonial logics, which continue to define ways to exploit land, even when Indigenous rights are recognised.

In short, the new Latin American constitutions progressively adopted human rights language in their dogmatic bills of rights, articulating collective IPRs with novel substantive, procedural, and remedial mechanisms. However, although the new constitutions include TK, more is required to establish, build, and consolidate a new relationship with knowledge that differs from that of the colonial property paradigm. Not only is control over Indigenous lands and knowledge still normalised in bureaucratic processes, nation-state institutions, and economic development discourse, but its practices also ignore Indigenous protocols, responsibilities, authority, and control over Indigenous peoples' land, lives, and knowledge. Next, we analyse cases in which initiatives to protect TK are implemented to identify the complexities and the need for an approach recognising Indigenous self-determination.

4. The Right to TK in Latin America: Some Examples of Implementation

There exist cases that demonstrate how IPRs provide opportunities for economic development in Latin America. Some communities have used the IP framework to leverage their collective rights and reap greater benefits. For example, in Brazil, Act No. 13,123 of 20 May 2015 ensures that genetic heritage is accessed and protected, along with TK, while ensuring fair distribution of benefits. Accordingly, when a product or reproductive material is created using traditional knowledge from a specific source, the TK provider is entitled to receive benefits under the benefit distribution agreement. A case wherein Indigenous peoples benefited from mainstream collective IPRs protection is the Brazilian *Associação das Erveiras do Mercado Ver-O-Peso*. The *Erveiras* or herbalists sell products and fragrances based on traditional herbs in a market in Belém, in the state of Pará. Initially, this was a case of biopiracy perpetrated by the company Natura S.A. and its Ekos brand, which used the *Erveiras*'

knowledge to develop and advertise the company's products. With the assistance of existing legal institutions, the *Associação das Erveiras do Mercado Ver-O-Peso* and Natura reached an agreement whereby the *Erveiras* would receive compensation (Pinto, 2018, p. 182).

Another case of mainstream protection through IP laws is that of traditional gold in Chocó, Colombia. Like the *Erveiras* case, the Chocó case demonstrated the value of using IP laws to assist Indigenous peoples. WIPO (2013) highlights this case on trademarks protection of traditional knowledge by Afro-Colombians. This ancestral, traditional technique, known as artisanal, small-scale mining (ASM), has its origin in the 17th century and was rebranded as the "*Oro Verde*" (green gold) initiative by the *Corporación Oro Verde*—a non-profit organisation—to market their products under their own certification system. *Oro Verde* is a trademark, registered in 2008 in the UK and in 2014 in the US, and it is a direct reference to the Chocó ASM community and their environmentally friendly artisanal methods. *Oro Verde* is an example of how TK and IPRs merged successfully by establishing new rules and standards for ASM in Colombia while increasing incomes, enhancing miners' social status, and supporting the environment.

However, the Colombian government gave mining concessions (licences) to non-Indigenous organisations in the Chocó province without consulting with the community, overlooking traditional mining practices (Nemogá; Appasamy; Romanow, 2022, p. 10). The communities in Chocó have experienced a decline in traditional farming practices since the 1990s, affecting their capacity to transmit their TK. The situation became so critical that, in 2015, organisations representing Indigenous and Afro-Colombian communities submitted an injunctive action of tutelage (*acción de tutela)* to protect their fundamental rights, calling for an end to these concessions (Colombia Constitutional Court Ruling T-622/16). Hence, exploring the judicial system's role in protecting Indigenous rights, particularly through Colombia's use of the injunctive action of tutelage (*tutela*), helps demonstrate the intersection of IPRs with broader rights protection.

Unlike the use of IPRs to leverage business assets, the tutelage mechanism became a distinctive tool to prevent misappropriation. The Colombian Constitutional Court is a leading authority in the region regarding the jurisprudential development of FPIC. The injunctive action of tutelage (*amparo*, in other Latin American jurisdictions) is a judicial remedy designed to prevent threats or violations of fundamental human rights via expedited access to the judicial system. This provides constitutional courts with the judicial power of constitutional interpretation, subject to the court's discretion to grant permission to appeal (Nemogá; Appasamy; Romanow, 2022, p. 8). Through such injunctive powers and the demands of Indigenous movements, some Indigenous communities have been granted the protection of fundamental rights.

One such case is the registration of the trademarks *Coca Zagradha* and *Coca Indígena,* challenged before the Colombian judicial system by the National Indigenous Organisation of Colombia (ONIC, acronym in Spanish) and brought against the Superintendent for Industries

and Commerce, who had registered the trademark. The trademark was for the commercialisation of artisanal products made from the coca leaf for food and homoeopathic medicine based on legally cultivated, Indigenous coca. Consequently, ONIC lodged a constitutional legal action of tutelage (injunctive protection or *tutela*) against the violation of fundamental rights to prior informed consultation, collective property, ethnic and cultural identity, national culture, due process, and a healthy environment. The legal action also challenged the use of the spiral symbol used by Indigenous peoples to represent a snail, because such representation usurped Indigenous identity and misled the consumer. Therefore, the Colombian Constitutional Court had to determine if the trademarks violated Indigenous identity and whether express consent had been granted via prior consultation. The Colombia constitutional judgment (T-477/12) of 2012 overturned an appellate decision that dismissed ONIC's action challenging the trademark registration. As a result, the constitutional court decision suspended the administrative act granting the registration of the trademarks and decided in favour of the Indigenous communities, thereby protecting the right to cultural identity. Thus, these instruments aptly protected TK and collective IPRs by ensuring that FPIC was observed.

However, cases in courts involve costs such as paying solicitors, translators, and researchers. Indigenous peoples often struggle to afford the resources to pay for these costs, and most may choose not to follow this process. On the other hand, the FPIC mechanism has faced opposition from the government. Former Colombian President Santos (2010-2018) described the FPIC as a mechanism for Indigenous peoples to enjoy the right of expression and influence decision-making; however, he emphasized that this right is limited when the general public interest overrides Indigenous rights to FPIC. He suggested that FPIC does not grant veto power to Indigenous communities on measures that may affect them, nor is it an obstacle or extortion tool for businesses (Herrera, 2019, p. 215). The Colombian local media echoed this viewpoint, describing the FPIC as a roadblock to development (Vallejo, 2016, p. 149). Therefore, for the Colombian government, the right to FPIC is merely a validating component of decision-making in the general interest. Moreover, the government stated that, since ILO Convention No. 169 does not define a sacred site or object, the government will continue developing national legislation unilaterally. This relates to the concept of Westphalian sovereignty to uphold its superiority over Indigenous peoples without recognising Indigenous campaigns for self-determination and land rights. In this context, advocacy for self-determination is represented against the state and society. Thus, we see how racialisation works. Since "the other" does not have the same humanity, the others' bodies and cultures can be sacrificed to benefit development. The position of Colombian government assumes that the Indigenous interest, when contrary to the general interest, is less important than the latter. The government seems to be working on the basis that Indigenous peoples are deemed as a minority or interlocutors who are legally incompetent to participate in political debate. This colonial position, denying

political agency to Indigenous peoples, reveals the deep and embedded networks of racialised power that continue to inform formal institutions.

The observation of this clash of interests in Colombia, in which government, private organisations, Indigenous peoples, and the judicial system interact, reflects the complexities of protecting TK. Seeking to guarantee Indigenous rights, the Colombian courts have issued a ruling, which has been in effect since 2016, recognising 14 eco-regions as rights-holders (Richardson; Mcneish, 2021). Although none of these court decisions directly addressed the protection of TK, these cases protected fundamental rights, which indirectly safeguarded TK and its traditional governance systems. The goal of equity is to address the hardship caused by the general regime and correct the imbalance in bargaining power. However, the imbalance of power persists when efforts to address Indigenous rights violations overlook Indigenous epistemologies and practices. As one Indigenous member of Colombia's U'wa declared during a forum in October 2015:

> We do not want a prior consultation; they do not have reason to ask us, because we do not have the right to a veto. If they don't respect the ultimate decision of the people, why negotiate mother earth, why negotiate life, negotiate the territory? So, the consultation would be like, how would you, as a people, like to die? By knife? By the bullet? Expropriated? (…) What we want is to live, and to live with dignity. The territory is our life, and that is where we feel we are alive, where we give continuity to our uses and customs. (…) While [the government] doesn't respect [the ILO 169] Convention, we will not accept a consultation process (cited in Le Billon; Middeldorp, 2021, p. 86).

An Indigenous call for understanding different relationships with nature and different epistemologies helps us move beyond Western paradigms that compartmentalise knowledge and conceptualise power as control over humanity and nature. A holistic understanding of life, territory, community, and customs is essential to TK; thus, the IPRs system should include these factors as part of Indigenous self-determination. If actions against the misuse of TK, including the injunctive action of tutelage, ignore Indigenous ontologies and epistemologies, then we remain under a colonial paradigm confined by the nation-state, which asserts control and ownership over land and natural resources.

Conclusion

The increasing recognition of TK in international legal instruments has been a reference to develop the discourse on TK protection beyond the scope of commercialising knowledge. National initiatives protecting TK and guaranteeing Indigenous rights have, so far, required an effort to integrate Indigenous worldviews into protection systems. However, the focus of Latin American states on providing recognition and addressing rights violations ignores

efforts for Indigenous self-determination and land rights. This approach restricts Indigenous peoples from exerting their right to self-determination, from developing alternatives to the current IP regime, and from gaining effective control over their lands.

The limitations of the IP rights regime stem from its reliance on the concept of property to protect TK. The structure of IP law, along with its hierarchical ordering of knowledge, perpetuates a colonial logic of possession, which replicates the land-based practices of appropriation by implementing systems justified as superior, while Indigenous peoples face difficulties to navigate them. For instance, recording knowledge (*e.g.* through copyright, which does not require a registry, or through written or digital means) may improve the trading platform for communities that license their collective knowledge. However, making this task possible requires for communities to articulate themselves as suppliers within a market and recognise the record-keeping system as an institutional channel for both accessing and protecting TK. These channels are controlled by non-Indigenous "experts", and the legal costs tend to be disproportionately higher for Indigenous peoples. These manifestations are similar to the "possessive logic of patriarchal white sovereignty" that has had a longstanding, pivotal position in the appropriation of Indigenous land, either by states or private individuals (Moreton-Robinson, 2015).

The current emphasis on the human rights approach has limitations. The approach shares the same design as that of institutions controlled by non-Indigenous peoples, framing TK as property under the modern Western liberal paradigm, disconnected from land, kinship, interdependence, and an Indigenous understanding of temporality, which is the language of past, present, and future generations. Thus, a focus on human rights does not necessarily invite us to think about Indigenous sovereignty in different ways; rather, as Moreton-Robinson (2015) argues, it contains the risk of keeping the conceptualisation of power within law, knowledge production, and liberal thought. This conceptualisation continues to manage domestic and international IPRs regimes, presenting them as neutral and universal.

This article has demonstrated that this supposed neutrality and universality denies other peoples' knowledge and practices. Applying decolonial theory has helped reveal the interrelationship between the TK of Indigenous peoples, their land, and local communities, which is relevant for safeguarding TK. Considering such interrelationships as unique socially, politically, and culturally allows us to understand TK protection as more than just a legal concept. Although we have seen the role of constitutional courts in protecting TK as relevant, particularly in Colombia, this article highlights how mechanisms of consultation remain entrenched in colonial paradigms.

Ensuring the elements of this interrelationship should be a primary task for humanity, given the history of dispossession experienced by Indigenous peoples and modern environmental challenges, such as loss of biodiversity and knowledge erosion. Therefore, Indigenous participation must be real, not tokenistic, and it requires active listening and engagement. Moreover, the particularity of Indigenous rights should not be perceived as contrary

to liberal universalism, but as a reference to engaging in new forms of negotiation (Moreton-Robinson, 2015, p. 385). This allows Indigenous peoples to create and develop a comprehensive protection system that can be decentralised, bottom-up, and less abstract than current IPRs. It also encourages the international community to engage meaningfully with "the other". Such a shift requires *sui generis* IP protection that contemplates Indigenous peoples' rights and their sovereignty as a central reference to protecting Indigenous TK, recognising the collective ownership of their lands and the spirituality attached to such lands.

REFERENCES

AANESTAD, Christina. Ecuador Charges Indigenous Activists with Terrorism, *Amazon Watch*, [online], 19 Sept. 2011. Available at: https://amazonwatch.org/news/2011/0919-ecuador-charges-indigenous-activists-with-terrorism. Accessed on: 10 Feb. 2024.

ÁLVAREZ, Natalia. From the Theory of Discovery to the Theory of Recognition of Indigenous Rights. *In*: MECKLED-GARCÍA, Saladin; ÇALI, Basak (eds.). *The Legalization of Human Rights:* Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law. London: Routledge Taylor & Francis Group, 2006. p. 152-166.

ANSONG, Alex. Is the Protection of Traditional Knowledge Feasible under Intellectual Property Law and Other International Regimes? *Estey Journal of International Law and Trade Policy*, [*s.l.*], v. 19, n. 1, p. 13-29, 2018.

ANTONS, Christoph. Intellectual property rights in indigenous cultural heritage: Basic concepts and continuing controversies. *In*: GRABER, Christoph B.; KUPRECHT, Karolina; LAI, Jessica C. (eds.). *International Trade in Indigenous Cultural Heritage*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012. p. 144-174.

BAGLEY, Margo. The Fallacy of Defensive Protection for Traditional Knowledge. *Washburn Law Journal*, Topeka, v. 58, n. 2, p. 323-364, 2019.

BAUDER, Harald; MUELLER, Rebecca. Westphalian vs. Indigenous Sovereignty: Challenging Colonial Territorial Governance. *Geopolitics*, [*s.l.*], v. 28, n. 1, p. 156-173, 2023.

BOLIVIA. *Constitution of the Republic of Bolivia*. La Paz: 2009.

BONILLA, Daniel Maldonado. Environmental radical constitutionalism and cultural diversity in Latin America: The rights of nature and buen vivir in Ecuador and Bolivia. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, v. 42, p. 3-23, 2019.

BRAZIL. Lei Nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, No. 95, 21 May 2015. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Accessed on: 24 Oct. 2024.

BRAZIL. Decreto Nº 2.519, de 16 de março de 1998. *Diário Oficial da União*, No. 51-E, 17 Mar. 1998. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Accessed on: 24 Oct. 2024.

BRAZIL. *Constitution of the Republic of Brazil*. Brasília: 1988.

BUSCH, Anna. *Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America*: A Legal and Anthropological Study. New York: Springer, 2015.

CARRILLO, Siu. *Land and Forest Rights of Amazonian Indigenous Peoples from a National and International Perspective*. Leiden: Brill Nijhoff, 2022.

COLOMBIA. *Constitution of the Republic of Colombia*. Bogotá: 1991.

CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF COLOMBIA. *Ruling T-622 of 2016*. Available at: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm. Accessed on: 13 Feb. 2024.

CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF COLOMBIA. *Ruling T-477 of 2012*. Available at: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-477-12.htm. Accessed on: 13 Feb. 2024.

COOMBE, Rosemary. The Recognition of Indigenous Peoples and Community Traditional Knowledge in International Law. *Thomas Law Review*, v. 14, n. 2, p. 275-286, 2001.

CORREA, Carlos. Traditional Knowledge and Intellectual Property. *Geneva: The Quaker United Nations Office (QUNO)*, [*s.l.*], n. 17, p. 1-27, 2001.

EICHLER, Jessika. Neo-Extractivist Controversies in Bolivia: Indigenous Perspectives on Global Norms. *International Journal of Law in Context*, [*s.l.*], v. 15, n. 1, p. 88-102, 2019.

ECUADOR. *Constitution of the Republic of Ecuador*. Quito: 2008.

ESCOBAR, Arturo. Thinking-Feeling with the Earth: Territorial Struggles and the Ontological Dimension of the Epistemologies of the South. *Revista de Antropología Iberoamerica*, [*s.l.*], v. 11, n. 1, p. 11-32, 2019.

ESCOBAR, Arturo; PARDO, Mauricio. Social Movements and Biodiversity on the Pacific Coast of Colombia. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (ed.). *Another Knowledge is Possible*: Beyond Northern Epistemologies. London: Verso, 2007. p. 288-314.

HALBERT, Debora. *The State of Copyright*: The Complex Relationships of Cultural Creation in a Globalized World. London: Routledge, 2014.

HALBERT, Debora. *Resisting Intellectual Property*. London: Routledge, 2006.

HERRERA, Juan. Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous Peoples and Afro-Descendants. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, v. 43, p. 191-233, 2019.

HOSSAIN, Kamrul; BALLARDINI, Rosa. Protecting Indigenous Traditional Knowledge Through a Holistic Principle-Based Approach. *Nordic Journal of Human Rights*, [*s.l.*], v. 39, n. 1, p. 51-72, 2021.

JIMENEZ, Andrea *et al*. A Decolonial Approach to Innovation? Building Paths Towards Buen Vivir. *The Journal of Development Studies*, [*s.l.*], v. 58, n. 9, p. 1633-1650, 2022.

KARIYAWASAM, Kanchana; GUY, Scott. Intellectual Property Protection of Indigenous Knowledge: Implementing Initiatives at National and Regional Levels. *Deakin Law Review,* Burwood, v. 12, n. 2, p. 101-121, 2008.

KUPPE, René. Reflections on the Rights of Indigenous Peoples in the New Venezuelan Constitution and the Establishment of a Participatory, Pluricultural and Multiethnic Eociety. *In*: KUPPE, René; POTZ, Richard (eds.). *International Yearbook for Legal Anthropology*. Leiden: Maritinus Nijhoff Publishers, 2004. v. 12. p. 152-174.

LAWSON, Charles; BIKUNDO, Edwin; TRANTER, Keiran. The Perils of Parliamentarism: The World Intellectual Property Organization and Indigenous Peoples. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 39, n. 2, p. 285-315, 2019.

LE BILLON, Philippe; MIDDELDORP, Nicholas. Empowerment Or Imposition? Extractive Violence, Indigenous Peoples, and the Paradox of Prior Consultation. *In*: SHAPIRO, Judith; MCNEISH, John-Andrew (eds.). *Our Extractive Age*: Expressions of Violence and Resistance. Abingdon: Routledge, 2021. p. 69-93.

LEVITSKY, Steven; ROBERTS, Kenneth. Conclusion: Democracy, Development, and the Left. *In*: LEVITSKY, Steven; ROBERTS, Kenneth (eds.). *The Resurgence of the Latin American Left*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2011. p. 399-428.

MACDOWELL, Cecilia. Legal Dualism and The Bipolar State: Challenges to Indigenous Human Rights in Brazil. *Latin American Perspectives*, Riverside, v. 43, n. 2, p. 172-189, 2016.

MALDONADO-TORRES, Nelson. On the Coloniality of Being: Contributions to the Development of a Concept. *Cultural Studies*, [*s.l.*], v. 21, n. 2-3, p. 240-270, 2007.

MEIENBERG, Francois *et al*. The Bitter Sweet Taste of Stevia. Switzerland: The Berne Declaration (BD), 2015.

MERINO, Roger. Extractive Constitutions: Constitutional Change and Development Paths in Latin America. *Law and Development Review*, [*s.l.*], v. 15, n. 1, p. 169-200, 2022.

MIGNOLO, Walter. The Global South and World Dis/order. *Journal of Anthropological Research*, Albuquerque v. 67, n. 2, p. 165-188, 2011.

MILIUS, Djims. Justifying Intellectual Property in Traditional Knowledge. *Intellectual Property Quarterly*, London, n. 2, p. 185-216, 2009.

MOREIRA, Eliane. Conhecimentos tradicionais e sua proteção. *T&C Amazônia*, Manaus, v. 5, n. 11, p. 33-41, 2007.

MORETON-ROBINSON, Aileen. *The White Possessive*: Property, Power, and Indigenous Sovereignty. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2015.

NEMOGÁ, Gabriel. Interrelationship between Indigenous Worldview and Biodiversity: How to Protect Traditional Knowledge and Genetic Resources? *In*: RIOS, Montserrat; MORA, Arturo (eds.). *Access to Genetic Resources in Latin America and the Caribbean*: Research, Commercialization and Indigenous Worldview. Quito: IUCN-UNEP/GEF-ABS-LAC, 2014. p. 79-11.

NEMOGÁ, Gabriel; APPASAMY, Amanda; ROMANOW, Cora. Protecting Indigenous and Local Knowledge Through a Biocultural Diversity Framework. *The Journal of Environment & Development*, [*s.l.*], v. 31, n. 3, p. 223-252, 2022.

OGUAMANAM, Chidi. Wandering Footloose: Traditional Knowledge and the "Public Domain" Revisited. *The Journal of World Intellectual Property*, [*s.l.*], v. 21 n. 5-6, p. 306-325, 2018.

PERU. Congreso de la República del Perú. Ley 27811. Ley del Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos. *Diario Oficial El Peruano*, 24 Jun. 2002. Available at: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27811.pdf. Accessed on: 24 Oct. 2024.

PERU. *Constitution of the Republic of Peru*. Lima: 1993.

PINTO, Victor. Direitos intelectuais indígenas no Brasil: instrumentos jurídicos e conflitos ontológicos. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 176-185, 2018.

QUIJANO, Anibal. Coloniality and Modernity/Rationality. *Cultural Studies*, [*s.l.*], v. 21, n. 2-3, p. 168-178, 2007.

RICHARDSON, Whitney; MCNEISH, John-Andrew. Granting Rights to Rivers in Colombia. *In*: SHAPIRO, Judith; MCNEISH, John-Andrew (eds.). *Our Extractive Age*: Expressions of Violence and Resistance. Abingdon: Routledge, 2021. p. 155-175.

ROBINSON, Daniel; ROFFE, Pedro; ABDEL-LATIF, Ahmed. Introduction: Mapping the evolution, state-of-play and future of the WIPO IGC. *In*: ROBINSON, Daniel F.; ABDEL-LATIF, Ahmed; ROFFE, Pedro (eds.). *Protecting Traditional Knowledge*. London: Routledge, 2017. p. 3-9.

SAUER, Sergio. Rural Brazil during the Lula Administrations: Agreements with Agribusiness and Disputes in Agrarian Policies. *Latin American Perspectives*, Riverside, v. 46, n. 4, p. 103-121, 2019.

SCHILLING-VACAFLOR, Almut; KUPPE, René. Plurinational constitutionalism: A new era of indigenous-state relations? *In*: NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLOR, Almut; (eds.). *New Constitutionalism in Latin America*: Promises and Practices. Abingdon: Routledge, 2016. p. 347-370.

SHARMA, Nandia. National Citizenship and Postcolonial Racism. *Citizenship Studies*, [*s.l.*], v. 26, n. 4-5, p. 638-649, 2022.

SPONSEL, Christoph. Indigenous Groups Occupy Bogotá Park in Protest, *NACLA*, New York, 21 Mar. 2022. Available at: https://nacla.org/indigenous-groups-occupy-bogota-park-protest. Accessed on: 21 Mar. 2022.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Indigenous Peoples and The State in Latin America: An Ongoing Debate. *In*: SIEDER, Rachel (ed.). *Multiculturalism in Latin America*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2022. p. 24-44.

UNITED NATIONS (UN). Report on the Tenth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. Montreal: United Nations, 2010.

UNITED NATIONS (UN). *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. New York: United Nations, 2007.

UNITED NATIONS (UN). *Convention on Biological Diversity*. New York: United Nations, 1992.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices.* Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2000.

URTEAGA, Patricia. Implementation of the Right to Prior Consultation in the Andean Countries: A Comparative Perspective. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, [*s.l.*], v. 50, n. 1, p. 7-30, 2018.

VALLEJO, Florelia. El proceso de consulta previa en los fallos de la corte constitucional colombiana. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 14, n. 2, p. 143-182, 2016.

VARADARAJAN, Deepa. A Trade Secret Approach to Protecting Traditional Knowledge. *The Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 36, p. 371-420, 2011.

VELASCO, Francisco. Arco minero del Orinoco: diversificación extractivista, vulneración de derecho constitucionales y resistencia. *Espacio Abierto*, Maracaibo, v. 31, n. 2, p. 138-159, 2022.

VENEZUELA. Presidencia de la República. Decreto N° 2.248, mediante el cual se crea la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional "Arco Minero del Orinoco". *Gaceta Oficial* N° 40.855, 24 Feb. 2016. Available at: http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Acceso=T028700000869/0&Nombrebd=spgoin&Sesion=1648812887. Accessed on: 10 Oct. 2024.

VENEZUELA. *Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela*. Caracas: 1999.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). Buying Green: How Gold Mining is Changing Colors. 28 Jan. 2013. Available at: https://www.wipo.int/web/ip-advantage/w/stories/buying-green-how-gold-mining-is-changing-colors. Accessed on: 2 Feb. 2024.

WRIGHT, Evana. *Protecting Traditional Knowledge: Lessons from Global Case Studies.* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.

Eliezer Sánchez-Lasaballett

Lecturer at the University of Newcastle (Australia) with a student-centric philosophy, teaching Contracts, Business Law, and Survey and Engineering Law. He holds a PhD (Law) for his thesis in comparative contract law and has been published in the *Uniform Law Review* (OUP-UNIDROIT) and the *Commercial Law Quarterly*, amongst others. LLM (Law & Development) from the University of Manchester (UK) and law degree (Cum Laude) from the 'Andrés Bello' Catholic University (UCAB) in Venezuela.

e.sanchez-lasaballett@newcastle.edu.au

Ybiskay González

PhD in Politics from the University of Newcastle (Australia). MA (Participation and Politics) from the University of Bradford, UK. BA in Sociology from the Universidad Central de Venezuela. Casual academic at the University of Newcastle in the discipline of Politics. Her publications range from political polarisation and populism to decolonial feminism. Her book *Polarised Politics: The Confrontational "Us and Them" between Chavistas and the Opposition in Venezuela* was published by Rowman & Littlefield International in November 2021.

ybiskaygonzalez@gmail.com
ybiskay.gonzaleztorres@newcastle.edu.au

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 03.01.2023
Aprovado: 04.06.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202436

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.

Disolución por causa grave de la sociedad por acciones chilena: contratos incompletos para partes supuestamente sofisticadas

INVOLUNTARY DISSOLUTION OF THE CHILEAN SOCIEDAD POR ACCIONES*: INCOMPLETE CONTRACTS FOR SUPPOSED-TO-BE SOPHISTICATED PARTIES*

DISSOLUÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL DA SOCIEDAD POR ACCIONES *CHILENA: CONTRATOS INCOMPLETOS PARA PARTES SUPOSTAMENTE SOFISTICADAS*

Pablo Manterola[1]

1 Universidad de los Andes, Chile
https://orcid.org/0000-0003-0998-6382

Resumen
Este artículo analiza la procedencia de la acción de disolución por causa grave, prevista para la sociedad anónima cerrada, en la sociedad por acciones chilena. Se indaga si debe admitirse un medio de tutela previsto para proteger al accionista minoritario frente a la imprevisión del conflicto, cuando se eligió un tipo social como el de la sociedad por acciones, diseñado con el objetivo de fomentar la inversión en capital de riesgo y, por lo tanto, teniendo en mente contratantes sofisticados y previsores. Se utiliza el método dogmático, con referencia a literatura sobre contratación incompleta, en busca de un criterio que determine si acaso, y de qué modo, la elección del tipo restringe la disolución judicial; y para aplicar ese criterio al caso particular de los conflictos suscitados en torno al administrador único de la sociedad por acciones. Se concluye que, entre partes sofisticadas, la disolución judicial debe limitarse a situaciones excepcionales, mientras que, entre partes no sofisticadas, esta se encuentra disponible en los mismos casos en que lo estaría en una sociedad anónima, siempre que se demuestren motivos que justifiquen la elección de la sociedad por acciones por contratantes inexpertos.

Palabras clave
Contratos incompletos; sociedad por acciones; sociedad anónima cerrada; disolución judicial; conflicto entre accionistas.

Abstract
This paper analyzes the availability of the involuntary dissolution remedy, provided for closely held corporations, in the Chilean sociedad por acciones*. It explores whether this remedy, devised to protect the minority shareholder against an unpredictable conflict, should be admitted when the legal form chosen was designed with the aim of encouraging investment in venture capital and, therefore, with sophisticated contract parties in mind. The dogmatic method is used, coupled with reference to the literature on incomplete contracting, in search of a criterion to determine whether and how the choice of form restricts judicial dissolution; and to apply that criterion to sole manager dispute cases. It is concluded that, among sophisticated parties, judicial dissolution should be limited to exceptional situations, while, among unsophisticated parties, should be considered available in the same cases as it would be in a corporation, whenever there are reasons that justify the choice of the* sociedad por acciones *form by inexperienced contract parties.*

Keywords
Incomplete contracts; sociedad por acciones*; closely held corporation; involuntary dissolution; shareholder disputes.*

Como citar este artigo
MANTEROLA, Pablo. Disolución por causa grave de la sociedad por acciones chilena: contratos incompletos para partes supuestamente sofisticadas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2436, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202436

Resumo
Este artigo analisa a aplicabilidade da ação de dissolução por decisão judicial, originalmente prevista para a figura da sociedade anônima fechada, à figura da sociedad por acciones *chilena. Explora-se se deve ser admitida uma solução desenhada para proteger o acionista minoritário contra conflitos imprevistos, quando foi escolhida um tipo de empresa que tem o objetivo de incentivar o investimento em capital de risco e, portanto, que tem em mente partes sofisticadas e previdentes. Usa-se o método dogmático, fazendo referência à literatura sobre contratação incompleta, em busca de um critério que determine se a escolha desse tipo de empresa restringe a sua dissolução judicial, e como; ademais, usa-se para aplicar esse critério às disputas em torno ao único administrador da* sociedad por acciones*. Conclui-se que, entre partes sofisticadas, a dissolução judicial deve ser limitada a situações excepcionais, enquanto que, entre partes não sofisticadas, ela está disponível nos mesmos casos em que estaria para uma sociedade anônima, desde que sejam demonstradas razões que justifiquem a escolha da sociedad por acciones por contratantes inexperientes.*

Palavras-chave
Contratos incompletos; sociedad por acciones*; sociedade anônima fechada; dissolução judicial; conflito entre acionistas.*

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introducción[1]

Una empresa común precisa un contrato que gobierne la relación entre los inversionistas hacia el futuro.[2] Conducir un negocio exige adoptar decisiones de la más distinta índole, en un ámbito no siempre fácil de acotar, durante un periodo de tiempo eventualmente ilimitado. Posibles cambios imprevistos en el contexto de la industria o en las circunstancias de los inversionistas, e incluso la mera acción del tiempo, pueden desalinear sus intereses. El contrato deberá hacer frente a diferencias y conflictos que son inciertos en sus características, pero que con total certidumbre se producirán. La sociedad, mecanismo de composición de esas diferencias y conflictos, es por eso un contrato esencialmente incompleto (Alfaro, 1995, p. 26; Molitor, 2009, p. 496; O'Kelley, 1992, p. 216).

¿Cómo llenar las lagunas de este contrato? Lo ideal sería que las partes convinieran en una solución al presentarse cada eventualidad. Pero si una de ellas está en condiciones de imponer sus términos, como sucede con la mayoría accionaria en una sociedad de capital, es posible que se comporte de forma oportunista sacando partido de ellas en lugar de renegociar. La posibilidad de que el minoritario solicite la disolución de la sociedad por grave motivo puede evitar esta conducta oportunista, forzando una renegociación entre las partes en casos calificados, cuando se ha frustrado las expectativas razonables del minoritario.[3] En Chile, esta herramienta está prevista explícitamente para las sociedades anónimas (art. 105 de la LSA). En cambio, nada se dice para el tipo de las sociedades por acciones (en adelante, SpA),[4] tipo que guarda varias semejanzas con la anónima, y que fue creado en 2007 para fomentar la industria del capital de riesgo.

• • •

1 Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11200048, "La disolución por causa grave de sociedades de capital cerradas: régimen especial de un remedio al conflicto societario" (ANID, Chile). El autor agradece los valiosos comentarios de los profesores Maite Aguirrezabal, Felipe Fernández y Douglas Moll. Agradece asimismo la asistencia de Francisca Swett, quien participa como tesista de este proyecto.

2 Este estudio emplea las siguientes abreviaturas: CC (Código Civil chileno), CCom (Código de Comercio chileno), LLC (*limited liability company*), LSA (Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, Chile), SpA (sociedad por acciones). Las traducciones de textos en idioma inglés son todas del autor.

3 Se adopta esta descripción de la disolución por causa grave como premisa, que no puede ser discutida aquí sin desviarnos del preciso objeto de este trabajo. He procurado demostrar que esta es la mejor comprensión de la disolución en dos artículos anteriores, a los que me permito remitir. El primero se refiere al supuesto de hecho del mecanismo, la "causa grave", y muestra por qué esta expresión puede considerarse equivalente al de frustración de expectativas razonables (Manterola, 2022a); el segundo expone cómo la disolución está diseñada para operar como mecanismo de renegociación (Manterola, 2022b).

4 En la bibliografía chilena, Romero (2020, p. 185) y Torres (2022, p. 169-170) son los únicos que han sugerido la procedencia de la acción en base a la remisión normativa, sin desarrollar el punto.

Este artículo intenta responder si acaso procede la disolución por causa grave como medio de protección del accionista minoritario en una SpA. La pregunta es interesante porque la SpA, aunque se diseñó pensando en inversionistas sofisticados, de hecho es utilizada también por contratantes no sofisticados. Así, el problema particular que aborda este trabajo es un buen punto para observar una cuestión más amplia: cómo llenar las lagunas del contrato incompleto en que consiste la sociedad cuando empresarios no sofisticados adoptan una forma societaria cuyas normas se pensaron para empresarios sofisticados.

La procedencia de la acción de disolución en la SpA es, en efecto, una buena pregunta para abordar esta cuestión más general. Primero, porque entre los contratos de larga duración de uso frecuente para partes sofisticadas, el de la SpA es quizás el más accesible a partes no sofisticadas, que de hecho la utilizan a menudo. Es improbable que una peluquería de barrio llegue a celebrar contratos de construcción llave en mano, de *joint venture* o de préstamo sindicado, pero es muy posible que se constituya como SpA. Y, segundo, porque entre los distintos tipos societarios presentes en la legislación chilena, el de la SpA se caracteriza por lo exiguo de sus reglas por defecto (suplidas por una oscura remisión a las reglas de las sociedades anónimas cerradas, lo que constituye una peculiaridad de la ley chilena), de tal modo que la incompletitud del contrato es insuficientemente suplida por la actividad del legislador.[5] Esta falta de un buen tronco de reglas por defecto se hace más problemática debido a que las disputas entre los accionistas de una SpA deben someterse a arbitraje (art. 441 del CCom), de forma que no hay un cuerpo de jurisprudencia, de acceso público y extensión suficiente, sobre estos conflictos en Chile (Lagos, [*s.d.*], p. 9-12).[6] Estas peculiaridades de la SpA chilena plantean de manera nítida la disyuntiva entre dar primacía a

• • •

5 Las LLC del derecho norteamericano, con las cuales la SpA chilena guarda parecido (véase la nota 7 y el texto correspondiente), tienen una regulación más desarrollada tanto en cuerpos estaduales como en leyes modelo, que admiten de modo expreso la disolución judicial, si bien de forma algo disímil en cuanto a la descripción de la causal (Moll, 2017, p. 83-89). La SpA, en cambio, se rige por un reducido número de disposiciones del CCom chileno. Las cuestiones no previstas (como la procedencia de la disolución judicial) deben resolverse con las normas de las sociedades anónimas cerradas, pero solo en la medida en que no sea contrario a la incierta "naturaleza" de la SpA (como se discute en la Sección 4).

6 El trabajo de Lagos ofrece un estudio crítico del problema, no limitado al derecho de sociedades. El autor recuerda que la ley exige el depósito de los laudos en el archivo judicial (art. 455, n° 1, letra b) del Código Orgánico de Tribunales); sin embargo, esta obligación de hecho no se cumple (Lagos, [*s.d.*], p. 7). Desde otro punto de vista, el arbitraje forzoso vulnera el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva (Jequier, 2011, p. 487). El proyecto de la Ley N° 20.190 permitía que los estatutos de esta sociedad sometieran los conflictos sociales a la justicia ordinaria, pero la Comisión de Hacienda la eliminó en segundo trámite constitucional, sin que consten las razones de esta decisión (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 41, 631).

la lógica interna de un tipo societario diseñado para expertos, o adaptar la interpretación de sus reglas a la situación de los inexpertos.

Este estudio se llevará a cabo siguiendo el método dogmático. La pregunta planteada es una *de lege lata*, que exige analizar textos legales y ofrecer su mejor lectura en el conjunto del ordenamiento chileno y, en particular, del derecho de sociedades, con referencia al acervo doctrinario desarrollado en el ámbito del derecho continental, y a las pocas sentencias relevantes dictadas por tribunales superiores en Chile.[7]

Sin recurrir al método comparado, se tiene en cuenta la literatura norteamericana. También en ella existe un tipo societario capitalista, el de la *limited liability company* (en adelante, LLC), con la que la SpA chilena guarda semejanzas (Vásquez, 2014, p. 126), aunque también alguna diferencia. Ambas ofrecen un amplio margen a la libertad estatutaria[8] y ocupan una posición en el sistema de tipos societarios que está a medio camino entre la sociedad anónima (*corporation*) y la sociedad de personas (*partnership*), como reconocen los tribunales de Delaware (O'Neal; Thompson, 2019, § 6.3). La desemejanza más importante con esta figura se halla en el carácter mucho más completo de la regulación supletoria prevista para la LLC, en relación con la SpA, lo que vuelve interesante el análisis del problema en la legislación chilena.[9] En cambio, el modelo de la sociedad por acciones simplificada (SAS), de origen francés y de la que Colombia ha sido una pionera en Iberoamérica, ofrece un punto de comparación menos fructífero. Pese a la afinidad que la SpA guarda con él (Vásquez, 2014, p. 126), ni su regulación ni la de su normativa por defecto contempla la disolución por causa grave,[10] peculiaridad chilena extraña a legislaciones de ámbito continental (Manterola, 2022c, p. 195-199). En cualquier caso, no se pretende extrapolar reglas o criterios de la LLC a la SpA, sino solo justificar metodológicamente la elección de la bibliografía.

• • •

7 La jurisprudencia citada ha sido seleccionada en base a búsquedas de sentencias dictadas por tribunales superiores (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) en las bases de datos de uso más extendido en Chile, incluyendo la provista por el mismo Poder Judicial. Los resultados son poco numerosos, lo que se explica fácilmente por la regla de arbitraje forzoso de conflictos societarios (véase la nota 6 y texto correspondiente).

8 La Delaware General Corporation Law "asume la política de dar la mayor efectividad al principio de libertad contractual y al carácter vinculante (*enforceability*) de los estatutos de la *limited liability company*" (tit. 6 § 18-1101). Véase también el comentario oficial a la s. 105 RULLCA ("la subsección (b) reconoce que esta ley sobre todo contiene reglas por defecto –esto es, llenado de vacíos [*gap fillers*] para puntos no previstos por los estatutos" (p. 26). Nótese que el comentario oficial utiliza terminología tomada de la literatura sobre contratación incompleta.

9 Véase la nota 5.

10 Para la Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificadas de la Organización de Estados Americanos, Reyes ofrece una exposición de los principales medios de tutela del minoritario (Reyes, 2019, p. 405-407).

Como ha quedado de manifiesto en esta Introducción, este artículo debe mucho a la literatura sobre contratación incompleta, cercana al análisis económico del derecho. No obstante que en ocasiones sus premisas han sido cuestionadas (Maskin; Tirole, 1999), se trata de una forma sugerente con que enfrentar diversos problemas del derecho de contratos y de sociedades, y en particular los costos y beneficios de los distintos modos en que el legislador, el juzgador y los contratantes pueden resolver, tanto desde una perspectiva *ex ante* como *ex post*, los problemas que surgen durante el curso de una relación contractual duradera.[11] Este trabajo no pretende hacer una contribución directa a la literatura sobre contratación incompleta, sino utilizarla como un insumo para resolver un problema particular –el de cuándo se justifica la disolución por causa grave de una SpA. El interés de este problema trasciende el ámbito chileno, en la medida en que ilumina el marco teórico más general.

El estudio se desarrolla del siguiente modo. En primer lugar, se expone el modo en que los vacíos del contrato de sociedad deben ser llenados de distinta manera según si los accionistas son sofisticados o no (1), así como el contenido preciso de esta distinción (2). Luego, se describe la SpA como una forma societaria hecha a la medida de empresarios experimentados, especialmente para la industria del capital de riesgo, pero utilizada en la práctica en una gran diversidad de sectores (3). El hecho de que queden amplios vacíos en el contrato de sociedad, que las partes no siempre llenan y que el legislador no suple directamente, hace preciso determinar en qué medida cabe remitirse a las reglas de la LSA, lo que a su vez exige interpretar cuál es la "naturaleza" de la SpA (4). Efectuado lo anterior se responde a la pregunta sobre la procedencia de la disolución por causa grave en la SpA (5), y se aplica esta respuesta al caso de administración fraudulenta o gravemente negligente del gerente designado nominalmente en los estatutos, una cláusula muy frecuente en este tipo social (6). El trabajo finaliza con algunas conclusiones.

1. El contrato de sociedad ante contratantes sofisticados y no sofisticados

El contrato de sociedad permite formar un emprendimiento común sobre la base de entendimientos mínimos, que vienen dados por la escritura de constitución y quizás también por pactos de accionistas que se suscriben al comenzar el negocio. Puesto que es imposible prever

11 Además de los trabajos citados en el cuerpo del artículo, véase en esta misma revista el trabajo de Caminha y Lima (2014), en que las autoras aplican los hallazgos de esta corriente a la revisión del contrato por imprevisión. Por su parte, el trabajo de Means (2010) realiza el mismo ejercicio para las sociedades de capital cerradas (*close corporations*), en un análisis muy cercano al de este trabajo (véase la Sección 1).

la solución concreta a cada futuro problema, las partes –y, en subsidio de ellas, la ley– diseñan un sistema de reglas de recontratación que descansa principalmente en los órganos sociales: competencias, citación y voto, quórums, vetos, etc. Esta organización (*governance*) es el medio para llenar los vacíos de un contrato incompleto. Formar una organización es la mejor alternativa cuando la contratación está condicionada por los factores de racionalidad limitada, amenaza de oportunismo y presencia de activos con valor específico (Williamson, 1985, p. 32).

En la medida en que el factor de racionalidad limitada sea menos preponderante (por ejemplo, si están en condiciones de anticipar la cuantía de futuras inversiones), los agentes preferirán resolver anticipadamente el conflicto que los otros dos factores harán surgir (se comprometerán esas inversiones al inicio, en lugar de remitirlas a una futura junta de accionistas). En esta posición se hallan los contratantes sofisticados, que gozan de experiencia acumulada, acceso a asesoría especializada, menor aversión al riesgo (fruto de haber diversificado sus inversiones) y, en particular, predisposición a anticipar la posibilidad del conflicto (por su falta de vínculos no comerciales con su contraparte, o su habilidad para hacerlos a un lado) (Moll; Ragazzo, 2018, § 7.01[D][2]). En otras palabras, partes sofisticadas sustituirán la organización por una mejor planificación de su relación contractual (Williamson, 1985, p. 30-31).

Es verdad que las lagunas del contrato pueden obedecer no solo a imprevisión, sino también a oportunismo, cuando una de las partes está afecta a racionalidad limitada en mayor medida que la otra (Ayres; Gertner, 1989, p. 92-93, 127). El análisis que se propone aquí supone que el grado de sofisticación de las partes es simétrico, una asunción verosímil en la generalidad de los emprendimientos que adoptan la forma de la SpA. Otro supuesto de este análisis, importante para evitar el cuestionamiento formulado a la "*would have wanted theory*" en el trabajo de Ayres y Gertner (1989), es que prevenir la solución de los conflictos *ex ante* por los accionistas es más costoso que resolverlos *ex post* para el juez, de modo que no se justifique una regla por defecto que incentive a estos últimos a revelar una información privada que, de todos modos, no tienen. Esto es fácil de admitir en el contexto de partes no sofisticadas como las que forman muchas sociedades cerradas, que padecen un optimismo muy poco realista (Means, p. 1174-1175, 1181).

Por supuesto, la racionalidad es cuestión de grado, de modo que la elección entre planificación y organización se adopta en términos marginales. Contratantes experimentados también enfrentan situaciones no previstas con claridad en el contrato: todo contrato es incompleto, y la tarea de llenar sus vacíos es ineludible (O'Kelley, 1992, p. 216). También los largos y detallados contratos redactados por expertos tienen vacíos que deben ser llenados, y la forma más eficiente de hacerlo (globalmente, tanto *ex ante* como *ex post*) es entender incorporada al contrato aquella cláusula que partes de racionalidad ilimitada hipotéticamente habrían incluido (Alfaro, 1995, p. 25; O'Kelley, 1992, p. 245-247). La diferencia está en que, entre contratantes no sofisticados, debe integrarse una solución

equitativa conforme a esa voluntad presunta, mientras que, en el escenario más habitual entre partes sofisticadas, es más adecuado actuar como si las lagunas no existieran y cumplir el acuerdo tal y como de hecho se pactó, sin adiciones ni restricciones (Hart; Moore, 1988, p. 776).[12] *Caveat socium*: tú te hiciste la cama, ahora acuéstate en ella. O al menos renegocia con tu contraparte.

2. Quiénes son contratantes sofisticados y quiénes no

Es crítico en este debate saber quién califica como parte sofisticada y quién no. Esta indagación se facilita si se considera que la sofisticación no tiene que ver con la capacidad de previsión de las partes, sino con su ejercicio efectivo en una negociación. Un abogado experto en transacciones comerciales complejas (o un académico familiarizado con la literatura sobre contratación incompleta) puede comportarse como un verdadero novato en el supermercado. No debe suponerse con demasiada facilidad que los accionistas de una sociedad cerrada han olvidado negociar su posición relativa en la compañía (Illig, 2006, p. 315-318). La mirada debe dirigirse más al proceso que a las cualidades de los agentes. Algunas características personales del inversionista pueden dar pistas, tales como su situación socioeconómica o su cualificación profesional,[13] pero otros indicadores centrados en el proceso de negociación se acomodan mejor al problema planteado en estas páginas.[14]

El tiempo empleado en la formación de la empresa, así como el hecho de que las partes se hayan intercambiado borradores del contrato, son indicios de un proceso de contratación sofisticado. También puede atenderse al régimen de constitución de la SpA. La legislación chilena presenta dos vías a través de las cuales se puede constituir una empresa. El CCom requiere la suscripción de un documento auténtico (escritura pública o instrumento protocolizado)

12 En el pasaje citado, los autores demuestran que, en ausencia de racionalidad limitada, nunca es eficiente prescindir del contrato original sino confiar en una renegociación de las partes. Esto cuadra con que hay razones para imponer una solución por defecto distinta de la que las partes hubieran querido, con el objeto de proporcionarles incentivos para revelar información que al juez sería más costoso levantar (Ayres; Gertner, 1989, p. 127-128).

13 Por ejemplo, Means (2010, p. 1178) sugiere como indicador de falta de sofisticación el que el agente haya invertido una parte importante de su patrimonio en la empresa, por lo que esto implica de optimismo irrealista. Sobre la base de la situación socioeconómica, y en el contexto de la LLC, se ha propuesto atender al hecho de que los inversionistas hayan sido asistidos por abogados altamente cualificados (Molk, 2018, p. 2161).

14 Molk (2018, p. 2165) ha sugerido uno, útil en un país federal como Estados Unidos: el hecho de que los inversionistas hayan optado por constituir la sociedad en su propio estado, aunque no sea especialmente atractivo para inversionistas sofisticados.

que contenga los estatutos, así como la inscripción de un extracto en un registro, también de carácter público (Registro de Comercio) y su publicación en el Diario Oficial (art. 425 del CCom). Alternativamente, las empresas pueden constituirse bajo el régimen de la Ley Nº 20.659, de 2013. Este régimen alternativo exige la suscripción de un formulario digital estandarizado, provisto a través de un sitio de internet por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. En este caso, el clausulado de los estatutos se forma con la información suministrada en el formulario, y se publica en un Registro de Empresas y Sociedades, también de carácter digital. Ambos sistemas de constitución surten la misma eficacia jurídica, y ambos están disponibles para sociedades de personas y de capital, incluidas las SpA. No obstante, aunque el régimen de la Ley N° 20.659 no impide conducir una negociación compleja, optar por el régimen del CCom, más costoso en términos de tiempo y de gastos, denota cierta disposición a detenerse en el proceso de contratación.[15]

La sofisticación también puede inferirse de las propias cláusulas del contrato. La mera presencia de estipulaciones que no vienen impuestas ni sugeridas por ley (ni por el formulario digital de constitución, que en algunos puntos ofrece por defecto modificaciones a la regla por defecto legal), ni son cláusulas de estilo, es indicio de que hubo una negociación meditada. Una redacción particularmente correcta para abordar problemas complejos que aparecerán con el tiempo (por ejemplo, cláusulas de salida en la forma de pactos sobre transferencia de acciones) sugiere sofisticación. Por el contrario, estipulaciones torpes o, incluso, con evidentes errores jurídicos indican lo contrario. Piénsese en la división del capital social en muy pocas acciones (o incluso en una), que dificultará una eventual transferencia parcial del negocio, o en el nombramiento de uno de los dos accionistas como árbitro de las disputas entre ambos, que por ningún motivo podría llevarse a efecto (ninguna de estas cláusulas es del todo infrecuente en el Registro de Empresas y Sociedades). Enfocarse en la redacción de los estatutos tiene la ventaja de que la sofisticación se hace manifiesta para cualquier observador, incluido el juez, con solo leer su texto.

Podrían considerarse más indicadores. No obstante, "ninguno de estos enfoques puede ser el mejor para todas las circunstancias" (Molk, 2018, p. 2166). En aras de la simplicidad, y utilizando una terminología frecuente en la literatura sobre contratación incompleta, este trabajo parte de la irrealista base de que existe una línea imaginaria que divide a los inversionistas sofisticados de los que no lo son. Pido al lector que dé por supuestos los matices.

15 A juicio de Courbis (2016, p. 381), el sistema de la Ley N° 20.659 "inevitablemente incentiva una suerte de prescindencia de asesoría legal". En sentido similar opina Vásquez (2016, p. 495). No sorprende que la Ley N° 20.659 haya excluido de su ámbito de aplicación a las sociedades anónimas abiertas (art. 2°, n° 3), formadas probablemente con mayor frecuencia por contratantes sofisticados.

3. La SpA chilena: propósito del legislador y uso práctico

Las inversiones en capital de riesgo requieren una especial planificación del conflicto. El negocio se llama "aventura" (*venture*) no solo por su carácter innovador, sino también porque, si la empresa fracasa (como probablemente ocurrirá), no se hallarán buenos usos alternativos para sus activos. La apuesta es grande y el riesgo es alto porque los activos tienen valor específico a la empresa común. Así, la patente de una terapia con células madre será de muy poca utilidad si "al final" no logra éxito comercial. Es necesario definir con cuidado cuándo la inversión ha llegado "al final", cuándo merece la pena seguir intentándolo, y cómo proceder en caso contrario. Hacerlo exige sofisticación, en el sentido que antes se ha dado a este término.

La SpA se incorpora en el CCom con la Ley Nº 20.190, de 2007, que introduce Adecuaciones Tributarias e Institucionales para el Fomento de la Industria de Capital de Riesgo y continúa el Proceso de Modernización del Mercado de Capitales. El objetivo explícito de esta legislación –en lo que respecta a la SpA– fue proporcionar una forma societaria adaptada a las necesidades de la industria del capital de riesgo. La relativa rigidez de la sociedad anónima es útil para tratar con accionistas afectos a un grado significativo de racionalidad limitada (típica de accionistas minoritarios de sociedades abiertas, por la apatía racional en que se hallan sumidos), pero dificulta una planificación ajustada a las necesidades de partes sofisticadas. Por el contrario, la SpA permite esa planificación detallada del conflicto, pues el CCom reconoce amplia libertad contractual en el diseño del clausulado de los estatutos, incluso prescindiendo (o permitiendo prescindir) de reglas tendientes a proteger a los minoritarios.

Algunos ejemplos pueden aclarar lo anterior. El directorio integrado por no menos de tres miembros elegidos por voto cumulativo (sin que la LSA admita estipulación en contrario), puede ser sustituido en la SpA por un administrador único e irrevocable.[16] No se incluye para las SpA un derecho a suscribir de forma preferente los aumentos de capital, salvo que se acuerde explícitamente en los estatutos (art. 439, inc. 1°, del CCom); en cambio, esta es la regla imperativa en las sociedades anónimas (art. 25 de la LSA). El árbitro de los conflictos entre accionistas de una sociedad anónima, cuya independencia se refuerza gracias a que debe ser nombrado por la justicia ordinaria, puede ser designado nominalmente en estatutos de la SpA, modificables por mayoría absoluta (art. 441, inc. 2°, del CCom). Punto crítico, dada la regla de arbitraje forzoso.[17]

La suposición de que los accionistas de una SpA son inversionistas experimentados se hace explícita en el art. 435 del CCom. Al tratar de la restricción estatutaria a la transferencia de

16 Este punto se desarrolla en la Sección 6.

17 Véase la Introducción de este artículo, en particular la nota 6.

acciones, establece que "el estatuto deberá contener disposiciones que regulen los efectos y establezcan las obligaciones o limitaciones que nazcan para los accionistas que quebranten dichos límites"; en caso contrario, "dichas estipulaciones se tendrán por no escritas". El art. 435 no solo sugiere la especial atención que merecen del legislador las cláusulas de desinversión en la SpA, sino también que la ley no exime a las partes de una redacción cuidadosa en un punto tan importante para el capital de riesgo: se trata de una *penalty rule* en el sentido de Ayres y Gertner (1989, p. 97-100), que sanciona con ineficacia a las partes cuando no proveen información fácil de proveer *ex ante*.

Además, el CCom exige de los accionistas de una SpA una declaración expresa de haber estudiado las condiciones, antes de entrar en la empresa. "En los traspasos de acciones deberá constar la declaración del cesionario en el sentido que conoce la normativa legal que regula este tipo social, el estatuto de la sociedad y las protecciones que en ellos puedan o no existir respecto del interés de los accionistas" (art. 446 del CCom). El texto se mueve en la dirección defendida por Molitor (2009, p. 496) tanto para la *corporation* como para la LLC norteamericanas: los compradores de acciones de una SpA deben ser advertidos del riesgo que corren; incluso, deben ser obligados a declarar que lo conocen.[18]

Eso sí, la norma tiene límites. Por un lado, la declaración no parece obligatoria para quienes adquieren acciones por suscripción, sea con la constitución de la SpA, sea por aumento de capital, sino solo al "traspaso" o cesión. Por otro lado, "la omisión de esta declaración no invalidará el traspaso, pero hará responsable al cedente de los perjuicios que ello irrogue" (art. 446 del CCom). En rigor, esto significa que las "cláusulas sorpresivas" de los estatutos vinculan igualmente a los accionistas, al modo del art. 22 de la LSA (la adquisición de acciones implica la aceptación de los estatutos sociales), y que el vendedor de las acciones se hace responsable frente a su comprador de los perjuicios provocados por su aplicación. Esto último resulta curioso si los accionistas de la SpA deben realmente ser considerados partes sofisticadas.

En contraste con lo que espera el CCom, Caballero y Pardow (2020, p. 311-313) han demostrado que los empresarios no utilizan la flexibilidad que les proporciona la SpA; y que, cuando lo hacen, incluyen cláusulas bastante dudosas.[19] Más que por un problema en las sociedades de capital de riesgo chilenas, esto se explica por el verdadero perfil de los constituyentes de SpA. Una rápida revisión del Registro de Empresas y Sociedades muestra que adoptan la forma de la SpA empresas que no podrían en absoluto ser consideradas de capital de riesgo ni de cualquier otra industria cuyos inversionistas puedan calificarse de sofisticados,

18 Esta disposición, que no estaba en el proyecto original, fue introducida por el Ejecutivo en segundo trámite constitucional (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 797). No constan las razones para esta decisión.

19 Hay también varios estudios empíricos que abordan el escaso uso de la libertad contractual en estatutos de la LLC (Miller, 2010, p. 737-740).

tal vez atraídas por algunas características secundarias (particularmente, la posibilidad de formarse por una sola persona): peluquerías, restaurantes y tiendas de barrio, servicios profesionales diversos, etc.[20]

Lo anterior podría ser solo un caso más de utilización de una forma societaria para un fin distinto del previsto por el legislador, fenómeno frecuente en la historia del derecho societario. El problema es que esa utilización atípica no encaja bien con la regulación de la SpA, basada en el supuesto de que las partes se valdrán de la libertad contractual que concede la ley. La SpA está diseñada para contratantes sofisticados, pero de hecho es utilizada por muchas personas no sofisticadas. Teniendo en cuenta lo expuesto en la Sección 1, esta constatación plantea la siguiente pregunta: ante un conflicto no previsto por las partes y que podría en abstracto tratarse con la disolución por causa grave, ¿debe el juez ignorar la laguna y aplicar la letra del contrato, como si sus partes fueran sofisticadas, o bien suplir el vacío con alguna solución, como correspondería hacer ante partes no sofisticadas? Para responder es preciso tener en cuenta que "en silencio del estatuto social y de las disposiciones de este Párrafo [en el CCom sobre la SpA], la sociedad se regirá supletoriamente *y solo en aquello que no se contraponga con su naturaleza*, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas" (art. 442, inc. 2°, del CCom). El exacto alcance de la remisión a las reglas de las sociedades cerradas como regla por defecto abre el problema de qué se entiendo por la "naturaleza" de la SpA.

4. La "naturaleza" de la SpA: problemas normativos e interpretaciones posibles

Toda remisión normativa es modulada por la analogía (Larenz, 1994, p. 254). En este pasaje, Larenz ilustra esta afirmación con las reglas de la permuta, que se remiten al título de la compraventa. Esta remisión también la hace la ley chilena, en términos que aquí resultan sugerentes: "las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato" (art. 1900 del CC).[21]

• • •

20 Véase lo declarado por el accionista único de la sociedad demandante en el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 16-2020, 21 de febrero de 2020, v. 1°. Como la SpA chilena, la LLC estadounidense ofrece un doble atractivo: inversionistas sofisticados buscan libertad contractual, mientras que los no sofisticados buscan otras características (Molk, 2018, p. 2177). Puede que este uso generalizado de las SpA disminuya con la entrada en vigor de la Ley Nº 21.420 de 2022, el 1° de enero de 2023, que grava todos los contratos de servicios a menos que sean prestados por una "sociedad profesional". El Servicio de Impuestos Internos pretende que solo una sociedad de personas puede considerarse "sociedad profesional": Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 50, de 27 de octubre de 2022, y antes en la Circular N° 21, de 23 de abril de 1991. Es de prever que la nueva ley, interpretada por la Circular N° 50, sesgará la elección del tipo hacia las sociedades de personas.

21 El texto, incluida la mención de la "naturaleza" del contrato, fue incorporado en la Comisión Revisora del CC (Barrientos, 2016, p. 845).

Al igual que el art. 424, inc. 2°, del CCom, el precepto se vale del concepto de "naturaleza" para modular el alcance del reenvío. Sin embargo, en el art. 424, inc. 2°, del CCom, el recurso a la naturaleza resulta más problemático.[22] En efecto, el art. 1900 del CC orienta la interpretación del concepto de naturaleza ("cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da") e indica ejemplos en que la remisión normativa es válida, en cuanto al objeto del contrato y la capacidad de las partes (art. 1899). No hay tales auxilios en el CCom. Además, la finalidad de estas remisiones normativas es completar no solo el silencio de la ley, sino, en último término, el silencio del contrato. Ahora bien, el margen para los vacíos en un contrato de intercambio de cosas específicas, como es la permutación, debiera ser menor que en un contrato relacional, como es la sociedad (Díez García, 2022, p. 116-117). Las contraprestaciones de la permuta y la compraventa son diversas, lo que permite distinguir en esta un comprador de un vendedor, cosa imposible en la permuta (Alessandri, 2017, p. 250); por lo tanto, son incompatibles con la permuta todas las reglas de la compraventa que distribuyan deberes entre comprador y vendedor, como los gastos del contrato o de la entrega (Díez Duarte, 2009, p. 608-611). Pero entre tipos societarios la identificación de incompatibilidades es más difícil, si acaso posible, porque no hay entre ellos diferencia en las prestaciones (las propias de todo contrato de sociedad) ni entre partes (son todos socios o accionistas), sino solo de esquema organizacional.[23]

Por defectuosa que sea la técnica legislativa y difícil que sea la interpretación, identificar la "naturaleza" de la SpA es indispensable para saber si procede su disolución por causa grave.[24] Por ahora, las decisiones de los tribunales ofrecen poca orientación, porque los casos

• • •

22 El recurso a la "naturaleza" o "esencia" de una regulación ha sido criticada tanto en general (Liebwald, 2013, p. 410-411) como en relación con los tipos societarios (Fernández, 1977, p. 213).

23 La mención a la "naturaleza" de la SpA se introdujo tardíamente en la tramitación de la Ley N° 20.190, en segundo trámite constitucional. Existía una discrepancia entre el Ejecutivo, que deseaba ubicar el derecho supletorio de la SpA en la regulación de la sociedad anónima cerrada, y un grupo de senadores, que estimaba preferible situarlo en las normas de las sociedades de personas, para así deslindar mejor el nuevo tipo societario de las sociedades anónimas. El concepto se introduce para restringir la remisión, pero el Ejecutivo insiste en que lo que requiere la industria del capital de riesgo es una figura afín a las sociedades de capital, pues "es la normativa que se ajusta mejor a la naturaleza de lo que se busca, que es una sociedad de capitales, muy flexible" (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 797).

24 El proyecto de la Ley N° 20.190 resolvía implícitamente esta cuestión: "sin perjuicio de las demás causales de disolución consignadas en el Capítulo I de esta ley [las del art. 103 LSA], y a menos que los estatutos establezcan lo contrario, la sociedad no se disuelve por reunirse en una misma persona la totalidad de las acciones emitidas por la sociedad" (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 41). Finalmente, se aprobó sustituir la parte del proyecto relativa a las "sociedades de responsabilidad limitada por acciones" por un nuevo texto que se incorporaría al CCom que omitía esa referencia al art. 103 LSA, sin haberse analizado la eventual aplicabilidad a la SpA de la disolución por causa grave (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 295).

en que se ha debido determinar el alcance del art. 424, inc. 2°, del CCom son todavía escasos.[25] Ensayemos distintas respuestas. A primera vista, la naturaleza de la SpA es la misma de la sociedad anónima, que se llama anónima porque es accionista quien esté en posesión de sus acciones,[26] pero esta constatación no ayuda a identificar normas de la sociedad anónima cerrada que no puedan aplicarse a la SpA (Alcalde, 2024, p. 300-301). Otra alternativa es situar la naturaleza distintiva de la SpA en la posibilidad de subsistir de forma unipersonal. En ese caso, la restricción del art. 424, inc. 2°, del CCom evitaría aplicar mecanismos diseñados para los conflictos entre dos o más accionistas (derecho de retiro, voto cumulativo, regulación de las juntas), cuando haya un único propietario de la empresa, porque su propia razón de ser radica en la protección de los otros accionistas.[27] Desde este punto de vista, no habría normas de la LSA que se opusieran siempre a la "naturaleza" de la SpA, sino solo algunas que no se aplicarían cuando tuviera un solo accionista. Por su parte, Alcalde (2024, p. 300-301) argumenta que pertenece a la "naturaleza" de la SpA la configuración flexible de su capital, que impediría, por ejemplo, aplicar a esta la prohibición de las acciones de industria del art. 13 de la LSA. Estas lecturas no impiden considerar válidas para una SpA las disposiciones de la LSA sobre disolución por causa grave (mientras tenga dos o más accionistas).

Sin embargo, si por "naturaleza" debe entenderse los objetivos de política legislativa tras la forma societaria, la remisión a las reglas sobre disolución por causa grave se hace problemática. Si la SpA se creó pensando en contratantes sofisticados, y los textos legales pretenden (con alguna desprolijidad) que los usuarios del tipo social afronten las consecuencias de la forma elegida y de las cláusulas pactadas (arts. 435 y 446 del CCom), lo que podría

• • •

25 La Corte Suprema ha establecido que el administrador único de una SpA no puede delegar sus funciones, aplicando la prohibición del art. 39, inc. 1°, de la LSA (Rol N° 72-2016, 26 de abril de 2017), y que su responsabilidad queda regida por las reglas de los directores de sociedades anónimas (Rol N° 6818-2021, 6 de diciembre de 2021, sentencia de reemplazo). La Corte Suprema ha citado también el art. 424, inc. 2°, para extender la exigencia de que la declaración como bien familiar de las acciones de una sociedad anónima sea anotada en el libro de accionistas de la compañía (Rol N° 44988-2021, 31 de marzo de 2022). La Corte de Apelaciones de Temuco ha afirmado que las juntas de accionistas en una SpA deben cumplir con las exigencias establecidas para sociedades anónimas, salvo cláusula estatutaria en contrario (Rol N° 732-2021, 19 de agosto de 2021, cdo. 4°). Falta en estas decisiones un análisis sobre cómo la naturaleza de una SpA limita la remisión a las reglas de la LSA.

26 Véase la nota 23, con las afirmaciones del Ejecutivo sobre la "naturaleza" de la SpA, durante la tramitación de la ley.

27 En cuanto a la junta, véase, sin embargo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco citada en la nota 25. También Alcalde (2024, p. 298-299) considera de derecho imperativo la existencia de una junta de accionistas en la SpA.

constituir causa grave en una sociedad anónima, esto es, abuso de mayoría o frustración de expectativas razonables (Manterola, 2022a, p. 22-25), puede no serlo en una SpA. Lo que allí ha de tratarse como un abuso oportunista de circunstancias imprevistas, aquí podría ser el resultado preciso de una negociación implícita, o al menos una consecuencia de una falta de previsión que era responsabilidad del minoritario.

La disolución judicial se fundamenta en la suposición de que accionistas razonables pactarían que, ante situaciones imprevistas, la minoría pueda renegociar su posición, mediante la amenaza de forzar la liquidación de la empresa en marcha (Manterola, 2022b, p. 84-85). Donde no hay falta de previsión, la disolución deja de ser una respuesta adecuada (Moll, 2005, p. 911-916). Ahora bien, el silencio de contratantes experimentados obedece menos a la imprevisión que a un propósito deliberado. Si este último fuera el caso de la SpA, el ámbito de la acción de disolución debería ser más reducido que en la sociedad anónima. Frente al accionista minoritario de una SpA dedicada al capital de riesgo, que invocara el art. 105 de la LSA ante cualquier situación de conflicto para la que no se disciplinó una respuesta, la negativa podría fundarse en la restricción del art. 424, inc. 2°, del CCom: la disolución judicial debe considerarse contraria a la "naturaleza" de la SpA.[28] Esta debe ser la respuesta para las SpA realmente formadas por inversionistas expertos: *caveat socium*. La verdadera pregunta es qué ocurre con las más frecuentes SpA cuyos accionistas son inexpertos.

5. Disponibilidad de la disolución por causa grave en la SpA: propuesta de un criterio

Si acaso debe admitirse la acción de disolución por causa grave en una SpA formada por personas no expertas, depende de si el conflicto entre accionistas debe resolverse en conformidad con los objetivos políticos que el legislador asocia a ese tipo societario o si, por el contrario, la primacía corresponde a las características reales de la sociedad en cuestión.

La primera opción subraya la importancia de la voluntad electora del tipo.[29] El hecho de que una SpA concreta se constituya en busca no de su peculiar disciplina organizativa (libertad estatutaria), sino de otras ventajas accidentales (como la unipersonalidad) no la eximiría de ser tratada del modo en que la ley concibe este tipo societario. Tras esta opción subyace la idea de que las formas societarias son instrumentos de política legislativa, que persiguen disciplinar la manera en que se conducen las relaciones económicas.

28 Con mayor razón, si se pensó una respuesta distinta: una forma de salida distinta, un descuento en el precio de adquisición de las acciones, o la sola posibilidad de renegociar.

29 Girón (1976, p. 70-72) ofrece una exposición de este concepto.

La Corte de Apelaciones de Chillán ha adoptado esta idea, aunque resolviendo un asunto distinto. El tribunal declaró que una SpA no puede calificar como microempresa familiar para efectos tributarios (de conformidad con la Ley Nº 19.749, de 2001), precisamente por haberse constituido como SpA. Aunque un argumento de texto habría conducido al mismo resultado (la ley asume que los solicitantes de este beneficio tributario son personas naturales), el razonamiento de la Corte de Chillán va más allá: la SpA "está orientada al desarrollo de la industria de capital de riesgo, donde la parte de cada accionista o accionistas es fácilmente transferible, permitiendo una salida rápida de su propiedad. Estos objetivos son opuestos a los de una microempresa familiar".[30]

La segunda opción, es decir, asignar primacía a la situación práctica de la empresa, por sobre los objetivos políticos vinculados al diseño de la SpA, es coherente con la denominada "polivalencia funcional" de las sociedades de capital (Fernández, 1977, p. 26).[31] Esta característica es la que les permite organizar una gran diversidad de empresas no siempre prevista por el legislador, y ha hecho posible su evolución histórica dando lugar a nuevas formas societarias (empezando por las mismas sociedades anónimas cerradas, en la LSA de 1981, que nacen como una respuesta de la ley a una desviación del tipo empírico de la gran sociedad abierta).[32] La Ley N° 21.521, de 2023, ha venido a apoyar esta aproximación. Al dotar a la CMF de la facultad de elevar la cifra máxima de accionistas en una sociedad anónima cerrada, e indicar orientaciones para ejercer esta potestad normativa, se refiere a la "naturaleza de la sociedad" (art. 2°, inc. 2°, de la LSA). Aquí, la expresión "naturaleza" no puede referirse a la esencia de un tipo social, sino solo a las cualidades concretas de un segmento concreto de sociedades. Del mismo modo, la "naturaleza" en la restricción del art. 424, inc. 2°, del CCom, podría referirse no a las cualidades abstractas del tipo social de las SpA, sino a las características concretas de la sociedad a la que se persigue aplicar las reglas de las sociedades cerradas.

Esta segunda opción parece la más adecuada. Aunque se tuvo en cuenta un tipo empírico de empresa al idearse la forma societaria, la ley no vincula a uno con la otra.[33] Como se ha

30 Rol N° 16-2020, 21 de febrero de 2020, v. 8°.

31 Alcalde (2024, p. 301-302) también se inclina por prestar atención a las circunstancias concretas de la SpA de que se trate.

32 La anterior regulación no distinguía entre sociedades anónimas abiertas y cerradas. La LSA de 1981 definió la categoría de sociedad cerrada como sociedad no cotizada (por oposición a las abiertas, aquellas cuyas acciones están inscritas en el Registro de Valores de la Comisión para el Mercado Financiero), pero se pensaba especialmente en empresas familiares con unos pocos accionistas, y no en cualquier sociedad no cotizada (Biblioteca del Congreso Nacional, 1981, p. 3 y 6).

33 Para Molitor (2009, p. 543), la s. 7.32 de la Model Business Corporation Act estadounidense, que admite con amplitud los pactos de accionistas suscritos por la unanimidad de los accionistas de sociedades cerradas,

recordado antes, la resolución de los conflictos entre socios implica llenar el vacío contractual con el término que habrían negociado hipotéticos accionistas no afectos a racionalidad limitada. La elección de la forma es solo un indicador de esa voluntad hipotética, entre otros. El problema de la admisibilidad de la disolución por causa grave de una SpA no es (primariamente) un problema de interpretación de la ley, sino (ante todo) de interpretación del contrato, en el que se da prioridad a la intención claramente conocida de sus partes, mientras que su naturaleza es solo un criterio accesorio (arts. 1560 y 1563 del CC).[34]

La afirmación anterior es compatible con que el legislador exija del adquirente de acciones la declaración del art. 446 del CCom. Se pide del cesionario que declare conocer "la normativa legal que regula este tipo social", pero "normativa legal" solo puede significar aquí el párrafo del CCom sobre la SpA (de otro modo, se le estaría exigiendo –de forma irrealista– afirmar que conoce el exacto alcance de la "naturaleza" de la SpA y, por lo tanto, el impreciso conjunto de normas sobre sociedades anónimas cerradas que rigen también a las SpA). El cesionario debe declarar que conoce "las protecciones que en [la normativa y los estatutos] puedan o no existir respecto del interés de los accionistas". Pero aquí se trata precisamente de saber si la disolución judicial se cuenta entre esas "protecciones" (por remisión al art. 105 de la LSA). La declaración del art. 446 del CCom solo puede referirse a "protecciones" del minoritario que los estatutos o el párrafo sobre las SpA excluyan, cuyo desconocimiento el adquirente no podría alegar para fundar una frustración de sus expectativas legítimas. Pero cuando esas exclusiones no se explicitan ni en los estatutos ni en el CCom, la declaración del adquirente no podría restringir la aplicación de otros medios de tutela legales, como la disolución por causa grave.

Reconocer la situación en que se hallan los accionistas poco sofisticados persigue promover la inversión, y no es en absoluto una cuestión de proteger a la parte débil.[35] Los resguardos de que gozan los accionistas minoritarios protegen el financiamiento vía capital, de menor costo en comparación con el bancario, en beneficio de todos los usuarios de la SpA. De otro modo, y mientras la legislación no introduzca una clara normativa supletoria para este tipo societario, se estaría imponiendo un significativo costo de transacción a empresas no sofisticadas que, cualesquiera fueran los objetivos de los redactores de la Ley N° 20.190,

• • •

"refleja la visión de que los propósitos de las partes son mucho más importantes que la particular forma societaria que hayan elegido".

34 Los tribunales norteamericanos interpretan los estatutos de las LLC al modo del derecho de los contratos: O'Neal; Thompson, 2019, § 6.4. Respecto de las sociedades en general, Paz-Ares sostiene que el contrato social debe interpretarse –con algunos matices– del mismo modo (Paz-Ares, 1991, p. 1325).

35 Como a veces se teme: Alcalde; Rutherford, 2018, p. 88; Illig, 2006, p. 309-311. De ahí que esta propuesta se encuentre bien alejada del "neomarxismo" que en alguna ocasión se ha criticado (Dalley, 2004, p. 222).

de 2007, son los usuarios reales de esta forma societaria. Esta solución es coherente con la evolución de la legislación en los últimos años. La Ley Nº 20.659, de 2013, procuró precisamente facilitar la constitución de SpA, de modo que adoptar un sesgo restrictivo al interpretar qué formas de protección se encuentran disponibles en caso de silencio de las partes sería un sinsentido. En fin, dado que probablemente no habrá una "próxima vez" para accionistas minoritarios de pequeñas empresas (que no diversifican la colocación de sus ahorros), abrirles alguna posibilidad de desinversión (naturalmente, dentro de los márgenes de la ley positiva) parece conforme con la equidad.

Puede así enunciarse el siguiente criterio: *entre partes sofisticadas, la disolución por causa grave de una SpA debe limitarse a situaciones excepcionales*, que ni siquiera con su experiencia en los negocios habrían podido prever (y, por lo tanto, en un margen más estrecho que el de la sociedad anónima cerrada). En cambio, *la acción está ampliamente disponible para accionistas no sofisticados*, en los mismos casos en que lo estaría para accionistas de una sociedad anónima.[36] La única diferencia entre los tipos sociales debiera venir dada porque *el accionista de una SpA deberá mostrar al juzgador motivos razonables que justificaron la elección del tipo social*, en principio diseñado para contratantes sofisticados. Esta prueba adicional que se exige al minoritario garantiza que la voluntad electora del tipo no caiga en la irrelevancia.

Veamos ahora los costos de este criterio. Una regla categórica que estableciera los precisos casos en que procede la disolución judicial de una SpA, o bien excluiría casos relevantes (falso negativo) e incluiría casos irrelevantes (falso positivo), o bien exigiría una cuidadosa previsión contractual que adapte la disolución a toda posible contingencia; de una u otra forma, supondría incurrir en mayores *costos de previsión*. Sin embargo, tal regla categórica tiene la ventaja de ser fácil de administrar: basta comprobar si el caso se ajusta a una clara descripción legal, con menores *costos de evaluación*. A la inversa, un estándar como el antes propuesto, que incorpora la valoración marginal del supuesto de hecho ("situaciones excepcionales", "ampliamente disponible", "motivos razonables") evita costos de previsión, pero supone mayores costos de evaluación, que adoptan la forma de dificultades para administrar el criterio e incertidumbre sobre el resultado. Se trata, entonces, de ponderar costos de evaluación y costos de previsión (Manterola, 2022c, p. 192-195).

Para este caso, un estándar como el propuesto es preferible a una regla categórica, sea que admitiera la procedencia de la disolución en las SpA sin más limitaciones que las propias de este mecanismo, sea que la rechazara. En el primer caso, el ahorro de costos de evaluación sería nulo, porque la propia disolución judicial se funda sobre la aplicación de un estándar, el de "causa grave" de disolución, que exige indagar las expectativas razonables de los

36 Molk (2018, p. 2172-2173) admite la disolución judicial entre miembros no expertos de una LLC.

inversionistas. A su vez, la razonabilidad de esas expectativas depende de su sofisticación, pues lo que pueden esperar las partes de un contrato es función de su capacidad de previsión. Los costos de evaluación asociados a un estándar no podrían evadirse totalmente sustituyéndolo por una regla categórica: dado el diseño chileno de la disolución forzada, tarde o temprano se llega al estándar de "causa grave" y a la indagación de la sofisticación manifestada en el proceso de negociación. En cuanto a una regla categórica que rechazara siempre la disolución por causa grave de una SpA, lo razonado previamente es suficiente para descartarla.[37]

6. Disolución judicial por conflictos con el administrador único de la SpA

Caballero y Pardow (2020, p. 311) comprueban la frecuencia con que los estatutos de las SpA sustituyen el directorio por un administrador único (84,5% de la muestra). No es una cifra sorprendente porque, aunque la administración por un directorio al modo de las sociedades anónimas cerradas es el derecho supletorio, la administración por un gerente es la opción por defecto en el formulario digital de constitución en el Registro de Empresas y Sociedades.[38]

Una rápida revisión de este registro permite observar que ese administrador único de la SpA suele ser un accionista, designado nominalmente en los estatutos. Esta cláusula es similar a la designación del llamado "administrador estatutario" en las sociedades de personas, cuya identidad funciona como cláusula esencial del contrato de sociedad y cuya remoción, por tanto, no se admite "sino en los casos previstos o por causa grave; y se tendrá por tal la que le haga indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente" (art. 2072, inc. 2°, del CC). La ley se ha puesto en el caso de que se produzcan conflictos entre los socios por causa de la administración privativa de uno de ellos, para cuya solución se vale de la disolución societaria.[39]

• • •

37 Podría argumentarse también que el arbitraje forzoso y la falta de publicidad de los laudos recomiendan una regla categórica en lugar de un estándar. La incertidumbre propia del estándar se mitiga cuando el tráfico comparte un sólido cuerpo de jurisprudencia; donde esto no es posible, una regla delimitada con precisión puede ofrecer ventajas (Black; Kraakman, 1996, p. 1916). Dada la falta de publicidad de los laudos, restringir la discrecionalidad de los árbitros podría traer beneficios; pero no parece correcto diseñar las respuestas al conflicto societario en función del arbitraje (y de sus defectos), sino al revés.

38 Consultado el 29 de diciembre de 2022. Sobre este registro, véase la Sección 2.

39 En la sociedad civil, una vez declarada judicialmente la existencia de una "causa grave" a instancias de cualquiera de los socios, esta se disuelve a menos de alcanzarse acuerdo unánime sobre su continuidad y sobre un nuevo sistema de gestión (art. 2073 del CC). En la sociedad mercantil, una vez declarado judicialmente que la gestión del administrador produce "perjuicios manifiestos a la masa común", lo que debe alegarse por la mayoría de los socios, esta misma mayoría puede optar entre la disolución o el nombramiento de un coadministrador (art. 400, inc. 2°, del CCom).

En cambio, nada se dice para el caso del administrador único de una SpA. La Corte Suprema ha afirmado que los deberes del director de la sociedad anónima deben exigirse también del administrador único de la SpA.[40] No obstante, la indemnización de perjuicios por infracción de esos deberes ofrece una débil tutela frente a posibles abusos, pues pone sobre los hombros del accionista minoritario la pesada carga de probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad del administrador, sin gozar de acceso a la información que permitirían acreditarlos. ¿Debe, entonces, admitirse la disolución judicial por actos de gestión fraudulentos sobre la base de la remisión de la SpA a las reglas de la anónima (art. 105 de la LSA)? En aplicación del criterio enunciado en la Sección 5, la respuesta depende de si se trata o no de contratantes sofisticados.

La administración privativa y permanente por un accionista es una cláusula útil entre contratantes sofisticados, como son los inversionistas en la industria del capital de riesgo.[41] La elección del tipo societario es función de la presencia de activos con valor específico a la empresa, cuya salvaguarda requiere mayor adaptabilidad colectiva de la empresa a su entorno: las normas de la sociedad de capital restringen la facultad de provocar la liquidación de la empresa para así preservar el valor de empresa en marcha (O'Kelley, 1992, p. 218-219; Rock; Wachter, 1999, p. 918-920). Así, puede asumirse que quienes constituyen una sociedad anónima o una SpA *ex ante* consideran mayor su proporción en el valor específico de los activos dentro de la empresa en marcha, que el valor asociado a la liquidez de su propia inversión personal. Por otra parte, el nombramiento de un accionista como administrador exclusivo y permanente encuentra su lógica en que una de las partes deberá hacer un esfuerzo especial en adquirir competencias con valor específico en la empresa, o en realizar cualquier otra inversión de tiempo, capacidades o relaciones que no tiene otros usos alternativos fuera de ella. El administrador privativo invierte en la sociedad no solo su dinero, sino –por decirlo de algún modo– a sí mismo. Una SpA con un accionista como administrador privativo constituiría una empresa en la que tanto los activos como las aptitudes personales de ese accionista tienen un valor específico considerable, y quizás el valor específico de cada uno estén vinculados entre sí.

Esto tiene sentido en la industria del capital de riesgo. Una compañía que busca desarrollar terapias con células madre comercializables posiblemente poseerá activos ilíquidos (con valor específico a ese objeto): instalaciones especialmente acondicionadas, equipamiento científico complejo que no tiene usos alternativos, *software* diseñado a medida, etc. Al mismo tiempo, esa compañía tendrá un científico entre sus accionistas, que dedicará varios años al estudio y la experimentación, y que puede ponerse en el caso de que, luego de descubrir

40 Véase las sentencias citadas en la nota 25.

41 Un argumento similar al que sigue ha sido utilizado para las sociedades de personas (Manterola, 2021, p. 119-123).

una terapia exitosa, los demás accionistas no sean capaces de reconocerlo y desperdicien la oportunidad, o incluso de que se la apropien y la comercialicen por su cuenta. Con toda razón, este accionista querrá gozar de una posición desde la que decidir quién tendrá acceso a ese descubrimiento, cuándo patentarlo, qué uso hacer de la patente, cuándo venderla a un tercero y cuándo darse por vencido.

En las sociedades de personas, el derecho de un socio a administrar de forma exclusiva y permanente tiene contrapesos (arts. 2072 y 2108 del CC, y 400 del CCom). En cambio, la SpA tiene duración ilimitada, no ofrece medios de desinversión y, en el caso de que aquí se trata, está atada a un administrador único e inamovible. Si bien este "estar encerrado" en la empresa es uno de los elementos que justifican la disolución judicial (Moll, 2005, p. 897-905), la situación no es problemática entre partes sofisticadas, que sabrán negociar su protección a través de pactos de accionistas que les confieran derechos reforzados o "salidas de emergencia" si los pactó; en caso contrario, *caveat socium*. Ante un conflicto con el administrador privativo, la disolución judicial reclamada por un contratante sofisticado solo debería acogerse en casos excepcionales. La cláusula de administración privativa compone intereses negociados por las partes, y su aplicación no podría entonces frustrar expectativas razonables; la tutela del minoritario debió negociarse al momento de invertir (también mediante un descuento en el precio de las acciones). Apoyarse en la indirecta referencia del art. 424, inc. 2°, del CCom a la acción del art. 105 de la LSA sería una forma sutil de eludir un contrato acordado por personas con experiencia suficiente. En contra de este razonamiento, cabría sostener que la "naturaleza" de la SpA impide tal remisión legal.

Pero estas razones no valen para contratantes inexpertos, para quienes la disolución parece una solución satisfactoria. Como sugiere Vanko (2018, p. 381-383), la ausencia de previsión contractual para el caso de paralización de los órganos sociales (*deadlock*) puede leerse como un acuerdo implícito de descansar en las reglas de disolución judicial. Ahora bien, los conflictos suscitados por una gestión fraudulenta o manifiestamente negligente, conducida por un administrador que, sin embargo, es inamovible, constituyen una forma de bloqueo asimétrico entre este y los accionistas ajenos a la administración (Vanko, 2018, p. 356-358).

Conclusiones

1. Aunque el diseño de la SpA cuadra bien con las necesidades de contratantes sofisticados, como son los inversionistas en la industria del capital de riesgo, su utilización por un espectro más amplio de personas hace crítica la necesidad de un cuerpo claro de normas por defecto y, en concreto, de determinar el alcance de la remisión del art. 424, inc. 2°, del CCom a la regulación de las sociedades anónimas cerradas, limitada por la "naturaleza" de la SpA. En concreto, surge la pregunta acerca de si la disolución judicial del art. 105 de la LSA, un importante mecanismo de protección del accionista minoritario frente a conductas oportunistas del mayoritario, es compatible con la "naturaleza" de este tipo social.

2. En la disyuntiva entre los objetivos de política pública asociados por el legislador al tipo societario de la SpA y la situación real de sus usuarios, debe hacerse primar esta última. Por tanto, entre partes sofisticadas, la disolución por causa grave de la SpA debe limitarse a situaciones excepcionales que ni siquiera con su dilatada experiencia habrían podido prever; mientras que entre partes no sofisticadas este medio de tutela se encuentra disponible en los mismos casos en que lo estaría para accionistas de una sociedad anónima, con la única carga de mostrar al juzgador motivos alternativos que justificaron la elección de un tipo previsto para otro perfil de contratantes.

3. El criterio anterior permite resolver conflictos con el administrador único de la SpA. El carácter permanente y exclusivo de su designación en estatutos trae aparejado un riesgo de abuso, pero también importantes ventajas para contratantes sofisticados, pues garantiza inversiones personales con valor específico a la empresa social. En cambio, entre contratantes no sofisticados el abuso no pudo ser previsto, y posiblemente la cláusula no les reporte ventajas significativas. Entonces, la gestión fraudulenta o gravemente negligente del administrador único justifica el recurso a la disolución judicial prevista para sociedades anónimas cerradas.

REFERENCIAS

ALCALDE, Enrique; RUTHERFORD, Romy. El abuso de la minoría en la sociedad anónima. *Actualidad Jurídica*, Santiago, v. 18, n. 38, p. 87-108, 2018.

ALCALDE, Jaime. La sociedad por acciones: naturaleza jurídica y supletoriedad normativa. *In*: CONTRERAS, Rodrigo; PARRA, Álvaro (eds.). *Estudios de Derecho Comercial*. XI Jornadas Chilenas de Derecho Comercial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024. p. 279-308.

ALESSANDRI, Arturo. *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2017.

ALFARO, Jesús. *Interés social y derecho de suscripción preferente*: una aproximación económica. Madrid: Civitas, 1995.

AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 99, n. 1, p. 87-130, 1989.

BARRIENTOS, Javier. *El Código Civil: su jurisprudencia e historia*. Edición crítica, concordada, comentada y anotada. Santiago: Thomson Reuters, 2016. v. II.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 18.046*. 22 oct. 1981. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7574/. Consultado el 29 dic. 2022.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 20.190*. 5 jun. 2007. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5361/. Consultado el 29 dic. 2022.

BLACK, Bernard; KRAAKMAN, Reinier. A Self-Enforcing Model of Corporate Law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 109, n. 8, p. 1911-1982, 1996.

CABALLERO, Guillermo; PARDOW, Diego. Cuanto más simple, mejor: análisis de las prácticas sobre la constitución y las formas de administración de las sociedades por acciones en Chile. *Revista de Derecho Privado*, Santiago, n. 39, p. 301-321, 2020.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana C. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e Economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, 2014.

COURBIS, Juan Pablo. Diagnóstico y desarrollo de la Ley N° 20.659 que simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, n. 26, p. 375-399, 2016.

DALLEY, Paula. J. The Misguided Doctrine of Stockholder Fiduciary Duties. *Hofstra Law Review*, Hempstead, v. 33, n. 1, p. 175-222, 2004.

DÍEZ DUARTE, Raúl. *La compraventa*. 2. ed. Santiago: El Jurista, 2009.

DÍEZ GARCÍA, Helena. *Contratos incompletos y acuerdos suficientes*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022.

FERNÁNDEZ, Luis. *La atipicidad en derecho de sociedades*. Zaragoza: Pórtico, 1977.

GIRÓN, José. *Derecho de Sociedades*. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1976. v. I.

HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica*, Ohio, v. 56, n. 4, p. 755-785, 1988.

ILLIG, Robert C. Minority Investor Protections as Default Norms: Using Price to Illuminate the Deal in Close Corporations. *American University Law Review*, Washington, D.C., v. 56, n. 2, p. 275-366, 2006.

JEQUIER, Eduardo. El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno). *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 9, n. 2, p. 453-498, 2011.

LAGOS, Osvaldo. *La publicidad del arbitraje*. [*s.d.*]. Disponible en: https://www.academia.edu/36665916/La_publicidad_del_arbitraje. Consultado el 29 dic. 2022.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

LIEBWALD, Doris. Law's Capacity for Vagueness. *International Journal for the Semiotics of Law*, Londres, v. 26, n. 2, p. 391-424, 2013.

MANTEROLA, Pablo. La frustración de expectativas razonables: un concepto análogo de causa grave para la disolución de la sociedad anónima cerrada chilena. *Ius et Praxis*, Talca, v. 28, n. 1, p. 20-38, 2022a.

MANTEROLA, Pablo. El lugar de la disolución por causa grave dentro de las medidas de protección al accionista minoritario de la sociedad anónima cerrada. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 49, n. 2, p. 71-101, 2022b.

MANTEROLA, Pablo. Costos de previsión y evaluación en el modelo chileno de disolución por causa grave de sociedades anónimas cerradas. *In*: BERNET, Manuel; MANTEROLA, Pablo (eds.). *Estudios de Derecho Comercial*: XII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022c. p. 187-206.

MANTEROLA, Pablo. La causa grave para remover al socio administrador estatutario en sociedades de personas: una garantía para inversiones con valor específico. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 34, n. 1, p. 111-130, 2021.

MASKIN, Eric; TIROLE, Jeane. Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts. *The Review of Economic Studies*, Oxford, v. 66, n. 1, p. 83-114, 1999.

MEANS, Benjamin. A Contractual Approach to Shareholder Oppression Law. *Fordham Law Review*, Nueva York, v. 79, n. 3, p. 1161-1212, 2010.

MILLER, Sandra K. Legal Realism, the LLC, and a Balanced Approach to the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing. *Wake Forest Law Review*, Winston-Salem, v. 45, n. 3, p. 729-748, 2010.

MOLITOR, Michael K. Eat Your Vegetables (Or at Least Understand Why You Should): Can Better Warning and Education of Prospective Minority Owners Reduce Oppression in Closely Held Businesses. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Nueva York, v. 14, n. 3, p. 491-596, 2009.

MOLK, Peter. Protecting LLC Owners While Preserving LLC Flexibility. *U.C. Davis Law Review*, Davis, v. 51, n. 5, p. 2129-2190, 2018.

MOLL, Douglas K. Judicial Dissolution of the Limited Liability Company: A Statutory Analysis. *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, Knoxville, v. 19, n. 1, p. 81-150, 2017.

MOLL, Douglas K. Minority Oppression and the Limited Liability Company: Learning (Or Not) from Close Corporation. *Wake Forest Law Review*, Winston-Salem, v. 40, n. 3, p. 883-976, 2005.

MOLL, Douglas K.; RAGAZZO, Robert A. *Closely Held Corporations*. Nueva York: LexisNexis, 2018.

O'KELLEY, Charles R. Jr. Filling Gaps in the Close Corporation Contract: A Transaction Cost Analysis. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 87, n. 1, p. 216-253, 1992.

O'NEAL, F. Hodge; THOMPSON, Robert B. *Oppression of Minority Shareholders and LLC members*. 2. ed. [*S.l.*]: Thomson Reuters, 2019.

PAZ-ARES, Cándido. Comentario al artículo 1665. *In*: PAZ-ARES, Cándido *et al.* (eds.). *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. v. II. p. 1299-1333.

REYES, Francisco. La Ley Modelo de la OEA sobre Sociedades por Acciones Simplificadas. *In*: ALCALDE, Jaime; EMBID, José Miguel (eds.). *La modernización del Derecho Mercantil*. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015). Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 369-432.

ROCK, Edward B.; WACHTER, Michael L. Waiting for the Omelet to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression in Close Corporations. *Journal of Corporation Law*, Iowa City, v. 24, n. 4, p. 913-948, 1999.

ROMERO, Alejandro. La legitimación pasiva en la acción de disolución de una Sociedad Anónima cerrada. *In*: ROMERO, Alejandro (ed.). *Cuestiones procesales civiles*: veinticuatro problemas procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 183-189.

TORRES, Óscar. *La sociedad por acciones "SpA"*. Santiago: Libromar, 2022.

VANKO, Kenneth J. Dissolution and Rational Choice: The Unique Remedial Framework for Director Deadlock under the Illinois Business Corporation Act. *Northern Illinois University Law Review*, DeKalb, v. 38, n. 1, p. 348-395, 2018.

VÁSQUEZ, María Fernanda. Sobre la necesidad de modernizar el derecho societario chileno a partir del fortalecimiento de la autonomía de la voluntad. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 43, n. 2, p. 485-521, 2016.

VÁSQUEZ, María Fernanda. Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el Derecho chileno: revisión desde una perspectiva comparada. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, v. 22, p. 107-160, 2014.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*: Firms, Markets, Relational Contracting. Nueva York: Free Press, 1985.

Pablo Manterola

Profesor de Derecho Comercial en la Universidad de los Andes, Chile. Doctor en Derecho por la misma universidad.

pmanterola@uandes.cl

V. 20
2024

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 28.10.2023
Aprovado: 19.06.2024

https://doi.org/10.1590/2317-6172202437

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.

1 University of Witswatersrand, Johannesburg, South Africa
https://orcid.org/0000-0002-3468-8347

2 University of Pretoria, Public Law, Pretoria, Gauteng, South Africa
https://orcid.org/0000-0002-6391-4112

Lyrics as Law: Teaching the South African Constitution through Socially Conscious Songs

LETRA DE MÚSICA COMO LEY: ENSEÑANDO LA CONSTITUCIÓN SUDAFRICANA A TRAVÉS DE CANCIONES SOCIALMENTE CONSCIENTES

LETRA DE MÚSICA COMO LEI: ENSINO DA CONSTITUIÇÃO SUL-AFRICANA POR MEIO DE CANÇÕES COM CONSCIÊNCIA SOCIAL

Mutondi Mulaudzi[1] and *Babatunde Fagbayibo*[2]

Abstract
The discussion of South Africa's political history is incomplete without the role of music and musicians in shaping the narrative of resistance to injustice and the quest for a better society. The violence of colonialism and Apartheid, the optimistic transition to a constitutional order, and the frustration with the post-Apartheid democratic government are documented in South African songs. While other disciplines in the humanities have explored the importance of music in South Africa's societal configuration, little attention has been given to the subject in the legal academy. As such, this article advances the argument that socially conscious songs can play a meaningful role in understanding the South African Constitution. This kind of engagement makes technical ideas and concepts relatable and enhances students' skills to see issues from a multidimensional perspective.

Keywords
Music; South African Constitution; critical legal theory; human rights; pedagogy.

Resumen
El debate sobre la historia política de Sudáfrica está incompleto sin el papel de la música y de los músicos en la formación de la narrativa de resistencia a la injusticia y de búsqueda de una sociedad mejor. La violencia del colonialismo y el Apartheid, la transición optimista hacia un orden constitucional y la frustración con el gobierno democrático posterior al Apartheid están documentadas en canciones sudafricanas. Mientras otras áreas de las humanidades han explorado la importancia de la música en la configuración social de Sudáfrica, se ha prestado poca atención al tema en el ámbito del Derecho. De esta manera, este artículo avanza el argumento de que las canciones con conciencia social pueden desempeñar un papel importante en la comprensión de la Constitución sudafricana. Este tipo de compromiso hace que las ideas y los conceptos técnicos sean identificables y mejora las habilidades de los estudiantes para analizar problemas desde una perspectiva multidimensional.

Palabras clave
Música; Constitución sudafricana; teoría crítica del Derecho; derechos humanos; pedagogía.

Resumo
A discussão da história política da África do Sul está incompleta sem o papel da música e dos músicos na formação da narrativa de resistência à injustiça e de busca por uma sociedade melhor. A violência do colonialismo e do Apartheid, a transição otimista para uma ordem constitucional e a frustração com o governo democrático pós-Apartheid estão documentadas em canções sul-africanas. Enquanto outras áreas das humanidades exploraram a importância da música na configuração

societária da África do Sul, pouca atenção tem sido dada ao tema no âmbito do Direito. Desse modo, este artigo avança o argumento de que canções socialmente conscientes podem desempenhar um papel significativo na compreensão da Constituição sul-africana. Esse tipo de comprometimento torna ideias e conceitos técnicos relacionáveis e aprimora as habilidades dos alunos para analisar questões a partir de uma perspectiva multidimensional.

Palavras-chave
Música; Constituição sul-africana; teoria crítica do Direito; direitos humanos; pedagogia.

Contribuição de autoria

Mutondi Mulaudzi
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; project administration; writing – original draft; writing – review & editing

Babatunde Fagbayibo
Conceptualization; data curation; formal analysis; project administration; supervision; writing – original draft; writing – review & editing

Como citar este artigo
MULAUDZI, Mutondi; FAGBAYIBO, Babatunde. Lyrics as Law: Teaching the South African Constitution through Socially Conscious Songs. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2437, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202437

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

The discussion of South Africa's political history is incomplete without the role of music and musicians in shaping the narrative of resistance to injustice and the quest for a better society. The violence of colonialism and Apartheid, the optimistic transition to a constitutional order, and the frustration with the post-Apartheid democratic government are documented in South African songs. While other disciplines in humanities have explored the importance of music in South Africa's societal configuration (Woodward; Sloth-Nielsen; Mathiti, 2007; Vershbow, 2010), little attention has been given to the subject in the legal academy. This attitude stems from the conservative nature of legal education, one that demands disciplinary isolation (Modiri, 2014, p. 6). In this respect, law students are generally only limited to studying legal texts such as the constitution, pieces of legislation, treaties and protocols, court judgments, and publications by legal scholars. This approach ignores the social dynamics that shape the way law is construed and the impact of its implementation on societal structures. The critical voices of social actors are excluded from the pedagogical environment, thus denying students the benefit of having a multidimensional view of the nature of the law.

This article aims to advance the argument that South African music and musicians have provided considerable material for engaging in the critical reading of the South African Constitution. In this respect, Sindane and Fagbayibo (2020) have observed that the inclusion of music in the law syllabus is an important aspect of "imagining anew". As such, this article will highlight some of the songs that speak to the critical assessment of the South African Constitution and propose measures for incorporating them into the teaching of law. The article starts with an epistemic discussion of the relationship between music and law. It then moves to a discussion of relevant songs and what they mean for critical scholarship. It ends with recommendations on how to incorporate South African music into the law curriculum.

1. Music and Law: An Epistemic Interface

Humankind has grasped the strong nexus between music and the law for centuries, and the epistemic relationship between them has evolved over time. Ancient civilisations of Europe, Asia, and Africa were able to strategically deploy music as a tool for designing and transmitting the law. The underlying rationale for this approach stems from the understanding that music is a cultural product, one that captures situational and aspirational values of a society. In addition, music was also seen as an easier mechanism for ensuring the memorisation of legal norms. In reference to the Greek civilisation, Thomas Hobbes (cited in Grossfeld; Hiller,

1 The authors would like to thank Sanele Sibanda for his valuable comments on the earlier draft of this article.

2008, p. 1150) noted: "Lawes were many times put into verse, that the rude people taking pleasure in singing, or reciting them, might more easily reteine them in memory". Similarly, in ancient India, the Rig Veda and the Law Code of Manu were committed to human memory and daily recited through musical chants as it was believed that "writing…would make people lazy about their memorization and actually shrink the human mind and the capacity for memorization" (Naegele, 2008, p. 66).

In pre-colonial African societies, the jurisprudential value of music was widely recognised, as music was instrumental in preserving and transmitting cultural precepts and norms. According to Okot p'Bitek (cited in Leman, 2011, p. 29): "The artist proclaims the laws but expresses them in the most indirect language: through metaphor and symbol, in image and fable. He sings and dances his laws". Similarly, Soyinka (1985, p. 546) observed that ethnic groups, such as the Idoma people in present-day North-Central Nigeria and the Watutsi in present-day Burundi and Rwanda, practised litigation through songs and proverbs.

Although music no longer serves the role of preserving and transmitting laws, several scholars continue to highlight the importance of appreciating its epistemic value in engaging societal normative structures. This is often done through two broad interrelated prisms. In the first one, scholars have drawn similarities between the performative techniques of both law and music. In their analysis of the similarity of performance in law and music, Balkin and Levinson (1999, p. 1518-1519) noted:

> Law, like music or drama, is best understood as performance – the acting out of texts rather than the texts themselves. The American Legal Realists distinguished "law on the books" from "law in action." Our claim takes this distinction one step further: "Law on the book" – that is, legal texts – by themselves do not constitute the social practice of law, just as music on a page does not constitute the social practice of music. Law and music require transforming the ink on the page into the enacted behaviour of others. In an important sense, there is only "law (or music, or drama) in action", in contrast to poetry or fiction, whose texts do not require performance but can be read silently to one's self. Like music and drama, law takes place before a public audience to who the interpreter owes social responsibilities. Legal, musical, and dramatic interpreters must persuade others that the conception of the work put before them is, in some sense, authoritative. And whether or not their performances do persuade, they have effects on the audience.

In the same vein, Manderson (2010, p. 1) argued that law and (classical) music "are both performative disciplines…concerned with practices of textual interpretation, and with questions of the authority of those texts and the legitimacy of those interpretations". Grossfeld and Hiller (2008, p. 1153) referred to how statutes have been likened to musical scores, legislators to music composers, and conducting courtroom trials to performing a sonata.

The second prism deals with how scholarly writings have highlighted the role of music in enhancing the critical study of the law. In fields such as international law, criminal justice, human rights, family law, and intellectual property, legal scholars have shown the extent to which socially conscious lyrics can expand students' knowledge (Fagbayibo, 2019; 2023; Newman, 2018; cummings, 2019; Bridgewater; cummings; Tibbs, 2015). By providing relatable contexts, this exercise humanises otherwise technical, abstract concepts. In the context of this article, the inclusion of South African music in the classroom can achieve three main goals:

: Serves as an interesting tool for engaging with otherwise rigid materials, thus making it more useful for students.

: Due to the multiple ways in which lyrics and visual representations of music can be interpreted, music facilitates debate and discussion on various legal topics and themes.

: Provides students with the skills to engage with legal issues through multidimensional, multi-, inter- and trans-disciplinary lenses.

These points are addressed in the subsequent sections of this article.

2. A Musical (Re)Reading of the South African Constitution

The South African Constitution tells a story, one that may be described as a legal form of storytelling. It actively speaks about South Africa's history while telling a story about an enigmatic, yet optimistic future. In other words, it contains legal narratives of South Africa's past, present, and future. As discussed above, the relationship between various modes of storytelling, including music, and pedagogy is not random or even arbitrary. One of the primary criticisms of legal education in South Africa is its inability to equip students with the understanding of the law as a social dimension as opposed to technical black letter law that exists in a silo and is beyond or outside of our society (Modiri, 2016). In order for legal practitioners, judges and any other interpreters of our law to analyse the law effectively, they must have an understanding of the historical underpinnings of the law and the existing implications of that history. Music as a tool for legal education thus presents an opportunity for teaching law in a contextualized manner, as it exposes the reality and conditions in which it was composed. In other words, music has the potential to tell a story that is representative of the societal dimensions of our law.

The South African Constitution, the supreme law of our country, is the perfect example of how we can merge the seemingly (or potentially) unconventional relationship between legal

education and music. Constitutions are often, if not always, representations and responses to political instability or social oppression and anticipate a shift from the historical inequality that has shaped a particular jurisdiction. For example, the preamble of the Rwandan Constitution (2003) explicitly references the tragic 1994 Genocide: "Conscious of the genocide committed against Tutsi that decimated more than a million sons and daughters of Rwanda, and conscious of the tragic history of our country". Similarly, the preamble of the Kenyan Constitution (2010) also notes its history of colonial imperialism by making specific mention of "those who heroically struggled to bring freedom and justice". In essence, Constitutions often signify a transition from one place (often an oppressive place marred by injustice) such as dictatorships or colonialism and inequality to a more hopeful, and potentially democratic, equal place.

The South African Constitution is a response to a history of colonial imperialism and Apartheid, a history of legally sanctioned inequality and injustice. The 1996 Constitution and much of the laws and jurisprudence that have come after its enactment are, therefore, a perfect example of the importance of law in context, and music can play a meaningful role in critically exploring these contexts. Indeed, scholars have debated and critically engaged with the role that law should play in the social transformation of South African society (Klare, 1998; Van Marle, 2000; Madlingozi, 2007; Modiri, 2012). Scholars have also argued for an approach to constitutionalism and the interpretation of Constitutions that place less emphasis on a rigid and formalistic notion of the law. They argue, instead, for an approach to constitutionalism that is formal on the one hand, but also sociological on the other. In other words, engagement with the Constitution must recognise "a societal engagement with foundational rules" and an emphasis on the societal context (Blokker, 2017).

The relationship between constitutional norms and artistic expression is well-represented in the South African context. Art was strongly embedded in the anti-Apartheid movement within and outside the country. The most common example is the relationship between music and resistance. Musicians all over the world participated in the use of music as a form of resistance. Music, as discussed further below, was often used as a critique of Apartheid and a way to promote awareness of the atrocities caused by this system. In South Africa, music also played an important role in protest culture on the ground (Le Roux-Kemp, 2014). Protest music was lyrically composed with the intention to highlight the political climate and the effects of Apartheid on black South Africans, becoming an important tool for activists. As is discussed below, the incorporation of music in protest culture continues to be crucial in South African politics.

The relationship between art and law is also reflected in the Constitutional Court's art collection. The collection, which is described as a "visual interface between art and justice for the public entering the highest court in South Africa", consists of over 600 pieces (Constitutional Court Art Trust, [*s.d.*]). It includes artworks that also belong to the Court's architecture. All of the pieces at the Court symbolise South Africa's transitional justice process and

explore themes such as human rights, social justice, and reconciliation. Garnsey (2016) describes the collection as a visual jurisprudence framed around the right to human dignity in the South African Bill of Rights.

2.1. The South African Constitution as a Monumental and Memorial Story

According to du Plessis (2000, p. 385), the South African Constitution is a narration of both memory and promise. He observes that the ability of the Constitution to fulfil its promises is anchored to how we deal with it as a memory (du Plessis, 2000, p. 385). Du Plessis (2000, p. 385) identifies the Constitution as both monumental and memorial. These two approaches, although contradictory, can co-exist and benefit the promises set out in the Constitution. For du Plessis (2000, p. 386), monumental constitutionalism represents remembrance and celebration, whereas memorial constitutionalism has elements of remembrance, however, it commemorates. He separates parts of the Constitution into these two categories. Provisions that highlight constitutional values such as sections 1, 7, and 36 as well as chapters 3 and 10, are monumental (du Plessis, 2000, p. 386-387). They highlight the optimistic side of the constitution such as its grounding within the principles of non-racism and non-sexism, the advancement of human rights, cooperative governance, value-based limitations of rights, and the values of public administration (du Plessis, 2000, p. 386-387). Memorial constitutionalism signifies a constitution that is still coming to terms with an undecided future and still getting to grips with a particular future (du Plessis, 2000, p. 393).

For the purpose of this article, we use elements of the distinction between the monumental and the memorial modes of memory set out by du Plessis to split some of the music we have selected for our (re)reading of the Constitution into two groups. These modes of memory help us develop a contextual analysis of the selected music for the (re)reading of parts of the constitution. Some of the pieces in the musical rereading highlight the monumental position as they symbolise the wave of hope that was introduced in 1994, which heralded the enactment of the democratic Constitution in 1996. These songs represent the constitutional vision for an equal society, based on the values set out in the Constitution. They are a melodic representation of the Constitution and the rights-based progress that has been made. The other compositions engage more with the memorial mode by (re)telling stories that highlight the injustices of the past and the present. In other words, it highlights the context of the disadvantaged and dispossessed in post-Apartheid South Africa.

FIGURE 1 – **IMAGINING THE SOUTH AFRICAN CONSTITUTION AS AN ALBUM (FRONT COVER)**



Source: Photograph © Musa Nxumalo (published in this article with Mr. Nxumalo's permission), Isigxagxa (16 shots exhibition, 2017, Johannesburg), designed by the authors.

FIGURE 2 – **IMAGINING THE SOUTH AFRICAN CONSTITUTION AS AN ALBUM (BACK COVER)**



Source: Designed by the authors.

Figures 1 and 2 above imagine the South African Constitution as a concept album design. The album is titled "The Republic", and the front cover features an image of a young man taken at a protest in 2017, symbolising the ongoing struggle for rights in South Africa. The tracks on the album reflect various aspects of the legal landscape in South Africa during Apartheid. Themes include racial segregation, land dispossession, cultural erasure, and the marginalisation of black women. *Disc I* ends with a track representing the bridge to the Interim Constitution of 1993. *Disc II* symbolises a democratic South Africa with reprises that represent the constitutional efforts to address and repair the Apartheid legal landscape on *Disk I* and the injustices of the past.

2.2. The Soundtrack: Constitutional Storytelling and Analysis through Music

The standard elements of a story timeline consist of a beginning, a middle, and an end as well as the time and setting. Some narratives also include an exposition, which features the history and other details of the past that are essential for understanding the story. The passing of the 1996 Constitution is not the beginning of the story. The story of the 1996 Constitution includes an exposition that expresses the historical context necessary for comprehending its existence. In other words, if the constitutional story were a contemporary music album, the adoption of the 1993 interim Constitution and the 1996 final Constitution would be an interlude, an intervening period in an ongoing composition (see Figures 1 and 2 above). The picture we are attempting to paint with the analogy above speaks to the purposive and contextual interpretations of the Constitution (Currie; De Waal, 2013, p. 135-142). In order for the Constitution to fulfil its promise of an equal society, readings and interpretations of South Africa's constitutional story cannot be ahistoric. Engaging with an ahistorical study would lead to the misreading and misinterpretation of the Constitution as a document that is divorced from the history of South Africa. In this respect, section 39 of the 1996 Constitution compels interpreters of the Constitution to "promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights". Similarly, music requires contextual interpretation, as it must be understood and interpreted according to the time, place, and climate in which it was written (Manderson, 2010).

It is clear from the preamble to the Constitution that the story of a constitutional South Africa did not begin with the adoption of the 1996 Constitution. The preamble to a Constitution acts as an exposition and prologue to the story that the Constitution tells. It could also be equated to the opening sequence song of a TV show or the opening title of a musical. The South African Constitution's preamble and the founding provisions, as set out in section 1 of the Constitution, work as the opening title for our musical rereading. As mentioned above, the preamble falls under monumental and memorial modes of memory. By setting out the intention to heal the divisions of the past and improve the lives of all citizens, it reminds us of the injustices of the past, whilst simultaneously celebrating the hope for a better future.

It also highlights the importance of interpreting the Constitution as a response to our history by its call to "recognise the injustices of our past; honour those who suffered for justice and freedom in our land" (Constitution of the Republic of South Africa, 1996). Furthermore, it highlights that one of its purposes is to "heal the divisions of the past [...]". A major part of the anti-Apartheid revolution was the adoption of music as a tool for protest against injustice, both locally and internationally. Songs by anti-Apartheid activists were released and often banned by the authorities. These included songs such as Stevie Wonder's "It's Wrong (Apartheid)", which compared Apartheid to slavery and the Holocaust; Miriam Makeba's "Sophiatown is Gone" (1977), which recalled the forced removal of black, coloured and Indian communities for the creation of white-only suburbs and epitomised the need for eviction laws and housing rights; and Abdullah Ibrahim's "Mannenberg", a jazz composition without lyrics, which was the anti-Apartheid anthem for Cape Town and symbolised the experience of coloured people in Apartheid South Africa (Mason, 2007). The preamble also highlights the promises that the Constitution makes. It presents its constituents with hope for a better tomorrow and shifts to an identity marred by the brutality of imperialism and brutality toward an equal future for everyone.

Also, several contemporary pieces invoke hopeful promise and modes of memory. An example is Freshlyground's "Doo Bee Doo" (2004). The song speaks of the achievement of freedom and a life thereafter wherein all people can live together in harmony. The lyrics set out at the beginning of freedom in South Africa:

> Politicians have agreed
> To honour and obey
> They'll come down and listen
> To what the people say

Adopting monumental modes of memory, this song celebrates the transition to a democratic South Africa. Furthermore, it explores themes such as unity, peace, and the onset of freedom and democracy by describing the excitement around the introduction of voting rights and other politics for disenfranchised South Africans. It also alludes to the "conclusion" of the transitional period in South Africa and the euphoria that engulfed the country at the time.

Similarly, Brenda Fassie's "My Black President" (1990) adopts both the monumental and memorial modes by using the detention and subsequent release of anti-Apartheid figure, Nelson Mandela, to explore human rights issues. This includes themes such as police brutality and torture, the persecution of anti-Apartheid activists in the 1960s, the liberation movement, and, finally, a depiction of what the release of Nelson Mandela meant for black South Africans. In this case, Brenda Fassie monumentalises his release while memorialising his detention.

The memorial mode of memory is focused on people's day-to-day lives. In other words, "it commemorates past (and present) victims of gross human rights violations, socio-economic inequalities and injustices in their daily (public and private) lives" (Modiri, 2012, p. 249). The current political climate and discourse on transformative equality and economic transformation in South Africa (Sibanda, 2011) present a unique opportunity to use music to juxtapose black disenfranchisement at the height of rights-based discourse in the 1970s and 1980s with current discourse and critical readings of the Constitution. In particular, it focuses on the failure of the Constitution to transform the lives of people in South Africa, as promised in its preamble. Freshlyground presents another piece of music that is useful for the interpretation of some of the failures of the Constitution to achieve transformation. Freshlyground's "Banana Republic", released more than ten years after the more hopeful "Doo Bee Doo", explores opposing themes related to the failure of the constitutional promise such as the collapse of schools, emergency, insecurity, and the absence of opportunity:

> All your people dying in freedom
> Suffering a profound lack of leading
> Are you even there when we call? Are you a human, man?
> Full of lies, can't believe what I'm hearing
> From your lips a river of scheming
> Poisoning all the water we're drinking

Socially conscious music is a useful tool for the rereading of the South African Constitution in the context of teaching and understanding the Bill of Rights and rights-based discourse. In this respect, it is useful for understanding labour rights, prisoners' rights, the right to education, and the right to equality among others. These compositions highlight the memorial and monumental modes of memory associated with the promise of the Bill of Rights while guiding students and teachers towards contextual interpretations of the rights discourse. We have selected three rights to show the relationship between human rights and music as well as how music can be used as a tool for teaching human rights and constitutional law.

The first ones we have identified are labour rights and employment equity (under the right to equality in section 9 of the Constitution). The preamble of the Employment Equity Act no 55 of 1998 (EEA) reminds us of the context of economic inequality, disparity, and disadvantage in South Africa. The EEA also deals with the introduction of affirmative action in labour rights discourse in South Africa. The EEA defines affirmative action as "measures designed to ensure that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels in the workforce of a designated employer." The designated group refers to black people, women, and people with disabilities (EEA, 1998). Affirmative action is the theme of Lucky

Dube's 1995 composition titled "Affirmative Action". This song presents an interesting opportunity for facilitating discussions on labour rights discourse and debates in South Africa.

One of the major areas of the debate was, and continues to be, the introduction of affirmative action policies in South Africa (Ramalekana, 2022). Questions on the purpose, effectiveness, and fairness of affirmative policies; the stigma attached to these policies, and the relationship they have with formal and substantive equality have been central themes in employment equity laws and jurisprudence (Adam, 2000; Alexander, 2007; Ramalekana, 2022). Lucky Dube's composition presents a perspective on the debates that still surrounds employment equity policies in South Africa:

> For people like you Georgie
> Who still live in the past
> When you couldn't do things
> For yourself, you blamed it on Apartheid

An initial reading of the first verse of the song alludes to anti-affirmative action rhetoric and the stigma that is often attached to affirmative action policy and its beneficiaries (Ramalekana, 2022). However, a further and fuller reading of the composition may allude to a criticism of the abuse of affirmative action policies rather than an affirmation or confirmation of anti-affirmative action rhetoric. Dube presents an interpretation of affirmative action as a system that is abused by unqualified politicians instead of upskilling beneficiaries:

> We are tired of people who
> Think that affirmative action is the way out
> And, is another way of putting puppets

Dube's descriptive term "putting puppets" is one that has found expression in South Africa's political lexicon as "cadre deployment". Critics note that cadre deployment has been used by the ruling party, the African National Congress (ANC), to place loyal party members with little or no requisite qualifications in strategic government positions, a factor that has led to gross inefficiency of state institutions and widespread corruption (Swanepoel, 2021). Dube stresses the prioritization of access to education over the nominal implementation of affirmative action:

> Education is still the key
> Even though we have Affirmative action

Dube's composition shows the benefit of using musical pieces in the classroom to introduce concepts and facilitate discussion. Whether intentionally or unintentionally, this piece can be interpreted in several ways and may bring forward different perspectives and opinions.

This song may be used for teaching human rights law (labour rights themes) and labour law (employment equity themes) modules.

The application of the Bill of Rights to juristic persons (section 8 of the Constitution), and fair labour practices such as the right to strike (section 23 of the Constitution) are also common themes in contemporary South African music. Unfair labour practices such as unsafe working conditions, low wages, and the violent policing of strike action in mining companies have always been a problem in South Africa (Magaziner; Jacobs, 2013). South Africa has experienced major strike action such as the African Mine Worker's Strike in 1946 to the Marikana Massacre in 2012. This is highlighted in DJ Bongz's "Underground":

> Is it safe to be underground
> Is it safe enough to work underground
> Tell me, cause my man is digging for gold, and I don't know whether
> He'll sleep home tonight

The second theme we have identified is the right to education and to protest, as well as the rights of arrested, detained, and accused persons. Scholars have explored the debates around the meaning of the right to education, the inclusion of disenfranchised people in higher education (Kenyon; Madlingozi, 2021), and the right to be taught in one's language (Munyai; Phooko, 2021). They have also analysed the linkages between the fight against the Bantu education systems in 1976 and the 2015/2016 "Fees Must Fall" movements (Ndlovu, 2017; Kenyon; Madlingozi, 2021). The 1976 uprising has been the central thesis of several South African music pieces. An example of this is Miriam Makeba's "Soweto Blues", which was penned by Hugh Masekela. Makeba sings of how the news of the banning of Bantu languages from the education system affected students and the effect of protest action on black families. Although "Soweto Blues" is about education in 1976, language and education remain topical with growing jurisprudence on the right to be educated in one's home language.

Access to education is often interlinked with protest action met with police brutality, arrests, and the infringement of rights. This was the case in 1976 and during the "Fees Must Fall" protests in 2015/2016. Regarding the 1976 protests, Makeba sang:

> That's when the policemen came to the rescue
> Well children were flying, bullets, dying
> Oh the mothers screaming and crying

The brutal police response to uprisings has had a devastating impact on black families. With this, Makeba and Masekela explore themes such as police brutality as an affront to the right to protest, the relationship between language and education, and the impact of the infringement of rights on family life and society.

Contemporary musicians like Thandiswa Mazwai (in *Belede*) and Zoe Modiga (in *Intsha*) have also stressed this theme. In her offering titled "Belede", Thandiswa offers the perfect tool for a musical (re)reading. Her album analyses this painful experience as almost a revival of 1976. "Belede" was released in 2016, at the height of the "Fees Must Fall" protests. The album is a compilation of songs in which she samples and/or covers the work of musicians who were known for anti-Apartheid music in the 1970s and 1980s. The opening track is a cover of Letta Mbulu's "Jikijela" (Don't Throw Stones). Mazwai noted that Mbulu's "Jikijela" was a way to express sadness at the violence meted out to the student movement during the "Fee Must Fall" protest, pointing out that history does not live in the past (Nkosi, 2016). Her cover starts with a sample of the voice of a young woman who was arrested during a protest. She asks, "From who must I run?". She samples another voice that answers: "We understand and we know clearly who the enemy is". The last voice she samples says "Our futures and the futures of our children are at stake." This strongly mirrors the themes we have extracted from Makeba's "Soweto Blues". The works of Mazwai, Masekela, and Makeba, could similarly be used as an analytical tool of the law. Mazwai's criticism of history as issues that persist in our current realities is a key example of some of the rights-based discourse and debates in the areas of constitutionalism and decolonial theory.

This is in stark contrast to HHP's "Harambe", which is monumental rather than memorial. In HHP's 2004 composition, the constitutional goals of equality, human dignity, freedom, and access to socio-economic opportunities for black people in South Africa had already been achieved. HHP addresses the banning of hate speech with lines such as:

> I'm not the political type
> Not the type to fake an image for the sake of this whole consciousness hype
> Never been called a kaffir before (Serious?)

He further engages with the right to peaceful protest:

> Can't say what tear gas smelled like
> Can't even imagine what a rubber bullet on your back felt like
> Can't imagine holding guns in my palms
> Can't imagine ke go bona (seeing you) carrying Hector Pieterson in your arms

The song, then, delves into language and education rights, as well as freedom of movement:

> But it's because of you that I don't speak Afrikaans today
> I have a chance today, because of you, Joe, I can dance today
> Without having to show you my pass

Furthermore, he highlights the rights to economic freedom, equality, and education:

Self-employed because of you, I don't call no one a baas
Because of you, Joe, I'm educated
Because of you, the black youth of today is emancipated

An analysis of HHP's "Harambe", considering the time and context it was written, provides an opportunity to understand the constitutional story in context. In "Harambe", the South African dream has been realised. HHP's rights-based discourse must, however, be understood in that context. The feelings about the South African dream ten years after Apartheid and more than twenty years after it are in stark contrast. Discourse on hate speech in the 1990s differs from the early 2000s and the present time. In the past decade, the courts have seen an increase in hate speech cases and have to grapple with the nuances of the meaning of freedom of expression and the prohibition of hate speech (Dugard; Sánchez, 2021). Like Mazwai, HHP discusses the impact of police brutality as a response to peaceful protest action. In "Harambe" (2004), protest action and police presence in schools no longer exist in South African schools, whereas Mazwai's "Jikijela" (released in 2016) highlights the continuation of the violent policing of protests in South Africa. Youth unemployment rates are also at their highest level, and the socio-economic divide is widening (Parker, 2022).

3. Teaching the South African Constitution through Music: Some Recommendations

The analysis above shows that there is enough material to enhance the critical teaching of the South African Constitution through music. To ensure that this becomes a reality, law schools and teachers have to engage in more proactive and creative pedagogical practices. As Al Attar and Tava (2009, p. 10) observed, critical scholars have to actively confront and sidestep institutional and hegemonic obstacles by "undertaking reform at the periphery". This means that scholars should not wait for "order from above" or be constrained by excessive bureaucracy before designing and implementing programmes and modules to enhance the critical consciousness of learners. In the context of the subject matter of this article, we propose two options: designing a stand-alone law module on music and constitutional law in South Africa and incorporating music into existing undergraduate law modules.

The option of designing a stand-alone module that looks at the nexus between music and the legal order already exists in the U.S. In 2012, U.S. law academics, Donald Tibbs and andre douglas pond cummings, designed an elective law module called "Hip Hop and the American Constitution", the first of its kind in any American law school (cummings, 2019, p. 8). This course was built upon the scholarly works both academics have jointly and individually published in the preceding years (cummings, 2019, p. 8). A stand-alone module of this nature can

be designed at both undergraduate and/or postgraduate levels. Another important point was the publication of an edited anthology (which served as the textbook for the module), "Hip Hop and the Law", of works by several scholars on how lyrics have challenged existent laws in the U.S. (cummings, 2019; Bridgewater; cummings; Tibbs, 2015). This approach provides law scholars with a template that can be adopted and adapted to suit the South African context. While there is very little scholarly consideration of the link between music and the South African Constitution, scholars can start with distilling relatable concepts and ideas from existing scholarship in other jurisdictions, and then create a module around this. Such an approach has the potential to inspire law lecturers to publish more works on this topic and use feedback from students to enrich the module. In addition, it will spark conversation and dialogue across law schools in the country, with scholars sharing ideas and strategies on theories and the practicalities of implementing the module.

The second option refers to incorporating ideas and lyrics into existing law modules. Lecturers teaching undergraduate and postgraduate modules such as constitutional law, jurisprudence, customary law, human rights, criminal law, legal interpretation, and international law can begin experimenting by introducing relevant lyrics to students and showing how such songs can assist with enhancing their knowledge. In the classroom, music can be used to present course material and facilitate discussion. Music and lyrics can also be used in assessments. In both formative and summative assessments, students can be provided with lyrics of a particular song or songs and then asked to provide a discussion of how such lyrics explore and/or challenge legal ideas and the constitutional order (Fagbayibo, 2019). The advantage of this option is that, unlike the first option, it has less cumbersome processes, as lecturers can start to incorporate music into their teaching practices and into course material and literature as required reading. In this respect, we identify and briefly discuss below three modules in which music can be incorporated into teaching and assessment methods. This includes modules such as legal interpretation, constitutional/human rights courses, and labour law. We further provide examples of formative and summative assessment questions.

The selection of music discussed in our (re)reading of the Constitution speaks to both options. The playlist (see Figure 3 below) may be used for facilitating teaching and classroom discussions in various law modules. The first, and most obvious one, is the incorporation of the playlist into teaching methods for legal interpretation. Much of the discussion above focuses on the importance of contextual and holistic interpretations of the law.

The first course that we have identified for incorporation is legal interpretation. South African theories of interpretation such as the text-in-context approach, the influence of the supreme constitution, the mischief rule, and the preamble as an internal language tool for interpretation (Botha, 2012) are all principles of legal interpretation that can be taught with the use of music. Box 1 shows examples of legal interpretation questions based on music.

BOX 1 – **LEGAL INTERPRETATION QUESTIONS**

Using Stevie Wonder's "*It's wrong (Apartheid)*" and Freshly Ground's "*Doo Bee Doo*", discuss the interpretative value of the preamble to the constitution. Refer to a case law in your answer.

Using HHP's "*Harambe*", discuss the aim of the mischief rule in the context of freedom of expression and the new hate speech act. Refer to a case law in your answer

Source: Elaborated by the authors.

Similarly, contextual, purposive, and historical dimensions of interpretation are also central to constitutional law and human rights law modules and courses. Students are taught the interpretation of the Bill of Rights in terms of section 39 and the various methods of interpretation of the Bill of Rights. This includes purposive, generous, contextual, and systematic interpretation (Currie; De Waal, 2013). Students are taught to use these tools of interpretation when engaging with a particular right. For example, the right to education and the jurisprudence on the right to be educated in your home language or language of choice in section 29(2). Box 2 shows an example of a human rights law question based on music.

BOX 2 – **HUMAN RIGHTS LAW QUESTION**

"Never been called a kaffir before (Serious?)
Can't say what tear gas smelled like
Can't even imagine what a rubber bullet on your back felt like
Can't imagine holding guns in my palms
[...]
But it's because of you that I don't speak Afrikaans today
I have a chance today, because of you, Joe, I can dance today
Without having to show you my pass"
HHP, *Harambe* (2004)

Identify and discuss the content of the rights alluded to in the excerpt above. In your answer, discuss the disenfranchisement of specific groups in pre-constitutional South Africa versus the position established by the Bill of Rights.

Source: Elaborated by the authors.

The last question deals with labour law (Box 3).

BOX 3 – **LABOUR LAW QUESTION**

"…while stigma is a pervasive and persistent predicament that attaches to the beneficiaries of affirmative action, it is not caused by affirmative action. Stigma predates and operates independently of affirmative action. It is rooted in unequal power relations inherent in systems of domination and oppression, in the South African employment context - white supremacy, patriarchy and ableism." – Nomfundo Ramalekana

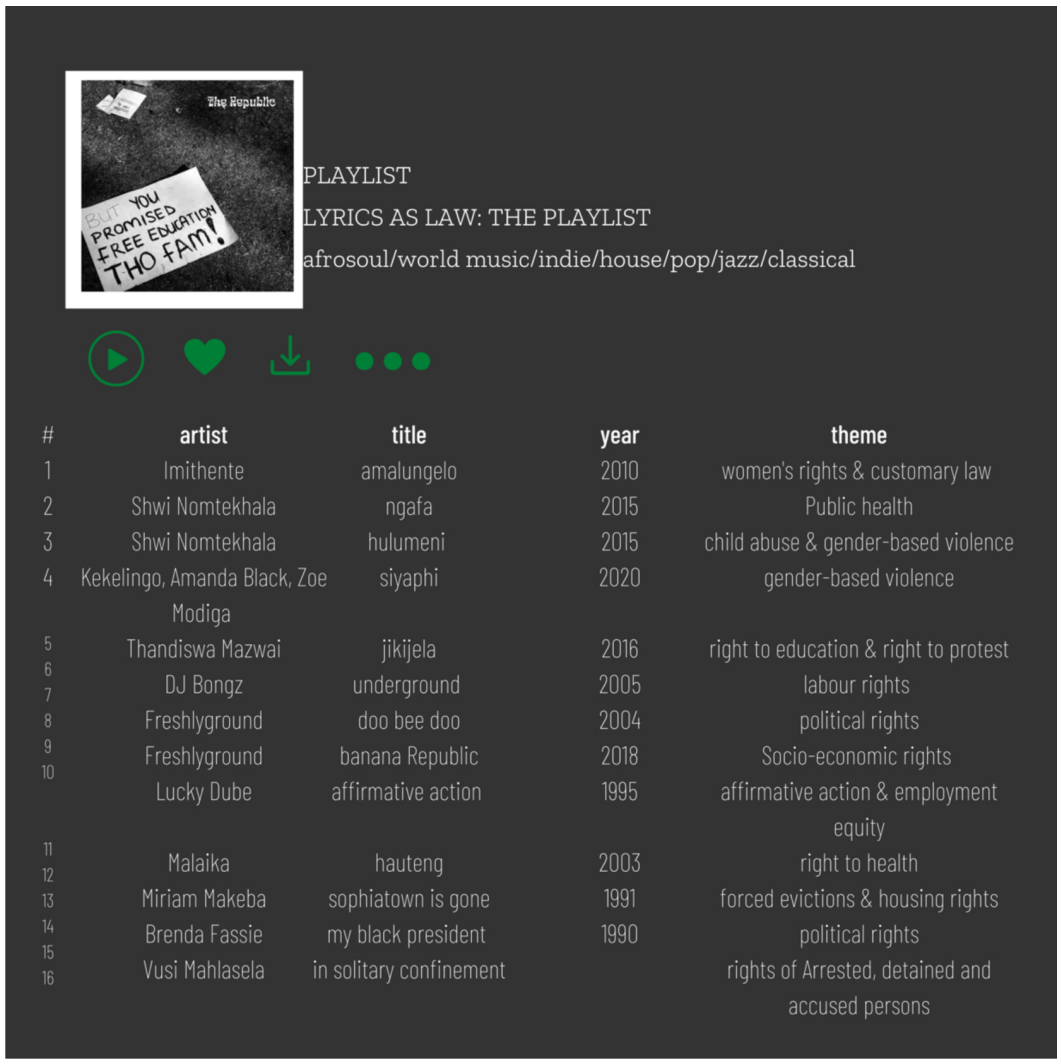
"You blamed it on the government and everybody
Now is the time to prove yourself
If you think affirmative action
Is the way out... no way... no way"
Lucky Dube

In light of the quotations above, write an essay on stigma and affirmative action policies. Refer to the case law and articles

Source: Elaborated by the authors.

The examples above demonstrate how music and lyrics can be incorporated into assessment methods. Music can be used in the design of both short-form and long-form questions. Like the use of scholarly articles for drafting essay questions, music can also be used as a textual reference for enhancing student's cognitive ability. Similarly, students can be encouraged, individually and collectively, to create songs that they feel are relevant to addressing socio-political and economic issues in the country.

FIGURE 3 – **AN EXAMPLE OF A PLAYLIST FOR TEACHING SOUTH AFRICAN CONSTITUTION THROUGH MUSIC**



#	artist	title	year	theme
1	Imithente	amalungelo	2010	women's rights & customary law
2	Shwi Nomtekhala	ngafa	2015	Public health
3	Shwi Nomtekhala	hulumeni	2015	child abuse & gender-based violence
4	Kekelingo, Amanda Black, Zoe Modiga	siyaphi	2020	gender-based violence
5	Thandiswa Mazwai	jikijela	2016	right to education & right to protest
6	DJ Bongz	underground	2005	labour rights
7	Freshlyground	doo bee doo	2004	political rights
8	Freshlyground	banana Republic	2018	Socio-economic rights
9	Lucky Dube	affirmative action	1995	affirmative action & employment equity
10				
11	Malaika	hauteng	2003	right to health
12	Miriam Makeba	sophiatown is gone	1991	forced evictions & housing rights
13	Brenda Fassie	my black president	1990	political rights
14	Vusi Mahlasela	in solitary confinement		rights of Arrested, detained and accused persons
15				
16				

Source: Photograph © Musa Nxumalo (published in this article with Mr. Nxumalo's permission), "The Promise" (16 shots exhibition, 2017, Johannesburg), designed by the authors.

CONCLUSION

In this article, we have attempted to advance the importance of incorporating music into the study of law in South African universities. Indeed, South African songs provide an important opportunity for engaging in the critical analysis of constitutional norms and values. In addressing this point, this article has explored songs that speak to human rights issues. Furthermore, we have provided examples of how these songs can be incorporated into teaching assessments. In addition to the songs referenced above, there are several other songs (both local and international) that can be used in the critical teaching of the law. We hope educators in South Africa, and other parts of the continent, will begin to use music in law classrooms thus engaging students in new and interesting ways of grasping existential issues. Additionally, we hope that music composition as a form of literature will make its way into law classrooms and scholarship.

REFERENCES

ADAM, Kanya. Affirmative Action and Popular Perceptions: The Case of South Africa. *Society*, [*s.l.*], v. 37, n. 2, p. 48-55, 2000.

AL ATTAR, Mohsen; TAVA, Vernon. TWAIL Pedagogy – Legal Education for Emancipation. *Palestinian Yearbook of International Law*, [*s.l.*], v. 15, n. 7, p. 8-39, 2009.

ALEXANDER, Neville. Affirmative Action and the Perpetuation of Racial Identities in Post-Apartheid South Africa. *Transformation: Critical Perspectives on Southern Africa*, [*s.l.*], v. 63, n. 1, p. 92-108, 2007.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. Interpreting Law and Music: Performing Notes on 'The Banjo Serenader' and 'The Lying Crowd of Jews'. *Cardozo Law Review*, New York, v. 20, ns. 5-6, p. 1513-1572, 1999.

BLOKKER, Paul. The Imaginary Constitution of Constitutions. *International Journal of Social Imaginaries,* [*s.l.*], v. 3, n. 1, p. 167-193, 2017.

BOTHA, Christo. *Statutory Interpretation*: An Introduction for Students. Cape Town: Juta, 2012.

BRIDGEWATER, Pamela; CUMMINGS, andre; TIBBS, Donald (eds.). *Hip Hop and the Law.* Durham: Carolina Academic Press, 2015.

CONSTITUTION OF RWANDA. 2003 (Rev. 2015). Available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Rwanda_2015. Accessed on: 19 Oct. 2023.

CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. 1996. Available at: https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1. Accessed on: 19 Oct. 2023.

CONSTITUTIONAL COURT ART TRUST. *About the Constitutional Court Art Collection*, [s.d.]. Available at: https://ccac.concourttrust.org.za/the-collection#:~:text=About%20the%20Constitutional%20Court%20Art,highest%20court%20in%20South%20Africa. Accessed on: 19 Oct. 2023.

CUMMINGS, andre. Teaching Social Justice through "Hip Hop and the Law". *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 42, p. 1-48, 2019.

CURRIE, Ian; DE WAAL, Johan. *The Bill of Rights Handbook*. 6th ed. Cape Town: Juta, 2013.

DU PLESSIS, Lourens. The South African Constitution as Memory and Promise. *Stellenbosch Law Review*, [*s.l.*], v. 11, n. 3, p. 358-384, 2000.

DUGARD, Jackie; SÁNCHEZ, Angela María. Bringing Gender and Class into the Frame: An Intersectional Analysis of the Decoloniality-As-Race Critique of the Use of Law for Social Change. *Stellenbosch Law Review*, [*s.l.*], v. 32, n. 1, p. 24-46, 2021.

EMPLOYMENT EQUITY ACT (EEA). Department of Employment and Labour. *Act. n. 55, 19 Oct. 1998, South Africa*. Available at: https://www.labour.gov.za/DocumentCenter/Acts/Employment%20Equity/Act%20-%20Employment%20Equity%201998.pdf. Accessed on: 19 Oct. 2023.

FAGBAYIBO, Babatunde. Choral Intervention: Reimagining International Law Pedagogy in Africa through Music. *The Law Teacher*, [*s.l.*], v. 57, n. 1, p. 55-68, 2023.

FAGBAYIBO, Babatunde. Critical Pedagogy of International Legal Education in Africa: An Exploration of Fela Anikulapo-Kuti's Music. *In*: ADEOLA, Romola *et al.* (eds.). *The Art of Human Rights*: Commingling Art, Human Rights and the Law in Africa. Cham: Springer, 2019. p. 7-22.

GARNSEY, Eliza. Framing Human Dignity: Visual Jurisprudence at South Africa's Constitutional Court. *Australian Journal of Human Rights*, [*s.l.*], v. 22, n. 2, p. 81-102, 2016.

GROSSFELD Bernhard; HILLER, Jack. Music and Law. *International Lawyer*, Dallas, v. 42, n. 3, p. 1147--1180, 2008.

KLARE, Karl. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, [*s.l.*], v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

KENYON, Kristi Heather; MADLINGOZI, Tshepo. 'Rainbow Is Not the New Black': #FeesMustFall and the Demystification of South Africa's Liberation Narrative. *Third World Quarterly,* [*s.l.*], v. 43, n. 2, p. 1-19, 2021.

LE ROUX-KEMP, Andra. Struggle Music: South African Politics in Song. *Law and Humanities Journal*, [*s.l.*], v. 8, n. 2, p. 247-268, 2014.

LEMAN, Peter. African Oral Law and the Critique of Colonial Modernity in the Trial of Jomo Kenyatta. *Law and Literature*, [*s.l.*], v. 23, n. 1, p. 26-47, 2011.

MADLINGOZI, Tshepo. Post Apartheid Social Movements and the Quest for the Elusive 'New' South Africa. *Journal of Law and Society*, [*s.l.*], v. 34, n. 1, p. 77-98, 2007.

MAGAZINER, Daniel; JACOBS, Sean. Notes from Marikana, South Africa: The Platinum Miners' Strike, the Massacre, and the Struggle for Equivalence. *International Labor andWorking-Class History*, Cambridge, n. 83, p. 137-142, 2013.

MANDERSON, Desmond. Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music. *Critical Studies in Improvisation*, Ontario, v. 6, n. 1, p. 1-10, 2010.

MASON, John Edwin. 'Mannenberg': Notes on the Making of an Icon and Anthem. *African Studies Quarterly*, Florida, v. 9, n. 4, p. 25-46, 2007.

MODIRI, Joel. The Time and Space of Critical Legal Pedagogy. *Stellenbosch Law Review*, [*s.l.*], v. 27, n. 3, p. 507-534, 2016.

MODIRI, Joel. The Crises in Legal Education. *Acta Academica*, Bloemfontein, v. 46, n. 3, p. 1-24, 2014.

MODIRI, Joel. Towards a '(Post-)Apartheid' Critical Race Jurisprudence: 'Divining Our Racial Themes'. *Southern African Public Law Journal*, Pretoria, v. 27, n. 1, p. 231-258, 2012.

MUNYAI, Anzanilufuno; PHOOKO, Moses Retselisitsoe. Is English Becoming a Threat to the Existence of Indigenous Languages in Institutions of Higher Learning in South Africa? *De Jure Law Journal*, Pretoria, v. 54, n. 1, p. 298-327, 2021.

NAEGELE, Charles. *History and Influence of Law Code of Manu*. 2008. PhD Thesis (Law) – Golden Gate University, San Francisco, California, 2008. Available at: https://digitalcommons.law.ggu.edu/theses/1/. Accessed on: 19 Oct. 2023.

NDLOVU, Musawenkosi. *#FeesMustFall and Youth Mobilisation in South Africa*: Reform or Revolution? London: Routledge, 2017.

NEWMAN, Daniel. Law and Justice in Popular Music: Murder Ballads. *European Journal of Current Legal Issues*. v. 24, n. 1, p. 1-16, 2018. Available at: https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/111615/. Accessed on: 18 Oct. 2024.

NKOSI, Lindokuhle. Curling Lips, Speaking Tongues – Thandiswa Mazwai in Tune at 40. *Mail and Guardian*, 2 Dec. 2016. Available at: https://mg.co.za/article/2016-12-02-00-curling-lips-speaking-tongues-thandiswa-mazwai-in-tune-at-40/. Accessed on: 19 Oct. 2023.

PARKER, Mushtak. Youth Unemployment Is 'SA's Winter of Discontent'. *Cape Times*, 31 May 2022. Available at: https://www.iol.co.za/capetimes/opinion/youth-unemployment-is-sas-winter-of-discontent-03b132c9-a393-4675-9e5a-08c3f6d32a9e. Accessed on: 19 Oct. 2023.

RAMALEKANA, Nomfundo. A Critique of the Stigma Argument against Affirmative Action in South Africa. *University of Oxford Human Rights Hub Journal,* Oxford, v. 4, p. 1-32, 2022.

SIBANDA, Sanele. Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty. *Stellenbosch Law Review*, [*s.l.*], v. 22, n. 3, p. 482-500, 2011.

SINDANE, Ntando; FAGBAYIBO, Babatunde. Some Thoughts on the Ideational Underpinnings of a Decolonised Pedagogical Approach to International Law in South Africa. *AfronomicsLAW Blog*, 2 Oct. 2020. Available at: https://www.afronomicslaw.org/2020/10/02/some-thoughts-on-the-ideational-underpinnings-of-a-decolonised-pedagogical-approach-to-international-law-in-south-africa. Accessed on: 19 Oct. 2023.

SOYINKA, Wole. The Arts in Africa During the Period of Colonial Rule. *In*: BOAHEN, Albert Adu (ed.). *UNESCO General History of Africa*. Volume 7 – Africa under Colonial Domination, 1880-1935. London: Heinemann, 1985. p. 539-564.

SWANEPOEL, Cornelis. The Slippery Slope to State Capture: Cadre Deployment as an Enabler of Corruption and a Contributor to Blurred Party-State Lines. *Law, Democracy and Development*, Cape Town, v. 25, p. 440-462, 2021.

THE CONSTITUTION OF KENYA. 2010. Available at http://kenyalaw.org/kl/index.php?id=398. Accessed on: 19 Oct. 2023.

VAN MARLE, Karin. Equality: An Ethical Interpretation. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg*, Pretoria, v. 63, p. 595-607, 2000.

VERSHBOW Michela. The Sounds of Resistance: The Role of Music in South Africa's Anti-Apartheid Movement. *Inquiries Journal*, [*s.l.*], v. 2, 2010. Available at: http://www.inquiriesjournal.com/articles/265/the-sounds-of-resistance-the-role-of-music-in-south-africas-anti-apartheid-movement. Accessed on: 19 Oct. 2023.

WOODWARD Sheila; SLOTH-NIELSEN, Julia; MATHITI, Vuyisile. South Africa, the Arts and Youth in Conflict with the Law. *International Journal of Community Music,* Bristol, v. 1, n. 1, p. 69-88, 2007.

DISCOGRAPHY

DJ BONGZ. *Underground*. EMI Music South Africa, 2005.

DUBE, Lucky. *Affirmative Action*. Tabu Records, 1995.

FASSIE, Brenda. *Black President*. EMI Music South Africa, 1990.

FRESHLYGROUND. *Banana Republic*. Freeground Records, 2018.

FRESHLYGROUND. *Doo Be Doo*. Freeground/Instinct/Sony Bmg Africa, 2004.

HHP. *Harambe*. Lekoko cc. 2004.

MAKEBA, Miriam. *Sophiatown Is Gone*. Centre Culturel Gilles Sala, 1991.

MAKEBA, Miriam. *Soweto Blues*. Casablanca, 1977.

MAZWAI, Thandiswa. *Jikijela*. King Tha Music, 2016.

Mutondi Mulaudzi

Doctoral Candidate in Law, University of Witswatersrand, Johannesburg.

tondimul@gmail.com

Babatunde Fagbayibo

Professor of International Law, Department of Public Law, University of Pretoria, South Africa.

b.fagbayibo@gmail.com

V. 20
2024

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 14.02.2023
Aprovado: 02.07.2024

https://doi.org/10.1590/2317-6172202438

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri
Duas decisões editoriais, incluindo *desk review*.

Pedro Salomon Bezerra Mouallem
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.

1 Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, Distrito Federal, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-0575-2677

2 Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, Distrito Federal, Brasil

3 Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-9512-8394

4 Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra, Portugal

5 Instituto de Ciências Exatas e da Terra, Campus Universitário do Araguaia, Universidade Federal do Mato Grosso, Barra das Garças, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-3111-9843

Bicameralismo e tramitação de medidas provisórias: o papel do Senado Federal como ator institucional com poder de veto

BICAMERALISM AND EXECUTIVE PROVISIONAL MEASURES: THE ROLE OF FEDERAL SENATE AS AN INSTITUTIONAL ACTOR WITH VETO POWER

BICAMERALISMO Y LA TRAMITACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: EL PAPEL DEL SENADO FEDERAL COMO ACTOR INSTITUCIONAL CON PODER DE VETO

Gabrielle Tatith Pereira[1], *Fabrício Castagna Lunardi*[2,3] e *Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia*[4,5]

Resumo
Este artigo tem o objetivo de analisar o papel do Senado Federal como Casa revisora na tramitação das medidas provisórias, considerando as características do bicameralismo e do presidencialismo brasileiros. Para atingir esse objetivo, utiliza-se o marco teórico do modelo bicameral, do presidencialismo de coalizão e dos atores institucionais com poder de veto. Realiza-se, ainda, pesquisa empírica, predominantemente quantitativa, a partir da coleta e da análise de dados acerca da tramitação das medidas provisórias apresentadas no período de 2010 a 2020, sobretudo do tempo de tramitação na comissão mista e no plenário de cada uma das Casas e das taxas de sucesso, rejeição e emendamento das medidas provisórias, nesse caso por parte do Senado, como Casa revisora. Esses dados são examinados e confrontados com resultados de estudos anteriores sobre a interação bicameral e o presidencialismo de coalizão. Ao final, conclui-se que o Senado Federal introduz no processo decisório os interesses que representa, especialmente porque a maior parte do tempo de tramitação das medidas provisórias transcorre nas comissões mistas, em que a atuação das Casas é mais simétrica, e exerce suas competências constitucionais como Casa revisora e, quando necessário, exerce poder de veto (obstrução).

Palavras-chave
Medidas provisórias; bicameralismo; tempo de tramitação; poder de veto; Senado Federal.

Abstract
This article aims to analyze the role of the Federal Senate as a second chamber in the processing of provisional measures, considering the characteristics of Brazilian bicameralism and presidentialism. To achieve this goal, we use the theoretical framework of the bicameral model, coalition presidentialism and institutional actors with veto power, and we carry out empirical research, predominantly quantitative, based on the collection and analysis of data on the processing of provisional measures presented in the period from 2010 to 2020, especially the processing time in the joint committee and in the plenary of each chamber and the success, rejection and amendment rates of the provisional measures, in this case by the Senate, as a second chamber. These data are analyzed and compared with results from previous studies on bicameral interaction and coalition presidentialism. In the end, it is concluded that the Federal Senate introduces the interests it represents into the decision-making process, especially since most of the processing time for provisional measures takes place in joint committees, where the

actions of the houses are more symmetrical, and exercises its constitutional powers as a reviewing house and, when necessary, exercises veto power (obstruction).

Keywords
Provisional measures; bicameralism; processing time; veto power; Federal Senate.

Resumen
Este artículo tiene como objetivo analizar el papel del Senado Federal como cámara de revisión en el procesamiento de medidas provisionales, considerando las características del bicameralismo y presidencialismo brasileño. Para lograr esto objetivo se utiliza el marco teórico del modelo bicameral, el presidencialismo de coalición y los actores institucionales con poder de veto, así como se realiza investigación empírica, predominantemente cuantitativa, basada en la recolección y análisis de datos sobre la tramitación de las medidas provisionales presentadas en el período 2010 a 2020, especialmente el tiempo de tramitación en la comisión mixta y en el pleno de cada cámara y los índices de éxito, rechazo y enmienda de las medidas provisionales, en este caso por parte del Senado, como cámara de revisión. Estos datos son analizados y comparados con resultados de estudios previos sobre la interacción bicameral y el presidencialismo de coalición. Al final se concluye que el Senado Federal introduce los intereses que representa en el proceso de toma de decisiones, sobre todo porque la mayor parte del tiempo de tramitación de las medidas provisionales tiene lugar en comisiones mixtas, donde las acciones de las cámaras son más simétricas, y ejerce sus poderes constitucionales como cámara de revisión y, cuando sea necesario, ejerce el poder de veto (obstrucción).

Palabras clave
Medidas provisionales; bicameralismo; tiempo de procesamiento; poder de veto; Senado Federal.

Contribuição de autoria

Gabrielle Tatith Pereira
Conceptualization; formal analysis; investigation; methodology; project administration; resources; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Fabrício Castagna Lunardi
Conceptualization; formal analysis; investigation; methodology; project administration; resources; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia
Formal analysis; investigation; methodology; project administration; resources; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
PEREIRA, Gabrielle Tatith; LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. Bicameralismo e tramitação de medidas provisórias: o papel do Senado Federal como ator institucional com poder de veto. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2438, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202438

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

A tramitação das medidas provisórias (MPs) tem gerado conflitos institucionais entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A situação agravou-se durante a pandemia do coronavírus, quando foram suspensos os trabalhos da comissão mista e as MPs passaram a ser relatadas diretamente em plenário, retomando a prática anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4029 (Brasil, 2012). A questão tem sido objeto de protestos nas sessões do Senado Federal e de tratativas entre os presidentes das Casas, senador Rodrigo Pacheco e deputado Federal Arthur Lira, no sentido de viabilizar uma alteração legislativa ou um acordo sobre o procedimento regimental a ser observado pela Câmara dos Deputados (Pacheco [...], 2021).

A teoria dos atores institucionais com poder de veto analisa como as instituições e os diferentes atores do sistema político exercem influência na tomada de decisão e na mudança do *status quo*. Atores individuais ou coletivos com poder de veto são aqueles cujo acordo é necessário para essa mudança. Segundo essa teoria, o primeiro ator a se mover (o que determina a agenda) tem uma vantagem importante, mas ela diminui à medida que aumenta a estabilidade decisória, ou seja, conforme aumenta o número de atores com poder de veto e a distância entre eles (Tsebelis, 2009; Tsebelis; Rasch, 1995).

No modelo bicameral, as duas Casas do Parlamento são atores institucionais com poder de veto, muito embora as características do bicameralismo em cada país sejam fundamentais para definir uma maior preponderância de uma das Casas ou um maior equilíbrio ou congruência entre elas. O bicameralismo realmente funciona, sob a perspectiva do ator com poder de veto (*veto player approach*), quando a segunda Casa tem reais condições de influenciar o processo político decisório (Heller, 2007).

O arranjo institucional do Poder Legislativo na Constituição Federal de 1988 (CF/88) consubstancia clara opção por um bicameralismo forte, não apenas porque as competências legislativas da União são exercidas de modo simétrico entre Senado e Câmara, mas também porque o Senado é dotado de competências e instrumentos adicionais de fiscalização do Poder Executivo (Lijphart, 2012; Araújo, 2014, 2017; Rubiatti, 2017, 2020; Neiva; Soares, 2013; Backes, 2008). No entanto, esse mesmo desenho institucional atribuiu significativo poder de agenda ao Presidente da República por meio da iniciativa legislativa de matérias importantes, incluindo a edição de MPs. Pesquisas realizadas pós-1988 indicam que os presidentes brasileiros obtêm elevadas taxas de sucesso e dominância,[2] ou seja, mantêm uma coalizão partidária majoritária disciplinada e logram aprovar as matérias submetidas ao

1 Os autores agradecem a Rodrigo de Jesus Bastos, Kelry Nery Costa, Taigne Augusto Pereira Nunes e, especialmente, Jefferson Ferreira da Silva, servidores do Senado Federal, pelo auxílio na coleta dos dados.

2 Por taxa de sucesso e taxa de dominância adotam-se, neste artigo, os conceitos trazidos pelo professor Fernando Limongi (2006, p. 21): "Dois indicadores bastante simples servem para apontar traços essenciais

Poder Legislativo (Figueiredo; Limongi, 2001; Limongi, 2006; Backes, 2004; Amorim Neto; Tafner, 2002).

A cooperação entre poderes tem orientado as relações entre Executivo e Legislativo, mas não tem evitado o dissenso entre as Casas do Congresso na tramitação das MPs. O fator *tempo* no processo legislativo é um argumento frequentemente citado por senadores como dificultador do efetivo exercício das competências pela Casa revisora, a ensejar, na percepção compartilhada desses parlamentares, uma certa disfuncionalidade no bicameralismo.

Se o desenho institucional de tramitação das MPs favorece a satisfação das condicionantes do processo de delegação, o que explica o elevado número de edição de MPs no Brasil e a cooperação do Congresso para a sua aprovação, o problema poderia residir na relação entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal no processo de ajuste do texto das MPs durante a tramitação, que se estabelece a partir de negociações das coalizões partidárias.

Nesse contexto, este artigo objetiva investigar *se* e *em que medida* o tempo de tramitação das MPs na comissão mista, no Plenário da Câmara dos Deputados e no Plenário do Senado Federal influencia no exercício do papel de Casa revisora pelo Senado, mais especificamente quanto à participação nas negociações políticas, à modificação do texto e, eventualmente, ao exercício do poder de veto, considerando que, pelas características do presidencialismo de coalizão, não se espera uma atuação obstrucionista.

Para se alcançar esse objetivo, utiliza-se pesquisa empírica com levantamento de dados relativos ao tempo de tramitação das MPs na comissão mista e no plenário das Casas e das taxas de sucesso, rejeição e emendamento dessas proposições. A seguir, esses dados são analisados e confrontados com resultados de estudos anteriores sobre a interação bicameral (Rubiatti, 2017; Araújo, 2014), o presidencialismo de coalizão (Limongi, 2006) e a delegação legislativa nas MPs (Amorim Neto; Tafner, 2002).

• • •

da forma como operam: a *taxa de sucesso* das iniciativas do Executivo, que nada mais é do que a proporção do que é aprovado sobre o total enviado por este poder, e a *taxa de dominância* sobre a produção legal, a simples divisão das leis cuja proposição se deve ao Executivo pelo total de leis aprovadas no período" (grifo dos autores). No caso da taxa de sucesso das MPs, considera-se o percentual de aprovação nas duas Casas, ainda que ocorra mudança do texto, ou seja, ainda que resultado de projeto de lei de conversão. Mesmo que haja alteração do texto, considera-se que o governo – diretamente ou por meio de sua base de apoio no Congresso – participa do processo decisório. Considera-se também que, após a decisão do STF nos autos da ADI n. 5127, que declarou inconstitucional a apresentação de emendas à MP sem pertinência temática, estão reduzidos os riscos de completa modificação da matéria disciplinada pela MP, o que, entretanto, não garante o atendimento da integralidade dos interesses do governo. De todo modo, em vista da necessária atuação conjunta dos poderes Executivo e Legislativo no rito das MPs, diante da possibilidade de sanção ou veto do projeto de lei de conversão, entende-se que o emendamento faz parte do sistema e, para os fins deste artigo, a aprovação final da MP nas duas Casas é considerada sucesso da iniciativa do Presidente da República.

Os resultados mostram que, também na tramitação das MPs, há considerável taxa de sucesso do Poder Executivo no período analisado (2010-2020), com exceção dos dois primeiros anos do Governo Bolsonaro, quando a aprovação de MPs ficou abaixo de 50%. Há uma significativa predominância do tempo do processo na comissão mista, em que o bicameralismo é mais simétrico, devido às regras de composição e funcionamento do colegiado, além de um tempo maior no plenário da Casa iniciadora, tanto nas MPs que viraram lei quanto nas que foram rejeitadas ou perderam a eficácia. Isso demonstra que o Senado, como Casa revisora, participa das negociações por meio das coalizões partidárias, ou seja, em momento anterior à chegada da proposição, notadamente durante a tramitação na comissão mista. No entanto, mesmo dispondo de menor tempo para análise e deliberação, o Senado modifica um percentual elevado de MPs convertidas em lei, exercendo suas competências legislativas e cumprindo papel relevante na resolução de conflitos bicamerais quando as preferências dos senadores não são satisfatoriamente consideradas nas etapas anteriores do processo legislativo. E, embora excepcionalmente, o Senado também exerce poder de veto.

1. Metodologia

Inicialmente, faz-se uma revisão de literatura a fim de analisar as características do bicameralismo e do presidencialismo de coalizão brasileiro, bem como a relação que se estabelece entre o poder de agenda presidencial e o poder de veto das Casas legislativas. Em seguida, aborda-se o desenho institucional de tramitação das MPs, com enfoque no papel do Senado como Casa revisora.

Em um segundo momento, realiza-se pesquisa empírica a partir da coleta de dados da tramitação de todas as MPs editadas pelo Presidente da República no período entre 2010 e 2020, disponíveis no *site* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Foram analisadas, ao total, 546 MPs.

Para os fins deste estudo, consideram-se tanto as MPs quanto os projetos de lei de conversão, visto que o foco está no tempo de tramitação da proposição na comissão mista e em cada uma das Casas. Não se adota como variável a circunstância de o parecer da comissão mista concluir pela aprovação, com ou sem modificações, ou pela rejeição. A variável principal do estudo é o tempo, contado a partir das datas de tramitação das MPs das comissões mistas para o plenário da Câmara e para o plenário do Senado. Considera-se que o tempo de tramitação em cada uma dessas etapas (comissão mista, Câmara dos Deputados e Senado Federal), diante do prazo certo de vigência da MP, constitua um fator relevante para os atores institucionais na condução das negociações entre Legislativo e Executivo, bem como nas negociações bicamerais. Também são consideradas variáveis a taxa de sucesso (percentual de aprovação das MPs), a taxa de rejeição (o percentual de rejeição formal das MPs no plenário da Câmara ou do Senado ou de perda da eficácia por decurso de tempo) e a taxa de emendamento da MPs pelo Senado Federal, como Casa revisora.

A coleta de dados ocorreu entre 11/02/2021 e 30/04/2021 e abrangeu todas as MPs editadas nos anos de 2010 a 2020, tanto as que foram convertidas em lei (com ou sem alterações pelo Congresso Nacional) quanto as que foram rejeitadas ou perderam a eficácia pelo decurso do tempo, extraindo-se os dados por anos sequenciados, em ordem decrescente, de 2020 a 2010. Com relação ao ano de 2020, o estudo desconsidera as MPs ainda em tramitação até 30/04/2021. Para os percentuais de sucesso, rejeição, perda de eficácia e emendamento, foram excluídas as MPs sobrestadas.

Para cada ano analisado, identifica-se o tempo de tramitação das MPs na comissão mista, no plenário da Câmara dos Deputados (aguardando inclusão em pauta) e no plenário do Senado Federal (aguardando a inclusão em pauta). Nos casos em que houve retorno à Câmara dos Deputados, computa-se também o tempo em que a MP (ou o projeto de lei de conversão) aguardou nova inclusão na pauta. Esses dados são utilizados para comparar o tempo médio de tramitação por MP em cada uma das etapas do processo legislativo. Como análises complementares, avaliam-se a taxa de sucesso, a taxa de rejeição e a taxa de emendamento das MPs pela Casa revisora.

Entre 2010 e 2019, o tempo de tramitação das MPs na comissão mista é examinado separadamente do tempo de tramitação no plenário das Casas. Isso porque a Resolução CN n. 01/2002 (Brasil, 2002) estabelece regras voltadas para assegurar a paridade de forças políticas entre a Câmara e o Senado durante o tempo de tramitação perante a comissão mista, por exemplo, a composição paritária de 12 senadores e 12 deputados federais, com igual número de suplentes, observada a proporcionalidade partidária em cada Casa; o rodízio para o preenchimento das vagas destinadas às minorias partidárias; a alternância na presidência e vice-presidência da comissão entre as Casas; a designação de um relator revisor da Casa diversa à do relator e integrante, preferencialmente do mesmo partido deste; e a definição do cronograma de trabalho pela própria comissão mista.

Ademais, os trabalhos da comissão mista iniciam-se com a presença, no mínimo, de um terço dos membros de cada Casa, e as deliberações são tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas, do que resulta que tanto os parlamentares da Câmara quanto os do Senado tenham iguais condições para obstruir ou dificultar o desenvolvimento dos trabalhos da comissão.

O conjunto de incentivos gerados pela disciplina do funcionamento da comissão mista não parece colocar nenhuma das Casas em posição de vantagem *a priori* em relação à outra. O andamento dos trabalhos (seja no normal funcionamento da comissão ou na adoção de estratégias de obstrução) é mais influenciado pela composição partidária e pelas negociações com o governo federal. Encerrada a deliberação ante a comissão mista, o processado é formalmente encaminhado à Câmara para deliberação do seu plenário, constituindo esse um marco normativo e fático relevante, pois a proposição passa a se submeter ao poder de agenda do presidente. Isso também ocorre no Senado.

A metodologia exclui apenas o ano de 2020, porque, com o advento da pandemia da covid-19, editou-se o Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

n. 1/2020 (Brasil, 2020), que autorizou a instrução da matéria diretamente nos plenários da Câmara e do Senado. Nesse ano, foi permitida, excepcionalmente, a emissão de parecer em substituição à comissão mista por parlamentar de cada uma das Casas, designado na forma regimental. Portanto, no ano de 2020 não houve deliberação das MPs na comissão mista, embora em algumas proposições legislativas apresentadas no início do ano de 2020 tenha havido constituição formal do colegiado. Para esse ano, considera-se apenas o tempo de tramitação na Câmara e no Senado.

2. Presidencialismo e as coalizões partidárias no Brasil

O desenho institucional de 1988 adotou um sistema presidencialista que confere amplo poder de agenda ao presidente da República pela iniciativa legislativa, notadamente das matérias orçamentárias, e pela possibilidade de edição de MPs (Figueiredo; Limongi, 2001; Limongi, 2006). A opção por um presidencialismo forte remonta à instituição da República federativa em 1891, em que se optou por um modelo que assegurasse a cooperação do Poder Legislativo com o presidente e a necessidade de este ter ampla iniciativa legislativa (Backes, 2004).

Se, no sistema parlamentarista, a formação do governo induz à cooperação dos parlamentares, no presidencialismo há uma clara definição de competências entre os poderes, mas a relação entre Executivo e Legislativo dependerá dos poderes legislativos conferidos ao presidente. Quanto maiores forem esses poderes, maior será a capacidade institucional do presidente para controlar a agenda legislativa – isto é, quais matérias serão discutidas e quando –, induzindo os parlamentares à cooperação (Figueiredo; Limongi, 2001). Evidentemente, a negociação será mais ou menos custosa conforme o resultado das eleições e a composição político-partidária das Casas legislativas, incluindo a eleição de seus presidentes, mas o arranjo institucional tende a favorecer a colaboração.

O funcionamento do sistema político brasileiro não difere muito de outras democracias consolidadas, e o presidencialismo de coalizão no Brasil assemelha-se a outros presidencialismos, visto que os governos eleitos buscam formar bases de apoio no Parlamento para aprovar seus projetos (Figueiredo; Limongi, 2001; Limongi, 2006). Estudos realizados por Limongi (2006) no período compreendido entre a promulgação da CF/88 e o primeiro governo do Presidente Lula mostram que o presidencialismo de coalizão brasileiro alcançou elevadas taxas de sucesso (média de 70,7%) e dominância (85,6%), em patamares similares aos países parlamentaristas. Outros estudos pós-1988 também demonstram elevada aprovação de proposições do Poder Executivo no Parlamento (Araújo, 2010, 2014; Rubiatti, 2017) e que a relação entre Executivo e Legislativo tem se pautado pela formação de blocos bicamerais majoritários tanto na Câmara quanto no Senado, com bancadas um pouco maiores na primeira Casa (Araújo, 2014).

O presidencialismo de coalizão no Brasil, em regra, tem se sustentado por um amplo apoio do Presidente da República nas Casas do Congresso Nacional, com uma base partidária

disciplinada, a despeito dos dois processos de *impeachment* ocorridos após a CF/88. O Parlamento apresenta um comportamento previsível, e os partidos políticos, um comportamento disciplinado, em geral cumprindo os acordos formulados.

Passa-se, então, à análise da relação entre Executivo e Legislativo especificamente na tramitação das MPs.

3. Práticas institucionais na tramitação das MPs

Conforme Amorim Neto e Tafner (2002), há três linhas de análise da relação entre os poderes Executivo e Legislativo no que concerne às MPs. A primeira sustenta que a utilização excessiva de MPs constitui usurpação de competência; a segunda afirma que há uma passividade do Congresso diante da edição excessiva de MPs, mas isso não significa uma intenção deliberada de enfraquecer o Poder Legislativo; e a terceira linha, capitaneada por Figueiredo e Limongi (2001), enxerga as MPs como um poderoso instrumento que permite ao Executivo controlar a agenda legislativa, sem governar contra a maioria parlamentar. Em aprofundamento dessa terceira hipótese, Amorim Neto e Tafner (2002, p. 8) inserem as MPs em um "complexo e cambiável quadro de delegação dentro do presidencialismo brasileiro", com base em uma certa variação no grau de coalescência dos governos.

A relação entre Executivo e Legislativo estabelece-se por delegações cruzadas de competência, que geram elevados custos de transação, risco de paralisia decisória e instabilidade. Nesse contexto, o controle recíproco entre o Poder Executivo e as Casas do Congresso ocorre mais por mecanismos informais – "*alarmes de incêndio*" – do que por mecanismos formais (Amorim Neto; Tafner, 2002). Esses mecanismos informais correspondem às interações entre Executivo e Legislativo decorrentes da composição do primeiro escalão do governo (ministérios, agências reguladoras, empresas públicas, etc.), da indicação de líderes do governo e da eleição dos presidentes das Casas legislativas e de suas comissões.

O processo de delegação ocorre pela satisfação de duas condicionantes cumulativas: (1) o agente deve ter incentivos para fazer uma proposta ao mandante que seja melhor que o *status quo*; (2) o mandante deve poder inferir que a proposta do agente é melhor que o *status quo*. Se as duas condicionantes são satisfeitas, tem-se um processo de delegação. Se apenas uma é satisfeita, mantém-se o estado neutro. Se nenhuma das condicionantes é satisfeita, tem-se hipótese de abdicação (Amorim Neto; Tafner, 2002).

No caso das MPs, o Poder Executivo é o agente do Congresso Nacional, e o processo de delegação satisfaz-se a partir das seguintes condicionantes (Amorim Neto; Tafner, 2002): (1) o Executivo tem incentivos para enviar ao Congresso MPs que sejam melhores que o *status quo*? (2) As maiorias legislativas conseguem identificar que a MP é melhor do que o *status quo*?

O presidencialismo brasileiro sustenta-se na formação de uma ampla base de apoio ao governo por meio de coalizões multipartidárias (Figueiredo; Limongi, 2001; Limongi,

2006; Amorim Neto; Tafner, 2002; Abranches, 1988, 2018; Araújo, 2014). Embora em diferentes graus de coalescência, as altas taxas de sucesso e dominância dos governos brasileiros mostram que há incentivos ao Parlamento para a cooperação. Além disso, a distribuição de direitos parlamentares nas Casas do Congresso é partidária, seja pela composição dos colegiados conforme a proporcionalidade, seja pelas funções exercidas pelos líderes partidários na definição da agenda e no encaminhamento das matérias, restringindo o espaço de atuação estratégica individualista e antipartidária (Figueiredo; Limongi, 2001; Araújo, 2014).

Ademais, a edição de MPs é um importante instrumento de poder do Presidente da República, porque implica imediata alteração do *status quo*, criando uma situação em que os parlamentares são induzidos a cooperar. Segundo Figueiredo e Limongi (1999, p. 26), "ao analisá-la, o Congresso não opta entre o *status quo* anterior (SQ) e aquele a ser produzido pela promulgação da medida (SQmp), mas sim entre SQmp e uma situação em que a MP é rejeitada após ter vigorado e surtido efeito (MPrej)". Portanto, a maioria parlamentar tende a aprovar a MP em vez de deixá-la caducar e, posteriormente, dispor sobre os efeitos produzidos durante a sua vigência. Se a matéria fosse debatida em projeto de lei ordinária, seria mais facilmente rejeitada.

O desenho institucional de tramitação das MPs favorece a satisfação das duas condicionantes do processo de delegação. Isso explica o elevado número de edição de MPs no Brasil e a cooperação do Congresso para a sua aprovação. Entretanto, há um aspecto importante a ser ressaltado: a possibilidade de as Casas realizarem modificações no texto da MP, e isso se relaciona diretamente à segunda condicionante da delegação, ou seja, aos ajustes necessários para que a MP represente uma situação melhor do que o estado anterior, ou ainda os custos da rejeição e da disciplina dos efeitos jurídicos.

Justamente porque têm eficácia imediata, a edição das MPs permite ao Congresso avaliar o impacto da medida na sociedade, e, de modo mais direto, nos atores envolvidos, previamente à deliberação, possibilitando uma adaptação às perdas decorrentes do agenciamento legislativo pelo Executivo. Trata-se de um exemplo de mecanismo informal de "alarme de incêndio" (Amorim Neto; Tafner, 2002), no qual tem significativa relevância o papel revisor das Casas do Parlamento.

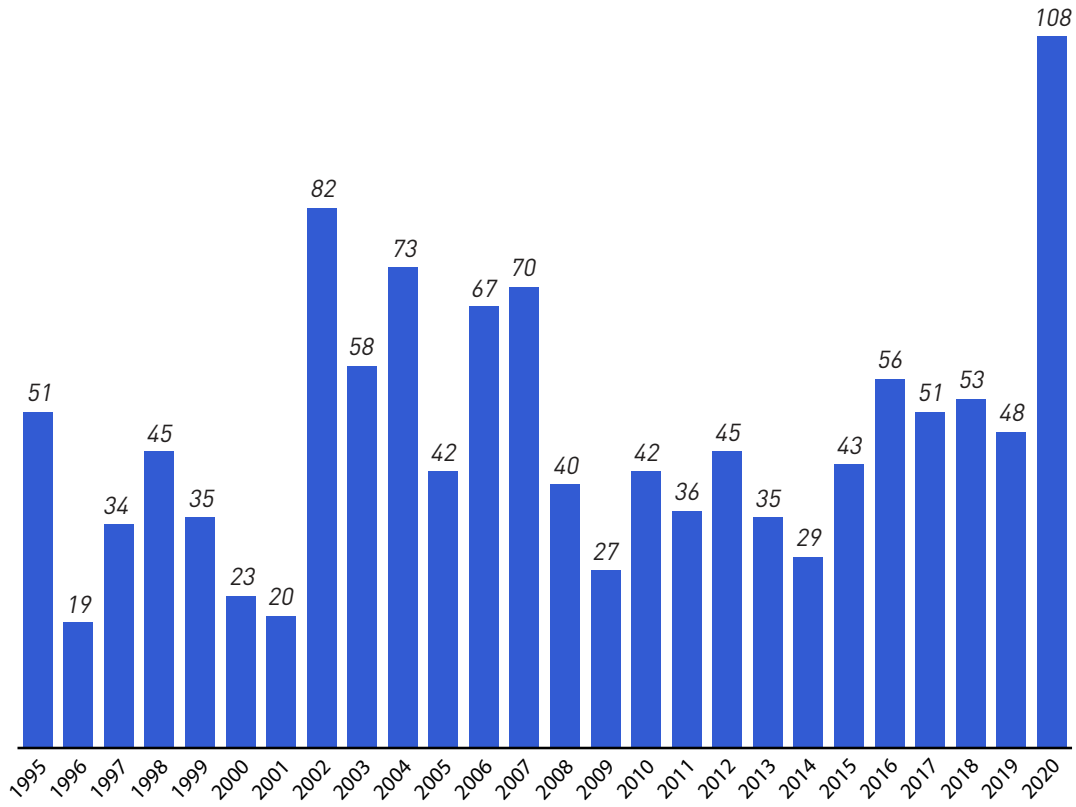
O modelo de tramitação das MPs instituído pelo constituinte originário estabelecia a perda da vigência da medida no prazo exíguo de 30 dias, o que incentivou a institucionalização da prática de reedição das MPs. Nessa sistemática, a reedição das MPs com modificações do texto era resultado de negociações com o Congresso, satisfazendo as duas condicionantes do processo de delegação. A reedição modificada do texto atuava como um instrumento de controle do Congresso e como um mecanismo de ajuste de preferências (Amorim Neto; Tafner, 2002).

Com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 32/2001, houve significativa alteração do processo legislativo das MPs (Brasil, 2001). O prazo de apreciação passou para 60 dias,

prorrogáveis por igual período. Vedou-se a reedição, na mesma sessão legislativa, de MP rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. A deliberação, antes em sessão conjunta, passou a ser realizada pelas Casas separadamente, e houve a introdução da regra do trancamento de pauta.

Considerando o número de edições de MPs nos anos seguintes e a permanência elevada da taxa de sucesso do Executivo, as modificações no arranjo institucional não parecem ter impactado a relação entre Executivo e Legislativo nem as características do presidencialismo de coalizão já delineadas, tampouco a lógica da delegação de competência. De fato, houve considerável aumento no número de MPs originais nos seis anos após a EC n. 32/2001, com estabilização em patamares altos nos anos de 2008 a 2019, e com significativo aumento em 2020, em decorrência da pandemia do coronavírus. Veja-se o Gráfico 1, a seguir.

GRÁFICO 1 – **MEDIDAS PROVISÓRIAS APRESENTADAS POR ANO**



Fonte: Elaborado pelos autores.

Os dados coletados nesta pesquisa sobre as MPs editadas entre 2010 e 2020 confirmam a permanência de uma significativa taxa de sucesso do governo, com média global de 63,83%. No último ano do segundo mandato do Presidente Lula, a taxa de sucesso em MPs foi de 71,05%. Nos governos da Presidenta Dilma (2011-2015), a taxa de sucesso em MPs foi de 79,14%. No ano do *impeachment* (2016), foi de 72,22%. No Governo Temer (2017-2018), a taxa de sucesso em MPs foi de 59,13%. Nos dois primeiros anos do Governo Bolsonaro

(2019-2020), a taxa de sucesso em MPs alcançou 44,89%, com a observação de que, em 2020, foi o primeiro ano da pandemia de covid-19 e, em meio à crise sanitária, houve um incremento na edição de MPs, e muitas esgotaram sua eficácia sem apreciação do Congresso, provavelmente por serem normas de vigência temporária.[3]

Considerando que o Poder Executivo controla a agenda legislativa com o apoio da maioria parlamentar, a questão que se coloca na sequência, para os objetivos deste artigo, é avaliar o papel do Senado como Casa revisora na tramitação das MPs. Pretende-se fazer essa análise a partir da perspectiva do tempo do processo na comissão mista e em cada uma das Casas, bem como das taxas de rejeição e emendamento das MPs.

4. Bicameralismo (dis)funcional? Uma análise a partir do tempo do processo e das decisões camerais na tramitação das medidas provisórias

Como observado, a resposta legislativa para o problema das sucessivas reedições das MPs não alterou as características do presidencialismo de coalizão brasileiro, tampouco o sistema de delegação legislativa do Congresso ao Executivo. Não obstante, ao vedar a sucessiva reedição de MPs com modificação de texto, inviabilizou-se esse mecanismo de "alarme de incêndio" decorrente das negociações da base governamental no Parlamento para o ajuste de preferências e aperfeiçoamento das medidas. No novo desenho, o Congresso tem o prazo peremptório de 120 dias (60 dias, prorrogáveis por igual período) para deliberar, pois, caso contrário, haverá a perda da eficácia da MP. O ajuste de preferências (caso não tenha ocorrido antes da edição da MP) deve, portanto, ser feito durante o processo legislativo, em prazo determinado, sob pena de perda da eficácia da MP, com elevado ônus político à Câmara ou ao Senado.

Essa limitação temporal reforçou ainda mais o poder de agenda do Presidente da República e fez do tempo do processo legislativo um fator de potencial conflito entre as Casas do Congresso, que precisam negociar entre si as preferências para deliberar sobre o mérito da MP. A Câmara dos Deputados tem uma posição de vantagem por ser a Casa iniciadora. Ademais, antes da EC n. 32/2001, a deliberação das MPs, quando levada a cabo, realizava-se em

3 Os resultados do Governo Bolsonaro produzidos nesta pesquisa em relação às MPs devem ser complementados com o restante do período do seu governo e com a taxa de sucesso e dominância das demais proposições legislativas. O ex-presidente elegeu-se filiado ao Partido Social Liberal (PSL) em 2018, mas em 2019 deixou o partido e governou por mais de dois anos sem filiação partidária. Ao final de 2021, filiou-se ao Partido Liberal (PL), visando à reeleição. A relação entre Executivo e Legislativo foi conturbada, mas o incremento na utilização das emendas de relator-geral entre 2019 e 2022, que ampliou a participação do Congresso nas decisões orçamentárias, é um indicativo de que o governo garantiu a aprovação de matérias de seu interesse no Parlamento.

sessão conjunta à do Congresso Nacional. No modelo atual, as deliberações das Casas ocorrem separadamente e não há prazo peremptório para a análise perante a comissão mista ou os Plenários da Câmara e do Senado, de modo que há maior controle do tempo do processo sucessivamente pela comissão mista e pela Câmara dos Deputados.

Esse ponto é relevante porque, em relação aos projetos de lei ordinária e lei complementar, os dados indicam que o Senado, muito embora não adote postura obstrucionista, exerce significativo poder de veto no processo legislativo bicameral. Segundo pesquisa que analisou os projetos de lei ordinária e complementar que tramitaram em revisão no Senado Federal entre 1999 e 2014, constatou-se que 41% das proposições ficam retidas no Senado, considerando conjuntamente as hipóteses de rejeição, arquivamento regimental (término da legislatura), ainda em tramitação (não deliberadas), prejudicadas ou retiradas (Rubiatti, 2017). Porém, 59% das proposições recebidas são aprovadas pela Câmara revisora e encaminhadas para sanção presidencial ou devolvidas à Câmara Baixa (Rubiatti, 2017).

Entretanto, esse poder de veto varia conforme a iniciativa das proposições consideradas, seja de origem parlamentar, seja do Executivo. No caso de proposições iniciadas na Câmara dos Deputados, a retenção da Câmara revisora foi de 52,7% (pouco mais da metade). Já nas proposições iniciadas pelo governo, a retenção foi de apenas 9,9% (Rubiatti, 2017). Outra pesquisa que analisou os aspectos da tramitação de projetos de lei ordinária e complementar e propostas de emenda à Constituição de iniciativa do Poder Executivo no Senado Federal, entre 1989 e 2010, concluiu que o Senado Federal se mostrou uma instância decisória *moderada* e *ratificadora* dos acordos estabelecidos externamente (Araújo, 2014).

Segundo essa última pesquisa, o Senado tem se mostrado uma arena menos complexa que a Câmara para a formação de maiorias e aprovação de projetos do Poder Executivo, por duas razões principais: (1) tanto o formato bicameral das coalizões quanto o da representação legislativa incorporam, no Senado, um número menor de atores com perfil ideológico mais moderado – as coalizões são menos fragmentadas e quase sempre majoritárias, formando bancadas por vezes maiores que na Câmara; (2) os interesses dos senadores podem ser antecipados nas deliberações da Casa iniciadora, restringindo-se a uma atuação mais contundente quando esses interesses não são atendidos nas etapas anteriores do processo de formação de leis (Araújo, 2010, 2014).

Outro ponto relevante é que as negociações entre Executivo e Câmara e entre Executivo e Senado se estabeleceram, no período considerado, a partir de diferentes estruturas de preferências e padrões de negociações, a depender do Número Efetivo de Partidos nas Coalizões (NEPC) e da amplitude ideológica das coalizões. Isso significa que, quanto mais partidos nas coalizões intracamerais, mais incongruentes elas tendem a ser e mais complexas as negociações com o governo, especialmente na Câmara dos Deputados, o que tende a antecipar – e resolver – os conflitos do debate legislativo no Senado (Araújo, 2014). Esse ponto também foi evidenciado em estudo sobre a concentração do tempo da Mesa da Câmara dos Deputados na tramitação de projetos de lei apresentados na Casa entre 1988 e 2017. Apurou-se que essa

Casa concentrou em média 76,45% do tempo do processo legislativo, comparativamente aos 23,55% do Senado Federal (Sganzerla; Scovino; Sales, 2018).

Isso mostra que o Senado, embora seja uma Casa revisora com efetivo poder de veto, tende a cooperar com o Executivo, seja porque há uma coalizão intracameral que integra a base de apoio do governo, que reflete em grande medida a coalizão da Câmara, e que, como regra, garante as presidências do Senado e das comissões mais importantes, seja porque o debate travado na Câmara dos Deputados frequentemente contempla as preferências dos senadores por meio de negociações partidárias. Há uma *filtragem* realizada pelos deputados que reduz o dissenso entre as Casas legislativas, acentuando o papel revisor dos senadores somente quando suas preferências não são consideradas ou minimamente contempladas na Casa iniciadora (Rubiatti, 2017; Araújo, 2010, 2014).

No caso da tramitação das MPs, há ainda outro instrumento relevante para a resolução antecipada de conflitos bicamerais: a comissão mista, cujo desenho institucional, como visto, assegura paridade de representação das duas Casas, observância da proporcionalidade partidária na indicação dos membros e uma alternância nas posições de poder na condução dos trabalhos – presidência e vice-presidência, relator e revisor. A obrigatoriedade da instalação da comissão mista especial, reconhecida pelo STF no julgamento da ADI n. 4029 (Brasil, 2012), também tende a antecipar dissensos e construir soluções viáveis junto ao governo e às coalizões majoritárias na Câmara e no Senado.

As premissas tratadas até o momento apontam para a formulação de três hipóteses: (h1) a tendência de colaboração do Senado Federal, como Casa revisora; (h2) o ajuste de preferências realizado na comissão mista e na Câmara dos Deputados na deliberação das proposições, minimizando o dissenso no Senado; e (h3) a relevância da comissão mista na resolução de conflitos bicamerais.

Considerando as regras do processo legislativo e as possibilidades decisórias das câmeras na tramitação das MPs, têm-se as seguintes possibilidades: (1) a aprovação da MP, com ou sem modificações; e (2) a rejeição da MP, por deliberação formal dos plenários das Casas ou por perda da eficácia pelo decurso do tempo. Para cada uma dessas possibilidades, considera-se que o tempo de tramitação na comissão mista, no plenário da Câmara e no plenário do Senado constitui um fator relevante de decisão desses atores institucionais.

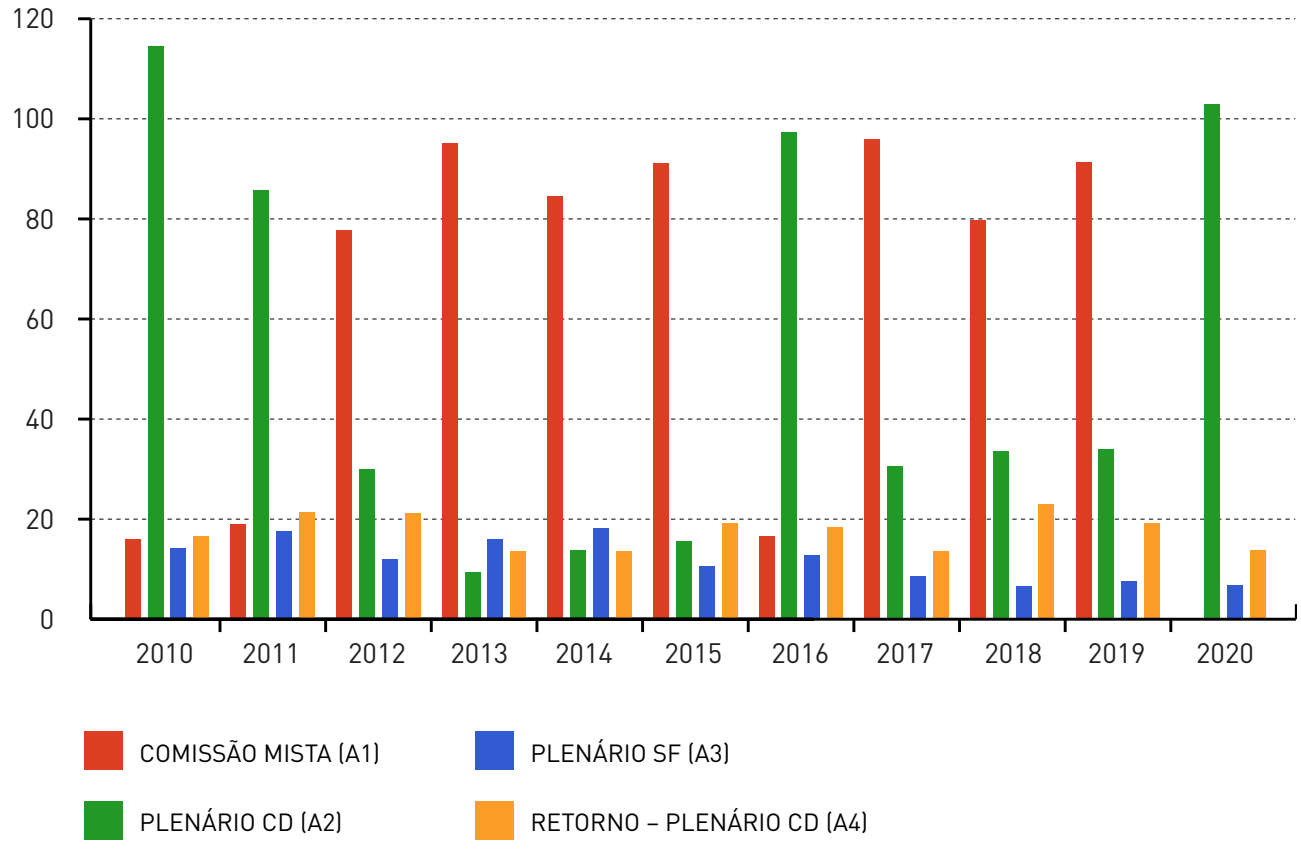
No caso da aprovação, o tempo de tramitação representa o esforço de negociação entre parlamentares da base, da oposição e do governo, e tende a ser maior no caso de modificações realizadas no texto (projeto de lei de conversão). O maior tempo na comissão mista e no plenário da Câmara dos Deputados tende a indicar também que há uma antecipação das negociações, a partir das coalizões partidárias, para o âmbito da comissão especial e, na sequência, para o plenário da Casa iniciadora. Contudo, haveria um menor tempo de tramitação no Senado, e menor seria o percentual de modificação do texto por essa Casa, até porque, na impossibilidade de resolução do conflito, há a primazia da Câmara dos Deputados como Casa iniciadora, o que desincentiva a alteração do texto pelos senadores.

No Gráfico 2, a seguir, é apresentado o comparativo entre o tempo médio de tramitação das MPs (ou projetos de lei de conversão) na comissão mista e nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal entre 2010 e 2020, considerando as MPs (ou projetos de lei de conversão) que foram transformadas em lei.

GRÁFICO 2 – **COMPARATIVO ENTRE O TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DAS MPS (OU PROJETOS DE LEI DE CONVERSÃO) NA COMISSÃO MISTA E NOS PLENÁRIOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL ENTRE 2010 E 2020, CONSIDERANDO AS MPS (OU PROJETOS DE LEI DE CONVERSÃO) QUE FORAM TRANSFORMADAS EM LEI**

TRANSFORMADAS EM NORMA JURÍDICA

	2010	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**	**2020**	**TOTAL (MÉDIA)**
COMISSÃO MISTA (A1)	16,0	19,1	77,9	95,2	84,6	91,2	16,6	96,1	79,9	91,5	-	**66,81**
PLENÁRIO CD (A2)	114,6	85,7	30	9,4	13,8	15,5	97,4	30,6	33,6	34	102,9	**51,59**
PLENÁRIO SF (A3)	14,3	17,6	12,0	16,0	18,3	10,6	12,9	8,7	6,7	7,6	6,8	**11,95**
RETORNO – PLENÁRIO CD (A4)	16,7	21,4	21,2	13,5	13,5	19,3	18,5	13,5	23,1	19,3	13,7	**17,61**



Fonte: Elaborado pelos autores.

Considerado o período como um todo, observa-se que há uma predominância no tempo de tramitação das MPs na comissão mista (A1 – 668,1 dias ou 46,92% do tempo),[4] no Plenário da Câmara dos Deputados (A2 – 567,5 dias ou 36,67% do tempo) e no Plenário do Senado Federal (A3 – 131,5 dias ou 8,49% do tempo), sucessivamente. Nos casos de retorno à Câmara dos Deputados, verifica-se um aumento no tempo de tramitação em relação ao Senado (A4 – 180,2 dias ou 11,64% do tempo).

Há, contudo, um aspecto relevante a considerar: até o início de 2012, com a decisão do STF na ADI n. 4029, a comissão mista era instalada, mas não havia reunião de seus membros e, após o transcurso do prazo regimental, o relator apresentava o parecer diretamente no Plenário da Câmara dos Deputados. A comissão mista não garantia maior simetria entre as Casas e a antecipação de preferências por meio das negociações partidárias que ocorria já no âmbito da Câmara dos Deputados. Isso explica porque, nos anos de 2010 e 2011, o tempo médio de tramitação no Plenário da Câmara é significativamente maior (A2 – 119,2 dias ou 78,06%) do que o tempo da comissão mista (A1 – 17,55 dias ou 11,49%) e do Plenário do Senado (A3 – 15,95 dias ou 10,44%).

Nos anos seguintes, entre 2012 e 2015 e entre 2017 e 2019,[5] observa-se que o tempo de tramitação na comissão mista é significativamente superior ao tempo de tramitação na Câmara dos Deputados e, sucessivamente, no Senado Federal. Ou seja, quanto maior o tempo de tramitação na comissão especial (A1 – 661,4 dias ou 61,32%), menor o tempo de tramitação no Plenário da Câmara (A2 – 166,9 dias ou 16,60%) e menor ainda o tempo de tramitação no Plenário do Senado Federal (A3 – 79,9 dias ou 7,94%). Porém, no caso de retorno ao Plenário da Câmara dos Deputados, há um aumento no tempo de tramitação nessa Casa (A4 – 141,9 dias ou 14,11%) comparativamente ao tempo de tramitação no Senado.

Tais dados confirmam duas das hipóteses apresentadas, no sentido da relevância da comissão mista na resolução de conflitos bicamerais (h3) e de que há um ajuste de preferências realizado tanto na comissão mista quanto na Câmara dos Deputados na deliberação das proposições, antecipando as negociações com os senadores para um momento anterior à chegada da MP no Plenário do Senado (h2). Esse contexto explicaria o reduzido tempo de tramitação das

4 Muito embora o período analisado seja de 2010 a 2020, no cálculo do tempo médio de tramitação nas comissões mistas exclui-se o ano de 2020, porque não houve a instalação de comissões mistas em decorrência da pandemia da covid-19, conforme Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal n. 1, de 2020.

5 Excluído o ano de 2016, em que se verificou o processo de *impeachment* da então Presidenta Dilma Rousseff, o que parece ter justificado uma alteração na dinâmica da tramitação das proposições legislativas nas Casas do Congresso Nacional, notadamente na Câmara dos Deputados, pelo desgaste da relação política entre o então Presidente Eduardo Cunha e a Chefe do Poder Executivo.

MPs no Plenário do Senado Federal, sem que isso signifique retirar ou reduzir o papel deste como Casa revisora (h1).

Entretanto, para analisar essa última hipótese, é fundamental verificar como o Senado se comporta enquanto Casa revisora, ou seja, se ele tende a aprovar a redação recebida ou a modificar o texto, devolvendo à Casa iniciadora para deliberação final.

No período global considerado (2010-2020), constata-se que 70,88% das MPs deliberadas pelo Plenário do Senado retornaram à Câmara dos Deputados com modificação do texto. Muito embora o universo analisado seja de MPs que se tornaram leis, o que significa que o Senado não exerceu obstrução, esse percentual significativo de modificação denota um papel ativo do Senado no exercício de suas competências revisoras quando suas preferências não foram adequadamente consideradas nas etapas anteriores da tramitação, ainda que disponha de pouco tempo para análise e deliberação.

Considerando o percentual de modificação por governos, não se verifica significativa variação no período. Há uma estabilização em torno de 70%, com pequena redução no Governo Bolsonaro. No Governo Lula (2010), 70,37% das MPs foram alteradas pelo Senado; no Governo Dilma, 73,64% das MPs foram alteradas pelo Senado, e, no ano do *impeachment*, 74,35% das MPs; no Governo Temer, 70,90% das MPs foram alteradas no Senado; e, no Governo Bolsonaro, 63,63% das MPs retornaram à Câmara dos Deputados.

Quando o recorte é feito entre 2012 e 2015 e entre 2017 e 2019, em que houve efetivo funcionamento da comissão mista, constata-se que 71,35% das MPs deliberadas pelo Plenário do Senado retornaram à Câmara dos Deputados com modificação do texto, considerando as MPs que se tornaram leis.

Esse dado é relevante e difere de estudos similares sobre o papel do Senado como Casa revisora em relação aos projetos de lei ordinária e lei complementar (1999-2014). Bruno Rubiatti (2017) apurou que o Senado aprovou sem modificações, e encaminhou para a sanção presidencial, a maioria dos projetos considerados (79,6%). Foram emendados (inclusive emenda substitutiva) apenas 20,4% dos projetos. Esse aspecto, segundo o autor, pode ser explicado pela primazia da Casa iniciadora, de modo que faz mais sentido ao Senado Federal reter o projeto de lei, sem deliberação, e eventualmente dar início a um projeto de lei de seus membros para disciplinar a matéria, tornando-se a Casa iniciadora (Rubiatti, 2017), ressalvadas as hipóteses de reserva de iniciativa.

Entretanto, no caso da tramitação das MPs, em que há um prazo constitucional para apreciação do Congresso Nacional, a retenção tem um custo político mais elevado, porque a perda da eficácia por decurso de tempo se equipara à rejeição e implica nova alteração do *status* político e jurídico, além de impor ônus ao Congresso de disciplinar os efeitos jurídicos da vigência temporária da MP. O tempo, nesse caso, não constitui fator de equalização do poder político das Casas ou de barganha, como acontece em relação às demais proposições legislativas. Desse modo, caso as preferências dos senadores não tenham sido adequadamente observadas na comissão mista ou na Câmara, ou caso o Plenário da Câmara tenha alterado

o resultado das negociações no âmbito da comissão especial, o curso de ação do colegiado deve considerar as consequências de modificar a MP, devolvendo-a à Casa iniciadora, ou obstruir, rejeitando formalmente ou retendo a MP até o decurso do prazo constitucional de vigência. Diante das possibilidades reduzidas de agir estratégico, justifica-se que os senadores optem por modificar a MP e devolvê-la à Câmara dos Deputados, prolongando o processo de negociação política.

Há, evidentemente, outros fatores que influenciaram o papel revisor do Senado Federal em cada governo considerado no período entre 2010 e 2020, como a maior ou menor base de apoio no Congresso, o número efetivo de partidos da coalizão em cada Casa, a heterogeneidade dessas coalizões e sua incongruência, a distribuição de cargos no Executivo e no Legislativo e mesmo da matéria objeto de regulação. Contudo, a preponderância da atividade legislativa *formal* do Senado na apreciação de MPs indica que os senadores não abdicam do exercício de sua competência constitucional, ainda que não controlem o tempo do processo e a palavra final pertença à Câmara dos Deputados.

Esse é um indicativo importante de que o bicameralismo forte instituído na CF/88 não se mostra disfuncional na tramitação das MPs, porque não impede o exercício da competência revisora do Senado, embora se reconheça que as alterações promovidas pela EC n. 32/2001 tenham influenciado o poder de agenda do presidente do Senado e as possibilidades de negociação dos senadores com a Câmara e com o governo.

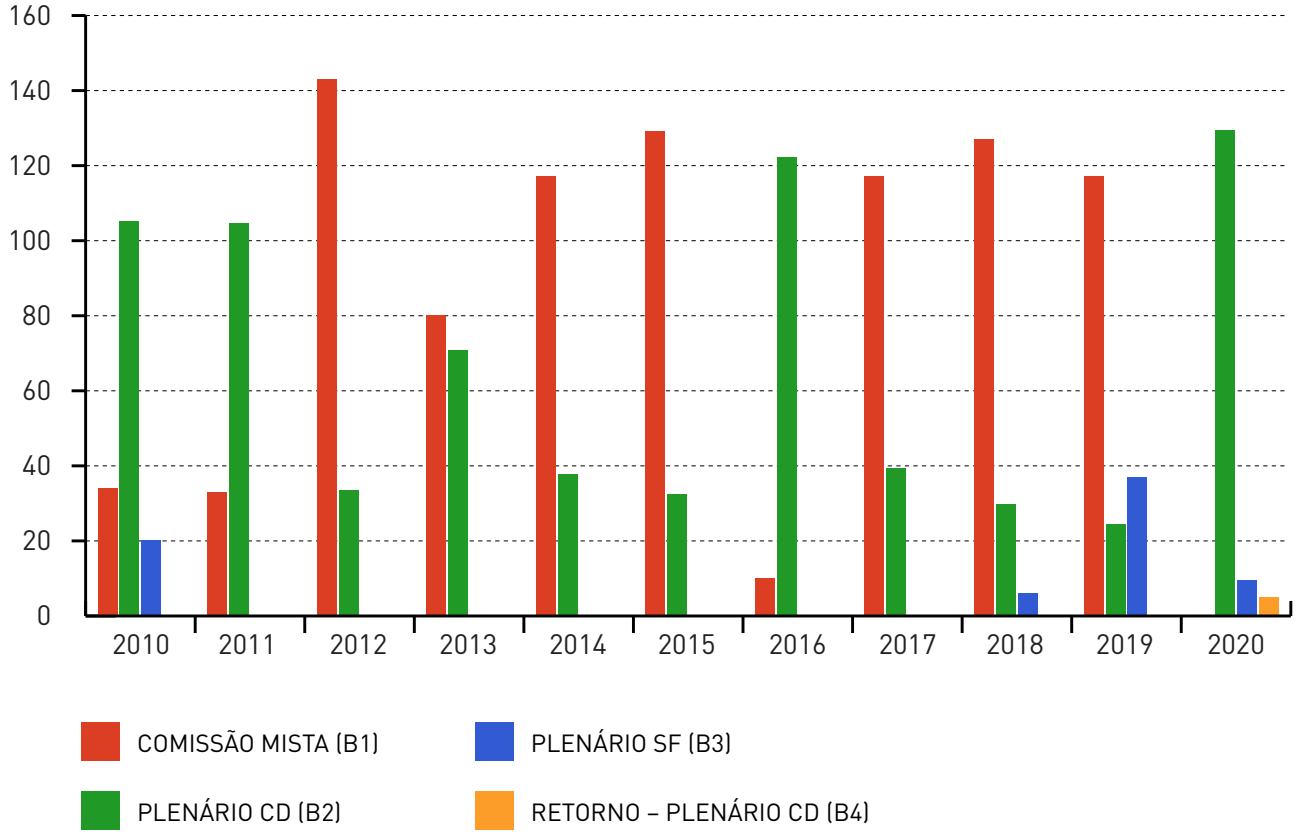
Resta ainda avaliar como se comporta a Câmara Alta quando o insucesso das negociações inviabiliza a aprovação das MPs.

No Gráfico 3, a seguir, analisa-se o comparativo entre o tempo médio de tramitação das MPs (ou projetos de lei de conversão) na comissão mista e nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal entre 2010 e 2020, considerando as proposições que foram rejeitadas por decisão expressa dos Plenários ou que perderam a eficácia pelo decurso do prazo constitucional.

GRÁFICO 3 – **COMPARATIVO ENTRE O TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DAS MPS (OU PROJETOS DE LEI DE CONVERSÃO) NA COMISSÃO MISTA E NOS PLENÁRIOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL ENTRE 2010 E 2020, CONSIDERANDO AS PROPOSIÇÕES QUE FORAM REJEITADAS POR DECISÃO EXPRESSA DOS PLENÁRIOS OU QUE PERDERAM A EFICÁCIA PELO DECURSO DO PRAZO CONSTITUCIONAL**

REJEITADAS OU QUE PERDERAM A EFICÁCIA

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	TOTAL (MÉDIA)
COMISSÃO MISTA (B1)	34,3	33,5	143,5	80,0	117,7	129,3	10,2	117,3	127,6	117,5	-	**91,09**
PLENÁRIO CD (B2)	105,0	104,5	33,5	70,8	37,7	32,5	122,1	39,2	29,8	24,5	129,5	**66,28**
PLENÁRIO SF (B3)	20,0	-	-	-	-	-	-	-	6,0	37,0	9,5	**18,3**
RETORNO – PLENÁRIO CD (B4)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	5	**5**



Fonte: Elaborado pelos autores.

Pelos dados coletados e expostos no gráfico anterior, observa-se uma predominância no tempo médio de tramitação das MPs na comissão mista (910,9 dias, equivalente a 58,63% do

tempo),[6] seguido do tempo médio de tramitação no Plenário da Câmara dos Deputados (B2 – 729,1 dias ou 35,42% do tempo) e, sucessivamente, no Senado (B3 – 52,5 dias ou 3,10% do tempo). É importante destacar que, entre os anos de 2011 e 2017, as MPs foram rejeitadas nas etapas anteriores do processo legislativo, nem sequer sendo remetidas à Casa revisora. Não houve retorno de MPs à Casa iniciadora.

Considerando apenas o período entre 2012 e 2015 e entre 2017 e 2019,[7] observa-se que o tempo médio de tramitação na comissão mista também é significativamente superior ao tempo de tramitação na Câmara dos Deputados e, sucessivamente, no Senado Federal. Ou seja, mesmo nos casos em que houve perda da eficácia por decurso de tempo, quanto maior o tempo de tramitação na comissão especial (B1 – 832,9 dias ou 72,81%), menor o tempo de tramitação no Plenário da Câmara (B2 – 268 dias ou 23,42%) e, menor ainda, no Plenário do Senado Federal (B3 – 43 dias ou 3,75%).

Esses dados confirmam as hipóteses relacionadas à importância da comissão mista na resolução de conflitos bicamerais e à antecipação das negociações e do ajuste de preferências na comissão e no Plenário da Câmara dos Deputados (h2 e h3). Como há significativa prevalência do tempo de tramitação nas comissões mistas, pode-se concluir que o Senado participa do processo decisório que resulta na rejeição ou na perda da eficácia da MP por decurso de tempo, sem que isso signifique retirar ou reduzir o papel dele como Casa revisora (h1). Inclusive, dispõe do poder de veto quando não consegue antecipar suas preferências nas negociações com o governo e com a Câmara nas etapas antecedentes do processo legislativo, embora não seja frequentemente levado a utilizar esse recurso formal.

De fato, no período analisado (2010-2020), considerando o universo de MPs que não foram transformadas em leis, o Plenário da Câmara dos Deputados rejeitou formalmente apenas uma MP (0,64% – Governo Temer), e o Plenário do Senado rejeitou formalmente apenas quatro MPs (2,58% – 3 no Governo Temer e 1 no Governo Bolsonaro). Entretanto, a rejeição por não deliberação, com perda da eficácia da MP, foi mais significativa na comissão mista (35,13% – 39 MPs, sendo 21 no Governo Dilma, 13 no Governo Temer e 5 no Governo Bolsonaro)[8] e na Câmara dos Deputados (63,87% – 99 MPs, sendo 5 no Governo Lula, 13 no

6 Muito embora o período analisado seja de 2010 a 2020, no cálculo do tempo médio de tramitação nas comissões mistas exclui-se o ano de 2020, porque não houve a instalação de comissões mistas em decorrência da pandemia da covid-19, conforme Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal n. 1, de 2020.

7 Excluídos os anos de 2010 e 2011, em razão da ADI n. 4029, e o ano de 2016, em que se verificou o processo de *impeachment* da então Presidenta Dilma Rousseff.

8 Excluído o ano de 2020 do cálculo, porque não houve a instalação da comissão mista no período em decorrência da pandemia da covid-19, conforme Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal n. 1, de 2020.

Governo Dilma, 13 no ano do *impeachment*, 14 no Governo Temer e 54 no Governo Bolsonaro). No Senado Federal, a rejeição por perda da eficácia foi bem menor (6,45% – 10 MPs, sendo 1 no Governo Lula, 2 no Governo Temer e 7 no Governo Bolsonaro).

Esses dados indicam que a decisão de rejeição da MP, seja formalmente, seja por decurso de prazo, também ocorre nas etapas iniciais do processo legislativo, e o Senado participa por meio da comissão mista e das negociações partidárias com o governo. São poucos os casos em que a segunda Câmara precisa exercer o poder de veto por rejeição ou retenção da MP, mas dispõe do recurso e utiliza-o quando necessário.

Dessa forma, também a partir dos dados de tramitação das MPs que não viraram leis, observa-se que o bicameralismo brasileiro não se mostra disfuncional, tendo o Senado exercido seu poder de veto (por rejeição formal ou por retenção até o decurso do prazo) quando as negociações políticas com a Casa iniciadora e com o governo se mostraram inviáveis, a ponto de se optar politicamente pelo restabelecimento do *status quo ante*.

Houve iniciativas legislativas de modificação do rito das MPs, que garantiram ao Senado, alternadamente com a Câmara, o controle do tempo e da redação final das medidas.[9] Em estágio mais avançado, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 91/2019 (Brasil, 2011) foi aprovada no Senado com emenda de redação,[10] tornando preclusivo o prazo de discussão e deliberação de cada uma das Casas do Congresso separadamente, mas retirando o prazo peremptório das comissões mistas.

A PEC aguarda a sessão solene de promulgação pelo Presidente do Congresso Nacional, devido a um conflito entre as Casas sobre a natureza da emenda, se de redação ou modificativa, que retarda o ato de promulgação, de natureza meramente declaratória da existência da norma jurídica (Cavalcante Filho, 2022). A par da possível judicialização da questão, o debate legislativo (aprovado com quórum qualificado de emenda constitucional) mostra que há interesse político em aprimorar o rito das MPs, assegurando maior espaço de decisão e influência ao Senado Federal.

9 Citam-se, por exemplo: as PECs n. 27/2003, n. 56/2004, n. 69/2003, n. 71/2003, n. 14/2004, n. 21/2004, n. 31/2004, n. 32/2004, n. 35/2004, n. 45/2004, n. 3/2007, n. 11/2007, n. 78/2007, n. 25/2008.

10 Segue a redação final aprovada: "Art. 62. [...] § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 deste artigo, perderão eficácia, desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes, se não forem: I – aprovadas pela Câmara dos Deputados no prazo de quarenta dias, contado do decurso do prazo previsto no § 9º ou do segundo dia útil seguinte ao recebimento do parecer da comissão mista; II – aprovadas pelo Senado Federal no prazo de trinta dias, contado do segundo dia útil seguinte à aprovação pela Câmara dos Deputados; III – apreciadas pela Câmara dos Deputados eventuais emendas do Senado Federal à medida provisória ou ao projeto de lei de conversão, no prazo de dez dias, contado do segundo dia útil seguinte à aprovação pelo Senado Federal" (Brasil, 2011).

Contudo, considerando que o impasse político-jurídico da PEC n. 91/2019 perdura há mais de quatro anos, a "não promulgação" da emenda constitucional constitui, por si, decisão política de manutenção do rito atual das MPs. Em outras palavras, entre (1) a insegurança jurídica de promulgar a PEC com emenda de redação, (2) a redação da PEC que assegura prazos peremptórios às comissões mistas e aos plenários das Casas e (3) a manutenção do rito atual, tem-se optado pela terceira opção.

Conclusão

Os dados analisados neste artigo estão em consonância com os estudos sobre o presidencialismo e a delegação de competência legislativa realizados por Limongi e outros autores citados (Figueiredo; Limongi, 2001; Backes, 2004; Araújo, 2014, 2017; Amorim Neto; Tafner, 2002; Rubiatti, 2017), no sentido de que o desenho institucional brasileiro, considerando as regras de representação política, o bicameralismo, as coalizões partidárias e as características do processo decisório, tende a criar condições para que as Casas do Congresso colaborem com a agenda do governo mediante a aprovação das proposições de iniciativa do Poder Executivo, inclusive as MPs.

A formação de uma ampla coalizão partidária tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, ainda que sejam variáveis o número efetivo de partidos políticos que integram a coalizão e o seu espectro ideológico (mais ou menos heterogêneo), tem assegurado ao governo a implementação de sua agenda político-legislativa por meio da colaboração das Casas do Congresso Nacional, com considerável taxa de sucesso também em relação às MPs.

A análise do tempo de tramitação das MPs também confirma que as negociações com o governo ocorrem por meio das coalizões partidárias e são antecipadas na comissão mista, em que a atuação das Casas é mais simétrica pela composição paritária entre deputados e senadores e pelas regras de funcionamento. Isso ocorre porque o tempo de tramitação das MPs transcorre majoritariamente nessa etapa do processo legislativo (mais de 70% nos casos de MPs que se tornaram norma). Esse achado é fundamental para compreender que o tempo de tramitação na comissão mista reduz o tempo necessário de tramitação nas Casas separadamente, mas notadamente no Senado Federal, porque tende a garantir um ajuste de preferências que torna a redação da proposição legislativa mais adequada aos atores relevantes do processo, ou seja, aos interesses representados pelas coalizões partidárias e pelo governo (não apenas pela atuação da sua base de apoio no Congresso, mas também por atuação direta de interlocutores como ministros e o próprio presidente).

Observa-se que também é maior o tempo de tramitação das MPs na Câmara dos Deputados do que no Senado Federal, etapa em que também se antecipa o ajuste de preferências dos senadores, que somente atuarão para obstruir a MP caso suas preferências não tenham sido minimamente consideradas, o que se verificou em pouquíssimos casos (no período de

2010-2020, 4 MPs foram rejeitadas pelo Plenário e 10 MPs foram retidas até perderem a eficácia).

Entretanto, as pesquisas empíricas realizadas para este artigo trazem um dado interessante e novo em relação às MPs convertidas em leis. Embora o Senado Federal não atue para obstruir essas MPs, exerce efetivamente sua competência de Casa revisora, uma vez que 70,88% das MPs editadas no período considerado (2010-2020) foram modificadas pelo Senado, com retorno à Câmara dos Deputados. Os achados diferem do comportamento do Senado como Casa revisora em relação a projetos de lei ordinária e complementar, nos quais o emendamento alcança apenas 20,4%, segundo outra pesquisa (Rubiatti, 2017).

No caso das MPs, como a vigência imediata altera o *status quo* e há um prazo constitucional para apreciação do Congresso, sob pena de perda da eficácia da medida, a retenção da proposição, diferentemente do que ocorre com os projetos de lei, tem um custo político elevado, porque acarreta o retorno ao *status quo ante* (rejeição), além de impor novo ônus às Casas de disciplinar os efeitos jurídicos da vigência temporária da MP. Há, portanto, um incentivo maior para modificar a MP e devolvê-la à Câmara dos Deputados, prolongando o processo de negociação política, do que adotar uma postura obstrucionista. Ademais, a primazia da Casa iniciadora, embora a coloque em vantagem no processo decisório, faz parte das regras do jogo, ou seja, integra o desenho institucional.

Contudo, a preponderância da atividade legislativa *formal* do Senado na apreciação de MPs indica que os senadores não abdicam do exercício de sua competência constitucional, ainda que não controlem o tempo do processo e ainda que a palavra final seja da Câmara dos Deputados. Isso mostra que, apesar de frequentes reclamações de senadores quanto ao reduzido tempo para análise e deliberação das MPs pelo Senado Federal, este tem exercido suas competências constitucionais de revisão, quando suas preferências não são adequadamente consideradas nas etapas antecedentes da tramitação, ou mesmo de veto, quando a negociação se inviabiliza. No entanto, a tramitação da PEC n. 91/2019, aprovada nas duas Casas do Congresso Nacional, a despeito do impasse político-jurídico sobre a emenda de redação, mostra que há espaço para o aprimoramento do rito das MPs, cabendo ao Senado e à Câmara definirem qual desenho institucional melhor se ajusta ao bicameralismo e ao presidencialismo de coalizão brasileiros, se a definição de prazos peremptórios de discussão e deliberação ou a alternância como Casa iniciadora.

Por fim, propõe-se, como agenda para pesquisas futuras, avaliar o comportamento da Casa iniciadora em relação às modificações da Casa revisora na apreciação das MPs, ou seja, investigar se e em que medida as alterações promovidas pelo Senado Federal são mantidas ou rejeitadas pela Câmara dos Deputados.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizão*: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod_resource/content/1/AbranchesSergio%281988%29_PresidencialismodeCoalizao.pdf. Acesso em: 17 jan. 2023.

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2002.

ARAÚJO, Paulo Magalhães. Bicameralismo: história, conceito e funções nos governos contemporâneos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 114, p. 425-472, jan./jun. 2017.

ARAÚJO, Paulo Magalhães. Bicameralismo e Poder Executivo no Brasil: a revisão de projetos presidenciais entre 1989-2010. *Opinião Pública*, Campinas, v. 20, n. 1, p. 67-95, abr. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/j/op/a/TZSWRTjM6TvT3tZkJkXkFwh/?format=pdf. Acesso em: 10 set. 2023.

ARAÚJO, Paulo Magalhães. Câmara alta e bicameralismo no Brasil: análise da produção legislativa a partir do Senado (1989-2004). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 187, p. 245-268, jul./set. 2010. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198705/000897831.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º set. 2023.

BACKES, Ana Luiza. Fortalecimento parlamentar de minorias regionais e suas razões. *In*: LEMOS, Leany Barreiro (org.). *O Senado Federal brasileiro no pós-constituinte*. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2008. p. 63-84.

BACKES, Ana Luiza. *Fundamentos da ordem republicana*: repensando o Pacto de Campos Sales. 2004. 218 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6233/000439073.pdf?sequence=1. Acesso em: 1º set. 2023.

BRASIL. *Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal n. 1, de 31 de março de 2020*. Dispõe sobre o regime de tramitação, no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de medidas provisórias durante a pandemia de Covid-19. Brasília: Câmara dos Deputados; Senado Federal, 2020. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=1&data=01/04/2020. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança n. 27931*. Mandado de Segurança preventivo – impugnação deduzida contra deliberação emanada do senhor presidente da Câmara dos Deputados que, resolvendo questão de ordem, definiu o conteúdo e o alcance da expressão "deliberações legislativas" inscrita no § 6º do art. 62 da Constituição da República [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de junho de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428086/false. Acesso em: 2 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal n. 11.516/2007. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de março de 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089. Acesso em: 2 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 11, de 18 de março de 2011*. Altera o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99477. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Questão de Ordem, de 17 de março de 2009*. Orador: Michel Temer. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=037.3.53.O&nuQuarto=74&nuOrador=2&nuInsercao=1&dtHorarioQuarto=16:26&sgFaseSessao=OD&Data=17/03/2009&txApelido=MICHEL%20TEMER%20(PRESIDENTE),%20PMDB-SP&txFaseSessao=Ordem%20do%20Dia&txTipoSessao=Ordin%C3%A1ria%20-%20CD&dtHoraQuarto=16:26&txEtapa=. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 56, de 16 de novembro de 2004*. Altera o art. 62 da Constituição Federal. (Alterar o processo de votação e tramitação das Medidas Provisórias). Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/71175. Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 27, de 28 de abril de 2003*. Altera o § 8º do artigo 62 da Constituição Federal, para determinar que as medidas provisórias terão a sua votação iniciada, alternadamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/57026. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Resolução n. 1, de 2002*. Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatualizada-pl.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001*. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm#:~:text=%C3%89%20vedada%20a%20reedi%C3%A7%C3%A3o%2C%20na,efic%C3%A1cia%20por%20decurso%20de%20prazo. Acesso em: 10 nov. 2024.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A PEC n. 91/2019 e o curioso caso da emenda que foi sem nunca ter sido. *Consultor Jurídico*, 20 set. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-set-20/fabrica-leis-pec-912019-curioso-emenda-foi-nunca-sido. Acesso em: 23 jan. 2023.

ENTENDA a tramitação da Medida Provisória. *Congresso Nacional*, [*s.d.*]. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria. Acesso em: 10 fev. 2023.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. *Executivo e Legislativo na ordem constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora FGV, 2001.

HELLER, William B. Divided Politics: Bicameralism, Parties and Policy in Democratics Legislatures. *Annual Review of Political Science*, [*s.l.*], v. 10, p. 245-269, 2007. Disponível em: https://www.annualreviews.org/content/journals/10.1146/annurev.polisci.10.071105.112758. Acesso em: 23 jan. 2023.

LIJPHART, Arend. *Patterns of Democracy*: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries. 2. ed. New Haven: Londres: Yale University Press, 2012.

LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, [*s.l.*], v. 76, nov. 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/nec/a/BFxz33vLwN9rRnGy6HQMDbz/. Acesso em: 1º set. 2023.

NEIVA, Pedro Robson Pereira. Disciplina partidária e apoio ao governo no bicameralismo brasileiro. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 183-196, jun. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/sYZgQbyv83txCDTqFW7DJPd/?lang=pt. Acesso em: 2 nov. 2024.

NEIVA, Pedro Robson Pereira; SOARES, Márcia Miranda. Senado brasileiro: casa federativa ou partidária? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [*s.l.*], v. 28, n. 81, p. 97-115, fev. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/ZGmmLJMcdgGJpnPHF8cDc8G/abstract/?lang=pt. Acesso em: 1º set. 2023.

PACHECO diz que busca mediação com a Câmara para definir tramitação de MPs. *Senado Notícias*, 24 fev. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/02/24/pacheco-diz-que-busca-mediacao-com-a-camara-para-definir-tramitacao-de-mps. Acesso em: 15 jan. 2023.

RUBIATTI, Bruno de Castro. Para além do plenário: o papel decisório das comissões no Senado Federal brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, [*s.l.*], v. 28, n. 75, e005, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/BpMmTPv3Zzr3g3Dfv8pxKJK/?lang=pt. Acesso em: 1º set. 2023.

RUBIATTI, Bruno de Castro. Sistema de resolução de conflitos e o papel do Senado como câmara revisora no bicameralismo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 23, p. 35-74, maio/ago. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/rXxbnrR48Br68XQ4ZnHHXHw/abstract/?lang=pt. Acesso em: 1º set. 2023.

SGANZERLA, Rogerio; SCOVINO, Fernanda; SALES, Alifer. Otimização do processo legislativo analisando a concentração de tempo na Mesa da Câmara dos Deputados. *In*: CERDEIRA, Pablo; VASCONCELLOS, Fábio; SGANZERLA, Rogerio (orgs.). *Poder Legislativo nacional*: uma análise da produção legislativa do país sob a ótica do Direito. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018. p. 131-177.

TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*: como funcionam as instituições políticas. Tradução: Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

TSEBELIS, George; MONEY, Jeannette. *Bicameralism*. Cambrigde: Cambrigde University Press, 1997. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=eL_eT6JMTzIC&lpg=PR10&ots=yQIecXiJam&dq=bicameralism%20pdf&lr&hl=pt-BR&pg=PR4#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 25 jan. 2023.

TSEBELIS, George; RASCH, Bjørn Erik. Patterns of Bicameralism. *In*: DÖRING, Herbert (ed.). *Parliaments and Majority Rules in Western Europe*. Frankfurt: Campus; New York: St. Martin's Press, 1995. p. 365-390. Disponível em: https://sites.lsa.umich.edu/tsebelis/wp-content/uploads/sites/246/2020/12/Patterns-of-Bicameralism.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

Gabrielle Tatith Pereira

Mestra em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Instituto Legislativo Brasileiro. Advogada do Senado Federal.

gabitpereira@hotmail.com

Fabrício Castagna Lunardi

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor Permanente do Programa de Mestrado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

fabricioclunardi@yahoo.com.br

Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia

Doutor em Ciências Sociais (área de concentração Administração Pública) pela Universidade de Lisboa. Licenciado em Estatística e Gestão de Informação pela Universidade Nova de Lisboa. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Licenciado em Estudos Gerais (com Major em Estudos Jurídicos e Minor em Física) pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor e Investigador Visitante Estrangeiro do Instituto de Ciências Exatas e da Terra, Campus Universitário do Araguaia, da Universidade Federal do Mato Grosso (ICET/CUA/UFMT). Consultor no Ministério da Justiça de Portugal.

pedro.futuros@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 11.10.2023
Aprovado: 03.07.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202440

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
UMA DECISÃO EDITORIAL, INCLUINDO *DESK REVIEW*.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
DUAS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO A DECISÃO FINAL.

1 Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, Sergipe, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-1504-8069

2 Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, Sergipe, Brasil
https://orcid.org/0009-0003-0961-3938

3 Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, Sergipe, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5826-0898

A proteção jurídico-constitucional das transidentidades pelo Supremo Tribunal Federal

THE LEGAL-CONSTITUTIONAL PROTECTION OF TRANSIDENTITIES BY THE SUPREME COURT

LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LAS TRANSIDENTIDADES POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL

Matheus de Souza Silva[1], *Lídia Nascimento Gusmão de Abreu*[2] e *Karyna Batista Sposato*[3]

Resumo
Considerando as violências e as violações sistemáticas perante a *performance* de corpos dissidentes à cis-heteronormatividade no Brasil, a construção de direitos para transidentidades tem se concentrado no âmbito jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), em contraponto a uma precariedade agravada pela sub-representação política. Em razão dessa centralidade, questiona-se: qual tem sido o desenho decisório do STF no que tange aos direitos trans? Desse modo, após revisão bibliográfica, foram mapeadas decisões na Suprema Corte sobre a temática, permitindo encontrar um espaço amostral para análise. No tocante à metodologia, foi realizada uma investigação em dois eixos: um de ordem quantitativa, para identificar a natureza das ações julgadas, e outro de ordem qualitativa, com foco no conjunto argumentativo das decisões. A análise do comportamento jurisprudencial revela uma tendência decisória relevante na garantia do direito à autodeterminação da identidade de gênero pelo STF ao reconhecer seu papel na mitigação da vulnerabilidade legislativa e jurídica desses indivíduos. O conjunto de decisões recentes, especialmente pós-modificações na composição da Corte, demonstra que, apesar de uma evolução com entendimentos firmados em prol do reconhecimento e da mitigação satisfatória das vulnerabilidades identificadas, emerge a necessidade de consolidação jurisprudencial no âmbito do STF nos casos que envolvem pessoas trans.

Palavras-chave
Transidentidades; direitos trans; Supremo Tribunal Federal; vulnerabilidade; grupos vulneráveis.

Abstract
Considering systematic violence and violations in the face of the performance of bodies dissenting from cisheteronormativity in Brazil, the construction of rights for transidentities has been concentrated in the jurisprudential scope of the Supreme Court (STF), in contrast to a precariousness aggravated by underrepresentation in the political field. Due to this centrality, the question arises: what has been the STF's decision-making design about trans rights? Thus, after a bibliographical review, Supreme Court decisions on the subject were mapped, allowing us to find a sampling space for analysis. About the methodology, an investigation was carried out on two axes: one of a quantitative nature, to identify the nature of the actions judged, and other of a qualitative nature, in the analysis of a decision-making pattern in normative and argumentative aspects. The analysis of jurisprudential behavior shows a relevant decision-making pattern in guaranteeing the right to self-determination of gender identity by the STF by recognizing its role in mitigating the legislative and legal vulnerability of these individuals. The set of recent decisions, especially after changes in the composition of the Court, demonstrates that, despite a tendency towards satisfactory recognition and mitigation of

identified vulnerabilities, there is an emerging need for jurisprudential consolidation within the scope of the STF in cases involving trans people.

Keywords
Transidentities; trans rights; Federal Court of Justice; vulnerability; vulnerable groups.

Resumen
Considerando la violencia y las violaciones sistemáticas frente a la actuación de los órganos disidentes de la cisheteronormatividad en Brasil, la construcción de derechos para las transidentidades se ha concentrado en el ámbito jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal (STF), en contraste con una precariedad agravada por la subrepresentación en el campo político. Debido a esta centralidad, surge la pregunta: ¿Cuál ha sido el diseño de toma de decisiones del STF en materia de derechos trans? Así, luego de una revisión bibliográfica, se mapearon decisiones de la Corte Suprema sobre el tema, lo que permitió encontrar un espacio muestral para el análisis. En cuanto a la metodología, se realizó una investigación sobre dos ejes: uno de carácter cuantitativo, para identificar la naturaleza de las acciones juzgadas, y otro de carácter cualitativo, en el análisis de un patrón de toma de decisiones en aspectos normativos y argumentativos. El análisis del comportamiento jurisprudencial muestra un patrón de toma de decisiones relevante para garantizar el derecho a la autodeterminación de la identidad de género por parte del STF al reconocer su papel en la mitigación de la vulnerabilidad legislativa y jurídica de estas personas. El conjunto de decisiones recientes, especialmente después de cambios en la composición de la Corte, demuestra que, a pesar de una tendencia hacia el reconocimiento satisfactorio y la mitigación de las vulnerabilidades identificadas, existe una necesidad emergente de consolidación jurisprudencial en el ámbito del STF en casos que involucran a personas trans.

Palabras clave
Transidentidades; derechos trans; Tribunal Federal de Justicia; vulnerabilidad; grupos vulnerables.

Contribuição de autoria

Matheus de Souza Silva
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; project administration; resources; software; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Lídia Nascimento Gusmão de Abreu
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; project administration; resources; software; supervision; validation; visualization; writing – review & editing.

Karyna Batista Sposato
Conceptualization; data curation; formal analysis; funding acquisition; investigation; methodology; project administration; resources; software; supervision; validation; visualization; writing – original draft; writing – review & editing.

Como citar este artigo
SILVA, Matheus de Souza; ABREU, Lídia Nascimento Gusmão de; SPOSATO, Karyna Batista. A proteção jurídico-constitucional das transidentidades pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2440, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202440

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução[1]

A reiterada busca pela jurisdição constitucional com foco em mitigar a violação dos direitos fundamentais de lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais e transgêneros, *queers*, intersexuais, assexuais, pansexuais, pessoas não binárias e mais (LGBTQIAPN+) decorre da realidade precária que tem inserido o Brasil como o país líder nos indicadores globais de violência contra essa população. O reconhecimento dos direitos de pessoas pertencentes a minorias sexuais, no panorama brasileiro, posiciona-se na atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em razão dessa proeminência jurisprudencial, justifica-se a relevância em entender como se tem decidido a Suprema Corte e, a partir disso, antever as discussões em torno da construção necessária de um direito democrático da sexualidade (Quinalha, 2022). Sobressai-se essa pertinência especialmente pela ofensiva neoconservadora que, nos últimos anos, tornou-se agenda governamental (Biroli; Machado; Vaggione, 2020). Identificar como têm ocorrido os julgamentos viabiliza a proteção dos avanços conquistados perante o risco de retrocessos resultantes dos discursos discriminatórios provenientes de grupos de pressão, como os que promoveram discussões em torno do movimento escola sem gênero (Quinalha, 2022).

A investigação proposta tem como objetivo questionar, portanto, qual tem sido o desenho decisório do STF referente aos direitos de pessoas trans, ou seja, de que forma a referida Corte tem julgado os casos que envolvem as especificidades dessa população vulnerável. A análise busca compreender a evolução decisória na defesa dos direitos das transidentidades, constatando a existência de entendimentos firmados como precedentes, quando reiterados, de modo a vislumbrar uma tendência para próximas decisões.

A revisão de literatura propõe-se a percorrer, em um primeiro momento, o papel contemporâneo das supremas cortes nas democracias constitucionais, com destaque para a realidade brasileira, utilizando como referências Vieira (2018) e Ferrajoli (1999). O embasamento teórico elucida o posicionamento ocupado pelo STF na estrutura estatal diante da necessidade de proteção de grupos vulneráveis em contraponto à ausência de atuação dos demais poderes.

Em seguida, a partir dos debates teóricos em torno da vulnerabilidade em Fineman (2010) e Sposato (2021), passa-se à análise dos espaços sociojurídicos de vulnerabilidade que permeiam as transidentidades. Esse panorama permite visibilidade para as especificidades desse grupo vulnerável, que tem sido objeto de decisão judicial, sobretudo em um contexto em que

1 Os autores agradecem o apoio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Esta pesquisa é decorrente de estudos realizados na disciplina "Direitos Humanos de Vulneráveis" no Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da Universidade Federal de Sergipe, com aulas ministradas pela Prof. Dra. Karyna Batista Sposato. A reflexão parte da importância de introduzir a vulnerabilidade como categoria jurídica e da necessidade de propor maiores discussões para grupos socialmente vulnerabilizados, como as pessoas trans.

as estruturas hegemônicas de poder reforçam a estigmatização decorrente da epistemologia da diferença sexual, conforme Preciado (2022).

Além do referencial bibliográfico, a pesquisa adota uma metodologia qualiquantitativa para analisar as decisões judiciais que envolvem pessoas trans. Para formar o banco de dados com o material analisado, realizou-se um mapeamento com palavras-chave no sistema de busca oficial do STF. Com isso, a análise divide-se em dois eixos: um quantitativo, que examina o tipo e a natureza das ações julgadas, e um qualitativo, que avalia a argumentação e as normas que orientam o padrão decisório no material coletado.

A preponderância da Suprema Corte na proteção jurídica de pessoas trans demonstra ser relevante produzir uma averiguação em torno das bases que estão fincadas nos instrumentos e sistemas de garantias propostos para esse grupo vulnerável no Brasil. Além de delinear o curso da jurisprudência que vem se estabelecendo, a referida análise explicita como os demais atores devem agir para corrigir os espaços de vulnerabilidade (Feito, 2007) que aprofundam a precarização da expressão de corpos dissidentes à cis-heteronormatividade.

1. Considerações sobre democracia constitucional e grupos vulneráveis na Suprema Corte

A elaboração de uma investigação sobre o desenho decisório do STF em casos que envolvem pessoas trans parte da compreensão em torno da posição deste tribunal constitucional ante os direitos fundamentais de grupos vulneráveis no sistema jurídico brasileiro. Compreender as influências e o contexto que deram origem à ordem constitucional vigente contribui, no plano teórico, para entendermos a posição que a Suprema Corte tem ocupado em sua função contramajoritária, mesmo com discussões sobre os limites dessa atuação.

A responsabilidade concedida ao STF como guardião da democracia constitucional resultou da experiência traumática vivenciada após o Golpe de 1964 (Vieira, 2018). A própria narrativa política originária construída em torno da Constituição Federal de 1988 (CF/88), chamada de "Constituição Cidadã",[2] demonstrava que a Assembleia Constituinte expressava uma feição esperançosa para a população, pois marcou o fim do regime totalitário vivido por duas décadas.

2 Em discurso durante a sessão que promoveu a promulgação da CF/88, Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, defendeu que haveria uma "[…] substância popular e cristã o título que a consagra: 'a Constituição cidadã'" (Brasil, 1988) e, então, arguiu o conceito da nova Carta Política como "[…] a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora" (Brasil, 1988).

A erosão das instituições democráticas provocada pelas ditaduras militarizadas latino-americanas (Biroli; Machado; Vaggione, 2020) na década de 1990 gerou, no Brasil, a preocupação do constituinte em assegurar, de forma ampla e detalhada, os direitos fundamentais aos cidadãos, visando à maior proteção possível do indivíduo ante o poder do Estado.

Assim, o processo de transição resultou em uma Carta Política com utopismo (Cunha, 1996) e um forte compromisso maximizador (Vieira, 2018). No entanto, a hiperconstitucionalização, somada ao descrédito do campo político majoritário, tem legitimado o papel proativo (Santos, 2021) do Poder Judiciário, em uma espécie de supremocracia (Vieira, 2018).[3]

Não sendo um fenômeno exclusivamente brasileiro, a proeminência dos tribunais constitucionais na estrutura política dos Estados contemporâneos, embasada na perspectiva jusfilosófica neoconstitucionalista, tem sido confrontada por questionamentos políticos quanto à sua legitimidade democrática sob a perspectiva majoritária (Sarmento; Souza Neto, 2019). Em virtude disso, discute-se o risco de decisões emancipatórias em julgamentos de desacordos morais[4] provocarem um efeito *backlash,* ou seja, uma reação dos grupos sociais (Lima; Freitas, 2020) que se sentiram desagradados pela decisão.

Em oposição às conjunturas totalitárias, para além de um pluralismo necessário de ideias, encontramos na ordem democrática uma relação conflituosa entre o princípio majoritário e a proteção das minorias (Häberle, 2003). Organicamente, tem competido às estruturas contramajoritárias, mediante considerações fundamentadas nos sistemas de garantias constitucionais e na sua própria supremacia material, a tutela desses grupos desprivilegiados pelo campo político tradicional.

Diante disso, especialmente em razão da ubiquidade do texto constitucional brasileiro, o Tribunal Constitucional, ciente do risco do citado efeito *backlash*, deve considerar e ponderar os limites do seu exercício jurisdicional, apresentando uma aplicação hermenêutica com consistência argumentativa, principalmente ao enfrentar controvérsias em sua função contramajoritária.

Essa atuação, porém, legitima-se ao superar a noção rousseauniana de povo como mera entidade numérica dotada de uma vontade geral (Ferrajoli, 2007). Nessa perspectiva plebiscitária, a soberania popular seria sinônimo de justiça, visto que o povo não incorreria em

3 No conceito de supremocracia, desenvolvido por Vieira (2018), destaca-se que, no que diz respeito a temas de natureza diversa, a decisão e o poder de última palavra cabem ao Tribunal Constitucional, em detrimento dos demais poderes.

4 Desacordos morais razoáveis referem-se a casos difíceis que, além de envolverem tópicos polêmicos e sensíveis para a sociedade por tratarem de questões morais, apresentam argumentações válidas e racionalmente razoáveis, mesmo que totalmente opostas (Silva, 2022), situando-se em uma espécie de zona de penumbra a ser enfrentada pelo intérprete.

um erro contra si próprio (Mello, 2004). Ao prevalecer a concepção ampla de democracia como um governo de cidadãos (Häberle, 2003), parte-se do pressuposto de que o Estado Democrático de Direito pressupõe um sistema de garantias constitucionais que transcende a premissa majoritária.

Tendo isso em vista, o paradigma contemporâneo de democracia constitucional implica reconhecer que nenhuma maioria, nem mesmo por unanimidade, pode utilizar-se da soberania popular como legitimação para violar direitos fundamentais de cidadãos vulneráveis, uma vez que se trata do conteúdo material da esfera constitucional do que não pode ser decidido majoritariamente (Ferrajoli, 2007).

Há, portanto, uma proeminência do Judiciário na defesa da democracia constitucional, especialmente quando observamos a dinâmica estatal moldada no constitucionalismo latino-americano pós-ditatorial. Nesse contexto, influenciado pela perspectiva neoconstitucional, o compromisso de efetivar os direitos fundamentais como papel da jurisdição constitucional tem sido essencial para operacionalizar a democracia, promovendo no Estado a inclusão de atores sociais diversos (Alarcón, 2012).

Como agente catalisador de transformações sociais (Santos, 2021), os tribunais constitucionais têm adotado o compromisso de contribuir com esse avanço no reconhecimento de novos sujeitos de direitos oriundos de grupos historicamente marginalizados, como povos originários, crianças e adolescentes, e a população LGBTQIAPN+. Ainda que longe do satisfatório, o modelo constitucional possibilitou uma maior permeabilidade para que tais grupos passassem a ter suas reivindicações discutidas em prol de uma proteção jurídica emancipatória albergada pelo sistema político decisório (Santos, 2021).

A essencialidade do Tribunal Constitucional é reforçada ao se pressupor que a defesa dos direitos fundamentais de indivíduos que compõem grupos desprivilegiados não deve se restringir ao campo da política majoritária, visto que são derrotados com frequência (Sarmento, 2020). A constatação de uma lacuna de domínio do Direito (Sposato, 2021), promovida especialmente pela ausência de garantias, implica o reconhecimento da obrigação dos próprios poderes públicos de preencher esses espaços (Ferrajoli, 2007).

Considerando tal perspectiva, na medida em que os direitos fundamentais materializam o conteúdo constitucional que protege os mais vulneráveis, em um contexto de ausência de proteção jurídica (Ferrajoli, 2007) para indivíduos socialmente precarizados prevalece a lei do mais forte (Sposato, 2013). Ao observar a tutela de direitos fundamentais de pessoas trans, objeto deste artigo, revela-se uma atividade legislativa omissa em prol de normas que tratam sobre as questões de minorias sexuais, sendo possível constatar uma vulnerabilidade legislativa resultante da inexistência de diplomas legais (Silva; Abreu; Sposato, 2023).

Diante disso, as decisões paradigmáticas, como a retificação do nome sem cirurgia de transgenitalização, reconhecendo o direito à autodeterminação, e a criminalização da homotransfobia, representando um marco no combate à discriminação, evidenciam o papel central da jurisdição constitucional perante a ausência de normatização específica. A omissão legislativa

soma-se a uma carência histórica na execução e na formulação de políticas públicas pelo Poder Executivo, que fica à mercê de maiorias ocasionais – como ocorreu em 2022, ano em que não houve verba destinada a ações de diversidade sexual (Silva, 2022).

A precarização dos direitos fundamentais pelos Poderes Executivo e Legislativo para o reconhecimento da cidadania de pessoas trans demonstra que, nesse contexto, as estruturas de natureza público-estatal acentuam os espaços de vulnerabilidade (Feito, 2007). Em razão dessa letargia, como observado, a jurisdição constitucional tem ocupado um *locus* central (Silva; Abreu; Sposato, 2023) na resolução das reivindicações de pessoas trans, tornando primordial compreender e analisar a sistemática decisória adotada, conforme esta investigação.

2. Vulnerabilidade sociojurídica das transidentidades

Mesmo com avanços no reconhecimento de grupos marginalizados como sujeitos de direitos, persiste o agravamento das vulnerabilidades decorrentes da falta de domínio do Direito (Sposato, 2021) com relação à cidadania de grupos vulneráveis ou historicamente vulnerabilizados. Nesse cenário, uma análise crítica e sistemática das questões sociojurídicas atinentes às transidentidades visibiliza as especificidades que violam o direito à autodeterminação desses indivíduos.

Logo, perquirir o papel do STF nos casos que envolvem corpos trans traz elementos importantes para verificar uma vulnerabilidade manifesta. Trata-se de uma conjuntura caracterizada por obstáculos para o exercício da autonomia política desses indivíduos e por condições de violência e violações de direitos que enfraquecem a própria democracia constitucional.

A partir de aportes teóricos em torno da vulnerabilidade, não só em uma perspectiva ontológica comum ao ser humano (Fineman, 2021), em que o episódio máximo seria a própria finitude humana (Marques; Miragem, 2014), mas, sobretudo, considerando-se os contornos conceituais de uma vulnerabilidade social decorrente de estruturas (Fineman, 2010) e ausências de reconhecimento (Fraser, 2006).

Verifica-se, ademais, que as singularidades que definem a dimensão ontológica e conferem aos seres humanos esse estatuto são também caracterizadas por serem uma vulnerabilidade constitutiva, especialmente quando entendida com relação à sua corporeidade (Cavarero, 2011), o que se aplica às transidentidades, especialmente atravessadas e sujeitadas pelas normatizações impostas pelas dinâmicas de poder hegemônicas produzidas sob a epistemologia da diferença sexual (Preciado, 2022).

Nesse sentido, a matriz teórica desenvolvida em torno da vulnerabilidade lança luz à existência de uma dimensão ontológica, inerente à própria condição humana em sua corporeidade, bem como uma dimensão social, marcada por fatores de precariedades (Butler, 2022) e pela estigmatização de características constitutivas (Cavarero, 2011). Para essa conjuntura, na literatura acadêmica, utiliza-se a vulnerabilidade como categoria taxonômica (Araújo, 2021). Superando a noção de "minoria" ligada a questões de quantidade, e insuficiente para uma crítica

social profunda, adota-se a expressão "grupos vulneráveis" para populações subjugadas, como LGBTQIAPN+ e, especificamente, as transidentidades.

Essas perspectivas levam ao reconhecimento e à problematização da condição de pessoas trans como seres humanos encarnados ou corporificados, que têm sido, no campo social, ofendidos perante sua dignidade ontológica de ser como corpo e, mais precisamente, como corpo singular. Considerando isso, o que está posto em questão não é somente a condição de finitude da vida humana, mas a própria condição humana, encarnada na singularidade de corpos vulneráveis (Cavarero, 2011). As pessoas que compõem o grupo vulnerável das transidentidades enfrentam uma vulnerabilidade social imposta pela norma cis-heteronormativa, que deve ser mitigada pelas instituições público-privadas.

Seguindo essa discussão, ao observarmos a formação cultural latino-americana, notamos que as categorias do campo da sexualidade foram impostas em nossa realidade por um "CIStema colonial moderno de gênero" (Nascimento, 2021, p. 17) que, desconsiderando os saberes locais (Foucault, 2010), interferiu nas concepções que as populações originárias tinham sobre sexo, gênero e orientação sexual. Ao romper com a configuração de sociedades originárias (Lugones, 2020),[5] que não possuíam concepções binaristas ou distinção entre gêneros, a dominação europeia instaurou uma hierarquia de gênero baseada na inferiorização da figura feminina, influenciada pelo cristianismo e sua simbologia masculina. Nesse contexto, a utilização de premissas decoloniais permite formular críticas e contemporizar os processos de colonização, bem como evidenciar que essa imposição está na base da moralidade cis-heteronormativa que historicamente vulnerabiliza corpos dissidentes.

Com a incorporação de tais aspectos morais, temas relacionados à sexualidade tornaram-se delicados no espaço público, reflexo que persiste até os dias atuais. Posteriormente, com a virada epistemológica da sexualidade, impulsionada pela sua desinstitucionalização (Foucault, 2021), ocorreu maior abertura para a construção de conhecimento. Entretanto, por meio de convenções e instituições, a cis-heteronormatividade, originada no campo moral, passou a ser reproduzida em uma epistemologia da diferença sexual (Preciado, 2022), legitimada pelo caráter científico.

Uma das expressões desse regime de poder e saber foi a patologização das sexualidades dissidentes pela medicina. A mudança desse paradigma pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no que tange à transexualidade, ocorreu somente em 2018.[6] Já na criminologia,

5 Lugones (2020) destaca que os povos originários não utilizavam categorias binárias para se referir às *performances* sociais. Como resultado da imposição violenta dessa dinâmica de poder, incrustam-se tais categorias por meio da hierarquização entre o masculino e o feminino, especialmente a partir da submissão do papel social desta.

6 Antes da reclassificação, oficializada em 2019, a OMS considerava a transexualidade um distúrbio ou um transtorno mental, sendo utilizado, para identificação, o CID-11. Com a alteração publicada na 11ª edição

o comportamento do indivíduo que fugia à normatividade imposta era considerado desvio, levando à perseguição judicial desses indivíduos, tidos como potenciais criminosos (Preciado, 2022).

Nas ciências humanas, o ideal cis-heteronormativo baseou-se em teorias essencialistas que defendiam a existência de uma condição intrínseca entre o elemento biológico (sexo), representado pelo aparelho genital, e a *performance* social do indivíduo (Sposato; Silva; Abreu, 2023). Tal concepção foi normatizada no discurso hegemônico por meio das categorias "cis", para pessoas que apresentam uma identificação com o sexo atribuído ao nascimento, e "trans",[7] para aquelas que não se identificam com o sexo atribuído ao nascimento e adotam práticas de transição de gênero (Preciado, 2022).

Assim, a racionalização da sexualidade promovida pela ciência absorveu elementos da moralidade promovida pela colonialidade de gênero (Nascimento, 2021) e construiu uma dinâmica de poder repressiva aos corpos trans. Portanto, atesta-se a vulnerabilidade das experiências corporais dissidentes à cis-heteronormatividade, especialmente quando constatado que, ao desafiar esse sistema que não permite qualquer desacordo pelo indivíduo (Sposato; Silva; Abreu, 2023), a performatividade do indivíduo seria passível de atos de violência normalizados utilizando a discursividade cis-heteronormativa como justificativa.

A violação da dignidade decorrente da sujeição enfrentada pelas transidentidades em sua dimensão pública expõe que a vulnerabilidade pode ser distribuída de maneira desigual (Butler, 2022), na medida de sua precariedade – uma condição social de exposição corporal indesejada em populações marginalizadas, como pessoas transgêneras, apátridas, pobres e mulheres (Butler, 2019). Além disso, revela como essa precarização produz uma invisibilidade em que corpos violentados nem sequer são passíveis de luto e comoção, pois não eram reconhecidos como plenamente humanos ou eram vistos como menos humanos (Pulkkinen, 2020). Essa realidade é evidenciada na situação da população trans no Brasil, onde a falta de uma reação mais contundente é notável e grave, apesar de o país ocupar o primeiro lugar nos indicadores de violência contra essa comunidade.

Dados extraídos do dossiê *Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil*, relativos ao ano de 2022, indicam que, entre a população LGBTQIAPN+, 61% das vítimas eram corpos

da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), buscou-se eliminar o estigma da patologização, criando-se um espaço destinado à saúde sexual e, assim, passando a tratar, cientificamente, a transexualidade como uma incongruência de gênero (OMS [...], 2019). A modificação desse paradigma impacta diretamente as questões internas dos países, tendo em vista que a classificação produzida pela OMS é utilizada como modelo no âmbito da saúde.

7 Incluem-se no termo "trans" categorias identitárias como pessoas não binárias, travestis, transexuais, mulheres transgêneras, homens transgêneros, transmasculines (Nascimento, 2021, p. 19).

transgenerificados, uma situação que se agrava quando se observam marcadores sociais como raça, que correspondem a 80% das vítimas (Acontece Arte e Política; Antra; ABGLT, 2023).

Essas estatísticas evidenciam a condição de vulnerabilidade dos corpos trans, que têm seus direitos fundamentais violados e sua cidadania prejudicada pelo poder público. Diante disso, aumenta a demanda pelo Poder Judiciário, especialmente pela jurisdição constitucional, para intervir nas violações de direitos dessa população. Tal centralidade e protagonismo tornam relevante compreender como tem sido construído o desenho decisório da Suprema Corte nessa problemática.

3. Desenho decisório do STF em casos de pessoas trans

O percurso desenvolvido constata um panorama de protagonismo da jurisdição constitucional como *locus* contramajoritário, em virtude da letargia das demais esferas estatais, para a cidadania de pessoas trans. Diante disso, para responder à pergunta inicial que orienta o comportamento decisório do STF nesses casos, adotou-se uma metodologia que combina as dimensões quantitativa e qualitativa.

A coleta do conjunto de decisões analisadas foi realizada a partir de termos como "trans", "pessoas trans", "pessoa trans", "transexual", "transexualidade", "mulher trans", "homem trans" e "transidentidades" no campo de busca de jurisprudência do STF, considerando o período entre 25/06/2023 e como data final 01/09/2023. Foram observadas, portanto, as publicações disponíveis no Diário Oficial.

Para selecionar as decisões finais, optou-se, metodologicamente, por eliminar aquelas que não tratavam de questões de identidade de gênero ou que as tratavam de forma indireta, tentando abarcar questões de minorias sexuais de forma genérica e uniforme. Justifica-se esse encaminhamento tendo em vista que, como exposto, historicamente, tem ocorrido um apagamento das especificidades de pessoas trans devido à hegemonia de outros integrantes da sigla LGBTQIAPN+.

O banco de dados definitivo, formado para a análise, contém o conteúdo decisório de 22 ações (a saber, RE n. 845.779 [Brasil, *s.d.*]; ADI n. 4.275 [Brasil, 2018a]; RE n. 670.422 [Brasil, 2014]; Rcl n. 32.223 [Brasil, 2020a]; Rcl n. 30.939 [Brasil, 2018b]; Rcl n. 31.102 [Brasil, 2018c], ADO n. 26 [Brasil, 2019a]; Rcl n. 42.519 [Brasil, 2020b]; Rcl n. 33.448 [Brasil, 2019b], ADPF n. 465 [Brasil, 2020c]; ADPF n. 462 [Brasil, 2019c]; ADPF n. 457 [Brasil, 2020d]; ADPF n. 526 [Brasil, 2020e]; ADPF n. 600 [Brasil, 2020f]; ADPF n. 787 [Brasil, 2021a]; Rcl n. 49.285 [Brasil, 2021b]; HC n. 222.503 [Brasil, 2022a]; HC n. 216.599 [Brasil, 2022b], ADPF n. 527 [Brasil, 2023a]; Rcl n. 60.580 [Brasil, 2023b]; Rcl n. 57.620 [Brasil, 2023c]; Rcl n. 52.104 [Brasil, 2022c]), abrangendo tanto decisões monocráticas quanto colegiadas no plenário.

A partir do conteúdo coletado, a análise individual consistiu no levantamento de informações sobre a tipologia dessas ações, bem como na argumentação utilizada no enfrentamento

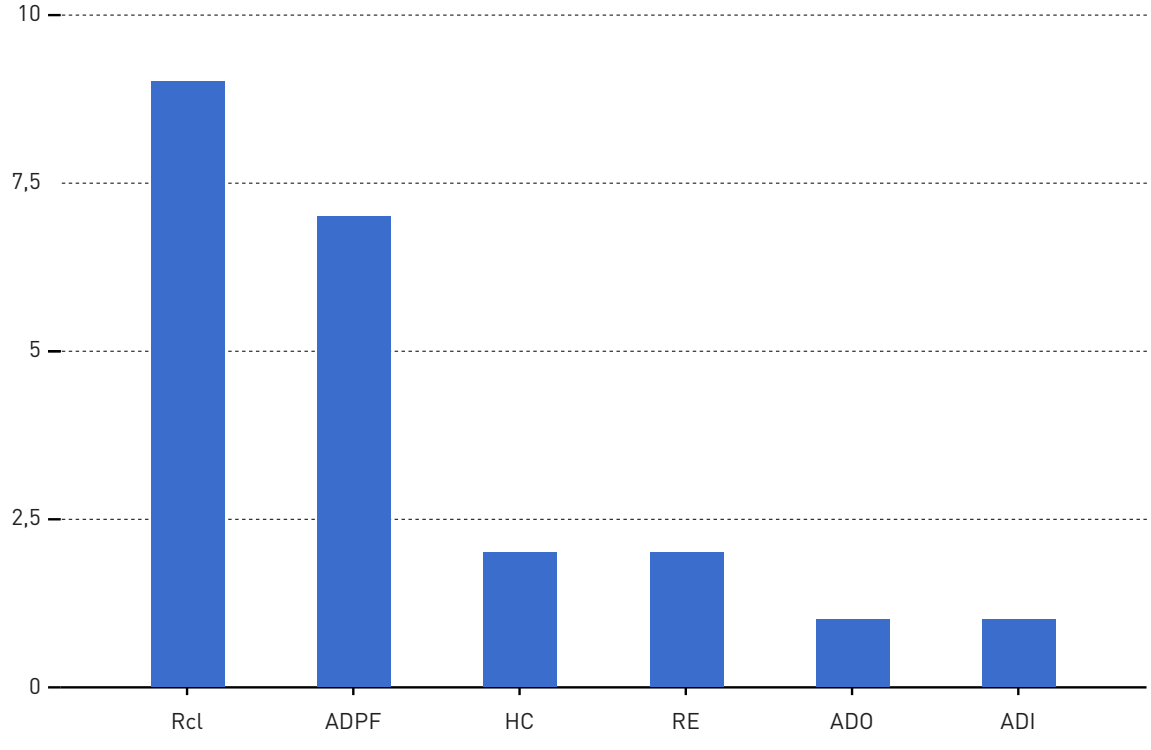
da matéria e nas próprias noções de sexo, gênero e identidade de gênero. Com esses parâmetros, a análise busca destacar o comportamento da Suprema Corte e identificar tendências decisórias que tenham orientado a proteção – ou a falta dela – dessas questões no Direito brasileiro.

3.1. Da análise quantitativa

Inicialmente, a observação da natureza das ações no material empírico coletado mostra que não há um padrão, pois o modo de pleitear a tutela de direitos fundamentais para pessoas trans tem sido diversificado. Apesar disso, predominam as ações de controle concentrado (41%) e originárias (41%), em comparação às ações recursais (9,5%) e de remédio constitucional (9,5%), que, naturalmente, têm menor abrangência e flexibilidade em uma Suprema Corte.

Em seguida, aprofundando a análise, destaca-se o número de ações do tipo Reclamação Constitucional (Rcl – 40,9%) e do tipo Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – 31,8%), conforme ilustrado no Gráfico 1, a seguir.

GRÁFICO 1 – **Tipologia das ações**



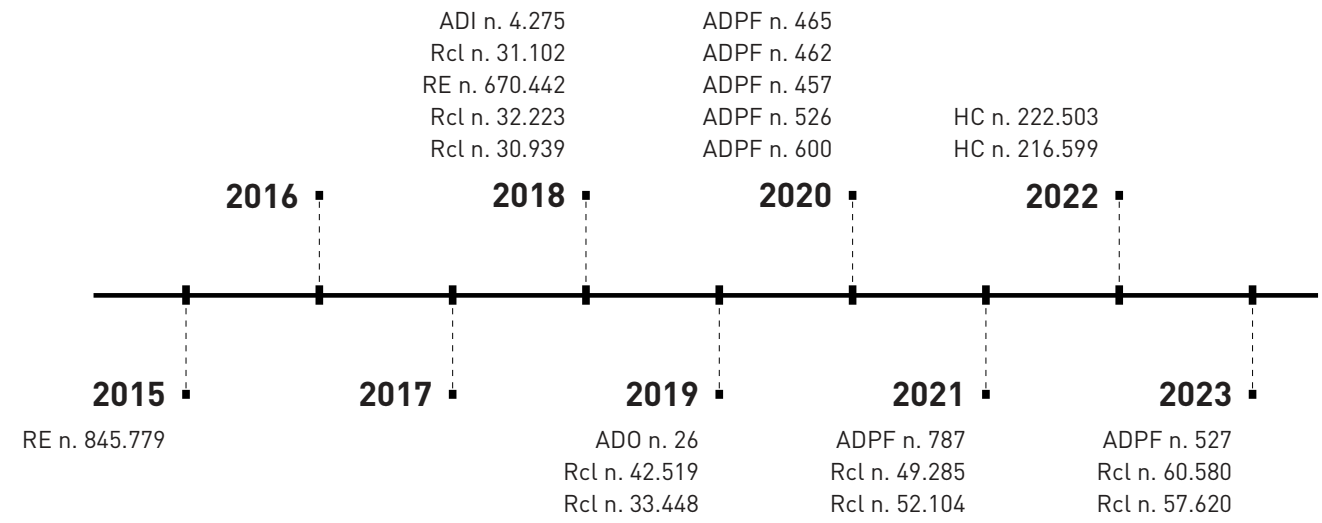
Fonte: Elaboração própria.

Ao analisarmos o critério temporal e a dimensão linear, percebemos que, embora a decisão primária sobre o RE n. 845.779 tenha ocorrido em 2015, a discussão sobre os direitos de pessoas trans no STF ganhou maior relevância após 2018. Nesse ano, a Organização das Nações

Unidas (ONU) retirou a transexualidade do rol de doenças mentais, contribuindo para a despatologização internacional dessa identidade de gênero. No cenário político majoritário, entretanto, surgiram discursos contrários ao reconhecimento da identidade de gênero. A resistência, como reação ao poder (Foucault, 2022), tornou-se evidente. O risco de retrocessos motivou uma mobilização ainda maior pela atuação do STF na proteção dos direitos de pessoas trans, preenchendo a omissão dos demais poderes.

A análise quantitativa também constata, entre as tipologias de ações mais frequentes, uma regularidade em julgamentos de Rcl ao longo dos anos, enquanto as decisões em ADPF se concentram em 2020, conforme ilustrado no Gráfico 2.

GRÁFICO 2 – **LINHA DO TEMPO DAS DECISÕES COLETADAS**



Fonte: Elaboração própria.

Observa-se que a finalidade da Rcl reside na manutenção da competência e no respeito às decisões do STF (Silva, 2021). A conjuntura de ausência de domínio do Direito (Sposato, 2021) provocada por decisões de primeira instância, opostas à jurisprudência firmada no STF, mostra-se evidente no reconhecimento da procedência de 61,5% das Rcls, ratificando o compromisso da Suprema Corte em romper com a vulnerabilidade jurídica constatada.

Ao analisar as seis ADPFs (ADPF n. 465, ADPF n. 462, ADPF n. 457, ADPF n. 526, ADPF n. 600, ADPF n. 787)[8] julgadas em 2020 sob uma perspectiva temática, observa-se

8 Nesses julgados, com base na análise de Silva (2022), tem prevalecido o entendimento jurisprudencial no STF de que há uma inconstitucionalidade formal, considerando que a Constituição estabelece que a

que essas ações têm em comum o questionamento da inconstitucionalidade de normas que proibiam o ensino de gênero. Em termos metodológicos, esclarece-se que a amostragem inicial, sem o filtro de conteúdo, indicou a existência de mais ações com esse objeto, incluindo algumas ainda pendentes de julgamento, mas que abordavam de forma genérica a categoria da identidade de gênero relacionada às transidentidades,[9] exigindo o devido recorte metodológico nesses casos.

A atuação intensa do STF para solucionar a controvérsia comum decorre de um contexto político em que o discurso neoconservador, a partir de 2018, incorporou a denúncia de uma "ideologia de gênero" (Biroli; Machado; Vaggione, 2020) às agendas governamentais.[10] A defesa de uma neutralidade na prática pedagógica baseava-se em alegações morais de que a educação sexual seria uma apologia à expressão de sexualidades dissidentes (Quinalha, 2022). Essa ofensiva indica a persistência da tentativa de firmar elementos morais oriundos da colonialidade de gênero (Nascimento, 2021) que deram origem à cis-heteronormatividade.

O Gráfico 3, a seguir, reúne o material analisado conforme a temática das ações.

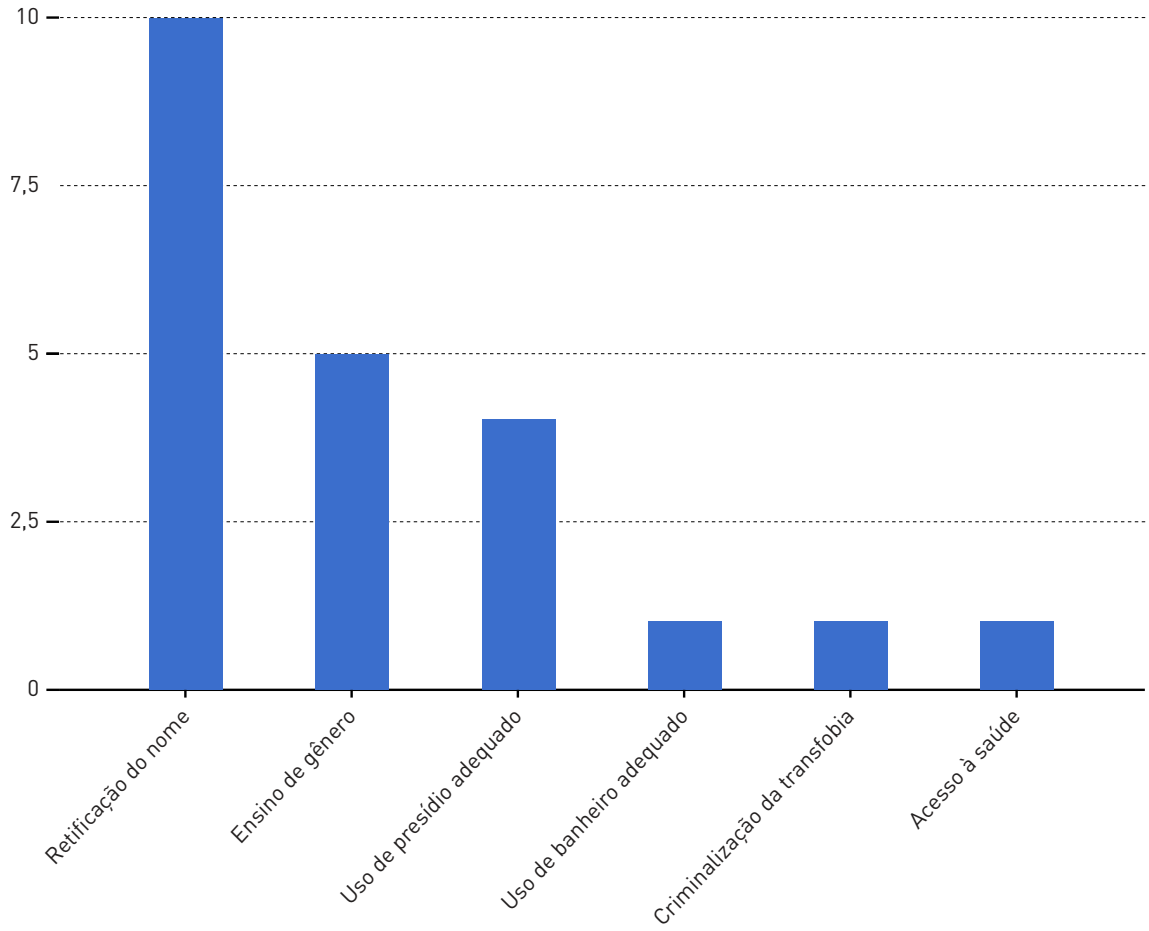
• • •

competência para normas de educação não é do Estado. Apesar de as decisões abordarem essa questão, há um reforço argumentativo destacando a necessidade de pluralidade no ambiente escolar, bem como a ideia de que normas que proíbem o ensino da diversidade sexual e de gênero resultam em discriminação, violando os preceitos constitucionais.

9 A confusão errônea entre orientação sexual, relacionada a questões afetivas, e identidade de gênero, referente à *performance* dissidente ou não da concepção binarista, como destacam Almeida e Vasconcellos (2018), embaça a necessidade de serem enxergados os problemas específicos que afetam os indivíduos que compõem o grupo vulnerável das minorias sexuais. Especialmente pelo histórico de invisibilização das identidades trans, mostrou-se necessário proceder com esse recorte.

10 Houve uma pressão social, especialmente a partir do *slogan* da "ideologia de gênero". Para Barzotto e Seffner (2020), a utilização desse termo por determinados atores sociais foi resultado de uma tentativa de romper com os avanços de preceitos laicos e seculares na educação.

GRÁFICO 3 – **TEMÁTICA DAS AÇÕES**



Fonte: Elaboração própria.

Acerca das demais ações, as de retificação do nome de pessoas trans foram as mais frequentes (45,4%), seja em sede de recurso extraordinário (RE n. 670.422), ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 4.275) e, principalmente, em reclamação constitucional (Rcl n. 52.104, Rcl n. 32.223, Rcl n. 30.939, Rcl n. 31.102, Rcl n. 42.519, Rcl n. 33.448, Rcl n. 49.285, Rcl n. 57.620). De forma menos expressiva, houve a busca da tutela de pessoas trans para a utilização de presídios e banheiros adequados à sua identidade de gênero (18,1% e 4,6%, respectivamente).

3.2. Análise qualitativa

Inicialmente, ressalta-se um padrão decisório do STF baseado em um fundamento legal com destaque para as normas e jurisprudências do direito internacional para a proteção de minorias sexuais. A necessidade de um suporte exógeno resulta da vulnerabilidade legislativa diante dos corpos trans no ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de normas específicas para mitigar a condição de violação à dignidade desses indivíduos tem levado a uma centralidade do STF na garantia dos direitos fundamentais (Silva; Abreu; Sposato, 2023).

Ressalta-se, especificamente, a ênfase nos Princípios de Yogyakarta, primeira proteção internacional para LGBTQIAPN+ (Silva, 2022), oriunda do Conselho de Direitos Humanos

da ONU, que dispõe sobre a necessidade de atenção especial dos Estados à realidade desses indivíduos, exigindo, inclusive, a existência de articulações internas com a finalidade de que seja garantido o desenvolvimento dos direitos LGBTQIAPN+ (Accioly; Silva; Casella, 2019).[11]

Seja como reforço argumentativo ou como *ratio decidendi,* o julgamento de direitos trans pelo STF tem sido marcado por um constante diálogo com o Sistema Interamericano, especialmente pela formação de uma base essencial para a compreensão do direito à autodeterminação da identidade de gênero.[12]

Assim, houve, de forma massiva, referência à Opinião Consultiva n. 24/2017,[13] da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que garantiu a proteção das normas do sistema regional para a retificação do nome e a adequação dos registros públicos (CIDH, 2017). Embora a contribuição do Sistema Interamericano seja muito utilizada como reforço argumentativo (Leal; Vargas, 2021) na hermenêutica constitucional, a decisão sobre retificação de nome de pessoas trans foi interpretada conforme o Pacto de São José.

Considerando outras questões, há um padrão de compreensão da Corte Constitucional em torno da categoria de identidade de gênero, que partiu da constatação da histórica patologização e da relevância em romper essa estigmatização. Tal conjuntura é utilizada como pressuposto para legitimar a responsabilidade do Poder Judiciário em romper com o contexto histórico de marginalização, como quando destacado que se trata de "condição pessoal" (Brasil, 2018b) ou quando entende a necessidade se retirar "qualquer resquício de abordagem patologizante" (Brasil, 2018a).

Apesar de existir uma repetição desse entendimento nos votos, o que indicaria um padrão argumentativo, foi encontrada, em voto específico, uma menção inadequada da transexualidade com o sufixo "-ismo", reproduzindo um discurso essencialista e patologizante[14] que precisa ser combatido. A despatologização é uma das questões reivindicadas pelas pessoas trans, visto que, como exposto, reflete como a epistemologia da diferença sexual foi utilizada como pressuposto para o campo científico ou criminológico, quando associada à potencialidade para cometer crimes (Preciado, 2022).

11 *Vide* ADPF n. 527, ADPF n. 600, ADPF n. 462, RE n. 845.779, Rcl n. 60.580, ADPF n. 457, ADPF n. 526, ADPF n. 787 e ADO n. 26.

12 *Vide* ADI n. 4.275, RE n. 670.422, ADO n. 26, ADPF n. 465, ADPF n. 457, ADPF n. 600, ADPF n. 526 e ADPF n. 562.

13 A manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos surgiu por pedido da Costa Rica. Entre os pontos, buscou-se questionar como deve ser o trâmite procedimental, seja por via administrativa ou jurisdicional, da retificação do nome de pessoas trans, bem como questões de direito patrimonial.

14 *Vide* RE n. 670.422 e ADI n. 4.275.

Na análise das decisões sobre identidade de gênero, observa-se, dentro dos argumentos nos votos, uma compreensão no sentido de defender a desnecessidade da cirurgia de transgenitalização para o reconhecimento da identidade de gênero, rompendo com o viés essencialista do determinismo biológico. Esse entendimento permite extrair o impacto da ADI n. 4.275 na afirmação dessa interpretação constitucional, uma vez que decisões posteriores[15] citam esse julgado como precedente firmado pela Suprema Corte. Ao desconsiderar a transgenitalização como fator para atestar a identidade de gênero, o precedente firmado a partir da ADI n. 4.275 caminha no rompimento das ideias essencialistas que associam aparelho genital à *performance* social de gênero (Sposato; Silva; Abreu, 2023). Obrigar os indivíduos a passarem por processos médicos com certo perigo poderia configurar-se como uma violação à própria ideia de direito à autodeterminação e, consequentemente, à dignidade da pessoa humana. Com isso, o entendimento mitiga o espaço de vulnerabilidade (Feito, 2007) que estigmatiza procedimentos cirúrgicos e práticas de transição de gênero.

No âmbito do Executivo, quanto à questão dos presídios, há governos estaduais que exigem, de forma inconstitucional, a cirurgia como critério para reconhecer o corpo trans.[16] A persistência de discursos cis-heteronormativos na esfera estatal, como esse que permeia a questão das transidentidades e do presídio adequado ao gênero, denota como a vulnerabilidade de corpos trans é agravada dentro do ambiente carcerário (Santos, 2020).

Para além dessa questão, como visto anteriormente pelo contingente de reclamações, o sistema jurídico persiste com estruturas que impõem obstáculos inconstitucionais para a retificação do nome de pessoas trans.[17] Ao recorrer à vulnerabilidade como categoria epistemológica, torna-se evidente, na dimensão social, como as estruturas (Fineman, 2010) reproduzem normatizações violentas que precarizam esses corpos (Butler, 2022).

Pode-se extrair dessa condição que, apesar de serem decisões monocráticas, o STF subsiste, de forma expressiva e resistente, considerando relevante sua posição no sistema jurídico de proteção contramajoritária dos direitos conquistados pela população trans. A estrutura do Tribunal Constitucional brasileiro tem caminhado, nas decisões analisadas, no sentido de tutelar e proteger (Häberle, 2003) o que seriam as minorias políticas ou, como tratado anteriormente, os grupos vulneráveis, entre os quais estão as transidentidades.

Ademais, na decisão da medida cautelar da ADPF n. 527, proferida pelo relator ministro Luís Roberto Barroso, houve uma distinção entre as transexuais e as travestis sob a justificativa

15 *Vide* ADPF n. 527, ADPF n. 787, Rcl n. 50.580 e Rcl n. 57.620.

16 O estado de São Paulo tem ignorado a jurisprudência do STF e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), indicando que deve prevalecer a identidade biológica dos indivíduos na medida em que entende o procedimento cirúrgico como um elemento para a consideração da identidade de gênero (Rossi, 2023).

17 *Vide* Rcl n. 57.620, Rcl n. 52.104, Rcl n. 49.285 e Rcl n. 31.102.

de existir uma "assimetria informacional" (Brasil, 2023a), alegando que as travestis, diferentemente das transexuais, não apresentariam "aversão a seu sexo biológico" em relação ao seu órgão genital. No entanto, "trans" é um termo guarda-chuva que abrange diversas vivências, como a travesti – caracterizada não por elementos biológicos, mas pela performatividade política de afirmação (Nascimento, 2021), exclusivamente latino-americana.[18] Nesse momento, evocar que houve uma imposição de gênero da matriz europeia sobre os povos originários dessa localidade (Lugones, 2020) possibilita reivindicar a importância de criticar o que foi imposto pela colonialidade em termos de gênero e sexualidade.

Observa-se o entendimento da Suprema Corte sobre seu relevante papel ao constatar que há uma "jurisprudência consolidada" (Brasil, 2019c) no sentido de "não poder se omitir" (Brasil, 2018a) de reconhecer os direitos fundamentais à autodeterminação de pessoas transexuais, bastando a livre manifestação da vontade do indivíduo. Esses trechos reconhecem a responsabilidade do Poder Judiciário como agente de transformação social (Alarcón, 2012), preenchendo a ausência de domínio do Direito (Sposato, 2021) que produz contextos de vulnerabilidade social.

Apesar disso, no julgamento colegiado em plenário mais recente, diante da questão do estabelecimento prisional adequado à identidade de gênero, o entendimento majoritário acompanhou a divergência do ministro Ricardo Lewandowski. Em razão de uma normatividade do CNJ, buscou-se adotar uma postura de autocontenção sob a justificativa de que a "atuação desta Corte no âmbito da jurisdição constitucional deve dar-se apenas excepcionalmente" (Brasil, 2023b).

Destaca-se esse caso em razão da alteração na composição da Corte perante os casos paradigmáticos que construíram uma jurisprudência favorável, merecendo atenção especialmente pela entrada de ministros próximos à agenda moral de grupos tradicionalistas (Biroli; Machado; Vaggione, 2020), abrindo espaço para uma discursividade oposta à jurisprudência até então firmada. Essa condição reforça a necessidade de a Suprema Corte assumir sua responsabilidade institucional na manutenção dos direitos fundamentais mínimos reconhecidos para pessoas trans em seus julgados.

Considerações finais

Neste artigo, buscou-se delinear o comportamento decisório do STF com relação ao reconhecimento e à proteção jurídica de direitos fundamentais de pessoas trans. A análise da construção

18 Para Feliciano (2023), a diferenciação entre a *performance* da mulher travesti e transexual deve existir exclusivamente a partir da autoidentificação, sendo crucial partir da premissa de que ambas as identidades são femininas. Ademais, a compreensão da travesti a partir da sua característica sociocultural decorre de ser uma identidade de gênero não traduzida para outros contextos fora da América Latina.

jurisprudencial evidenciou o papel da Suprema Corte na redução da vulnerabilidade sociojurídica representada por violências e violações sistemáticas que atingem corpos e identidades trans no Brasil.

O percurso teórico, partindo das democracias constitucionais contemporâneas e da superação do conceito clássico de premissa majoritária como sinônimo de legitimidade democrática, permitiu sustentar a posição dos tribunais constitucionais como *locus* fundamental para a garantia do sistema de direitos fundamentais, inserido no paradigma jurídico contemporâneo, conforme preconizado por Ferrajoli (2007) em seus escritos.

Igualmente, no escólio de Vieira (2018), destaca-se que fatores como a hiperconstitucionalização e o descrédito do campo político ampliaram a proeminência da Suprema Corte como âmbito de reconhecimento dos direitos fundamentais de populações estigmatizadas, o que se aplica à população LGBTQIAPN+, grupo vulnerável ao qual as transidentidades pertencem.

No entanto, a dimensão moral da cis-heteronormatividade foi problematizada como elemento de reforço e perpetuação das discriminações históricas que têm impedido o pleno exercício dos direitos democráticos relacionados à sexualidade (Quinalha, 2022). Assim, no bojo das discussões teóricas e conceituais sobre vulnerabilidade conduzidas por Fineman (2010), Sposato (2021) e Feito (2007), observa-se que o Estado tem contribuído para a ampliação de espaços de omissão e negligência no reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas que desafiam os padrões da cis-heteronormatividade. Esse cenário é especialmente perceptível no âmbito das responsabilidades público-estatais dos Poderes Legislativo e Executivo, restando ao STF a tarefa de mitigar essa condição.

A pesquisa, portanto, utilizando-se de metodologia qualiquantitativa, traçou o caminho decisório de evolução jurisprudencial constitucional, identificando inicialmente uma vulnerabilidade na seara jurídica, que se denota pelo contingente de ações que busca reverter as decisões de primeira instância que, mesmo com jurisprudência consolidada pelo STF, persistem em inserir obstáculos ao livre exercício da autodeterminação de pessoas trans.

Além disso, observa-se um entendimento consolidado no sentido de dispensar a necessidade da cirurgia de transgenitalização, rompendo com o discurso essencialista – esta observação é atestada na medida em que há precedente firmado na ADI n. 4.275, tornando-se um padrão reiterado em decisões posteriores com citação. A análise qualitativa das decisões também revelou a persistência de uma vulnerabilidade legislativa para os direitos dessa população, levando a Suprema Corte, além das normas principiológicas da Constituição, a se apoiar em normas de direito internacional que têm avançado no reconhecimento de direitos de pessoas trans, como os Princípios de Yogyakarta e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Apesar dos direitos e proteções conquistados, a evolução alcançada enfrenta ofensivas sob discursos incrustados em pretextos morais – tal conjuntura foi evidenciada na análise quantitativa das ações relacionadas ao ensino de diversidade sexual e de gênero. Assim, é perceptível que ainda persistem riscos de retrocessos nos direitos já reconhecidos. Ao considerar a

vulnerabilidade como marco teórico, destaca-se a relevância de mitigar contextos e novos espaços que agravem a precariedade (Butler, 2022) desses indivíduos, visto que tais situações representam uma violação à sua dignidade.

Romper com o *status quo* e com a estrutura dominante da cis-heteronormatividade requer um esforço constante e contínuo para consolidar os avanços já alcançados, especialmente no âmbito do Poder Legislativo, o que proporciona maior segurança e reduz a suscetibilidade a possíveis mudanças erráticas e oportunistas. Embora ainda haja um longo caminho a percorrer, ao reconhecer sua responsabilidade como ator central na redução da vulnerabilidade de pessoas trans, em sua dimensão social, o STF desempenha um papel de destaque na desconstrução de hegemonias e na busca pela emancipação de um grupo historicamente estigmatizado.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público.* 24. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

ACONTECE ARTE E POLÍTICA; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA); ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS (ABGLT). *Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil*: Dossiê 2022. Florianópolis: Acontece; ANTRA; ABGLT, 2023.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo e internacionalismo nos marcos da regeneração democrática: estratégias jurídicas para a efetividade do direito à verdade, à memória e à reparação. *Revista Argumenta*, [*s.l.*], v. 16, n. 16, p. 173-194, 2012.

ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 302-333, maio/ago. 2018.

ARAÚJO, Luana Adriano. Vulnerabilidade: por uma taxonomia de seus usos na práxis jurídica. *Revista Sapere aude*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 522-537, jul./dez. 2021.

BARZOTTO, Carlos Eduardo; SEFFNER, Fernando. Escola Sem Partido e sem gênero: redefinição das fronteiras público e privado na educação. *Revista da FAEEBA – Educação e Contemporaneidade*, Salvador, v. 29, n. 58, p. 150-167, abr./jun. 2020.

BIROLI, Flávia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. *Gênero, neoconservadorismo e democracia*: disputas e retrocessos na América Latina. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 15/08/2023. [2023a]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 60.580/SP*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 05/09/2023. [2023b]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6675554. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 57.620/MG*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 26/01/2023. [2023c]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6548431. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus n. 222.503/SP*. Relator: Min. André Mendonça. Data de julgamento: 09/12/2022. [2022a]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6523145. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus n. 216.599/SP*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 28/07/2022. [2022b]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6424092. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 52.104/SP*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 04/03/2022. [2022c]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6353779. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 787/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 28/06/2021. [2021a]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6093095. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 49.285/MG*. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 13/09/2021. [2021b]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6252529. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 32.223/RJ*. Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 24/03/2020. [2020a]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5567288. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 42.519/MG.* Relatora: Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 23/11/2020. [2020b]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5970257. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 465/TO*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 24/08/2020. [2020c]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344415048&ext=.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 457/GO*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 27/04/2020. [2020d]. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 526/PR*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 11/05/2020. [2020e]. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752833807. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 600/PR*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 24/08/2020. [2020f]. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753837225. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 13/06/2019. [2019a]. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 33.448/SP*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 26/04/2019. [2019b]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5636100. Acesso em: 21 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 462/SC*. Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 16/12/2019. [2019c]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204908. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 01/03/2018. [2018a]. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200. Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 30.939/PR*. Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 26/09/2018. [2018b]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5493642. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Reclamação Constitucional n. 31.102/PR*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 21/08/2018. [2018c]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5504942. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 670.422/RS*. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 11/09/2014. [2014]. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788. Acesso em: 4 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988*. Publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. [1988]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 845.779/SC*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, [*s.d.*]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292. Acesso em: 4 set. 2023.

BUTLER, Judith. *Vida precária*: os poderes do luto e da violência. Tradução Andreas Lieber. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2022. (Filô).

BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa de assembleia. Tradução Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CAVARERO, Adriana. *Horrorism*: Naming Contemporary Violence. Nova York: Columbia University Press, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Opinión Consultiva n. 24/2017*. Julgado em 24/11/2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, Direito e utopia*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FEITO, Lydia. Vulnerabilidad. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, v. 30, n. 3, p. 7-22, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías*: la ley del más débil. Madri: Trotta, 1999.

FINEMAN, Martha Albertson. Universality, Vulnerability, and Collective Responsibility. *Les Ateliers de l'Éthique / The Ethics Forum*, Montreal, v. 16, n. 1, p. 103-116, 2021. Disponível em: https://philpapers.org/rec/ALBUVA. Acesso em: 21 nov. 2024.

FINEMAN, Martha Albertson. The Vulnerable Subject and the Responsive State. *Emory Law Journal*, [*s.l.*], v. 60, n. 2, p. 251-275, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilho Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022. (v. 1. A vontade do saber).

FOUCAULT, Michel. *Sobre a sexualidade*: cursos e trabalhos de Michel Foucault antes do Collège de France. Tradução Vera Ribeiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". *Cadernos de Campo (São Paulo-1991)*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 231-239, 2006.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial; Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; VARGAS, Eliziane Fardin de. Ius Constitucionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de *standards* protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* [*s.l.*], v. 11, n. 2, 2021.

LIMA, Isan Almeida; FREITAS, Marcelo Politano de. A dignidade da pessoa humana no contexto pós-moderno e a violação de direitos de minoria. *Opará: Etnicidades, Movimentos Sociais e Educação*, Paulo Afonso, v. 8, n. 13, e132017, 2020.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista hoje*: perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. p. 52-83.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NASCIMENTO, Letícia Carolina Pereira do. *Transfeminismo*. São Paulo: Jandaíra, 2021.

OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais. *Nações Unidas*, 6 jun. 2019. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/83343-oms-retira-transexualidade-da-lista-de-doen%C3%A7as-mentais#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde,lhes%20foi%20atribu%C3%ADdo%20no%20nascimento. Acesso em: 13 set. 2023.

PRECIADO, Paul B. *Eu sou o monstro que vos fala*: relatório para uma academia de psicanalistas. Tradução Carla Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

PULKKINEN, Tuija. Vulnerability and the Human in Judith Butler's and Adriana Cavarero's Feminist Thought: A Politics of Philosophy Point of View. *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, [*s.l.*], v. 23, n. 2, p. 151-164, 2020.

QUINALHA, Renan. *Movimento LGBTI+*: uma breve história do século XIX aos nossos dias. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

ROSSI, Amanda. SP ignora STF e nega transferência de mulheres trans para prisões femininas. *UOL*, 2 ago. 2023. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/08/02/sp-ignora-stf-e-nega-transferencia-de-mulheres-trans-para-prisoes-femininas.htm. Acesso em: 2 out. 2023.

SANTOS, Cristian Patric de Sousa. *Cortes constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias*: propostas de abertura da jurisdição constitucional concentrada brasileira a partir da experiência colombiana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SANTOS, Kalyne Alves Andrade. *O lugar da mulher trans no cárcere*. 2020. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2020.

SARMENTO, Daniel. *Crise democrática e a luta pela constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA, Matheus de Souza. *Democracia e direitos de minorias e grupos vulneráveis*: julgamentos de desacordos morais em direitos da população LGBTQIA+ pelo Supremo Tribunal Federal. 2023. 132 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Bahia, Paulo Afonso, 2023.

SILVA, Matheus de Souza; ABREU, Lídia Nascimento Gusmão de; SPOSATO, Karyna Batista. Cidadania sexual e direitos LGBTQIAP+: uma análise da evolução de casos no Supremo Tribunal Federal. *In*: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 6., 2023, Florianópolis. *Anais* [...]. Gênero, sexualidades e direitos II. Florianópolis: Conpedi, 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SPOSATO, Karyna Batista. Vulnerabilidade e Direito: por uma democracia constitucional do cuidado. *In*: SPOSATO, Karyna Batista (org.). *Vulnerabilidade e Direito*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 19-24.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes*: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

SPOSATO, Karyna Batista; SILVA, Matheus de Souza; ABREU, Lídia Nascimento Gusmão de. A aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres trans: aportes da teoria crítica feminista e do método da posicionalidade. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 20, n. 106, p. 141-160, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7149. Acesso em: 2 out. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Matheus de Souza Silva

Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS).

matheusdsouzas@academico.ufs.br

Lídia Nascimento Gusmão de Abreu

Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS).

lidia.abreu@academico.ufs.br

Karyna Batista Sposato

Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2. Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da UFS.

sposato@academico.ufs.br

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 26.09.2023
Aprovado: 12.07.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202442

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem
Três decisões editoriais, incluindo a decisão final.

1 Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-6982-2262

2 Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

3 Universidade Estadual de Ciências da Saúde de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5013-6278

4 Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-6440-0471

5 Vanderbilt University, Nashville, Tennessee, Estados Unidos da América
https://orcid.org/0000-0002-0249-517X

A regulamentação das loterias e de outros jogos de azar no Brasil: uma análise exploratória

THE REGULATION OF LOTTERIES AND OTHER GAMBLING GAMES IN BRAZIL: AN EXPLORATORY ANALYSIS

LA REGULACIÓN DE LOTERÍAS Y OTROS JUEGOS DE APUESTAS EN BRASIL: UN ANÁLISIS EXPLORATORIO

Dalson Britto Figueiredo Filho[1], *Lucas Emanuel de Oliveira Silva*[2,3], *Antônio Alves Tôrres Fernandes*[4] e *Lucas Borba*[5]

Resumo
Este artigo examina a regulamentação das loterias e de outros jogos de azar no Brasil a partir da análise de conteúdo de 107 projetos de lei (PLs) em tramitação na Câmara dos Deputados. Os principais resultados indicam que 8,4% dos PLs estão prontos para a pauta e 64,5% tramitam em conjunto. O tempo de tramitação médio das proposições legislativas que tratam da regulamentação das loterias e de outros jogos de azar é de aproximadamente 7,43 anos. Entre os projetos sobre loterias, 71,6% são neutros, ou seja, nem facilitam, nem dificultam o desenvolvimento de atividades dessa natureza. Por sua vez, 73,7% dos PLs que lidam com a regulamentação de outros jogos de azar são do tipo permissivos, isto é, favorecem a regulação de novas modalidades de apostas. No que diz respeito à ideologia, partidos de esquerda tendem a apresentar propostas mais permissivas do que legendas de centro e de direita, independentemente da matéria (loterias ou outros jogos de azar). Acreditamos que esses resultados sejam úteis para orientar a formulação de políticas públicas especialmente desenhadas para otimizar os benefícios advindos da exploração econômica das loterias e de outros jogos de azar no Brasil.

Palavras-chave
Loterias; jogos de azar; regulamentação; apostas; legislação.

Abstract
This paper examines the regulation of lotteries and gambling in Brazil based on the content analysis of 107 bills currently being processed by the Chamber of Deputies. The main results indicate that 8.4% of the ongoing bills are ready for vote and 64.5% are being processed together. On average, projects dealing with the regulation of lotteries and gambling have been in process for about 7.43 years. Among the proposals about lotteries, 71.6% are neutral, that is, they neither facilitate nor hinder the development of activities of this nature. In turn, 73.7% of the current projects dealing with the regulation of gambling are permissive, that is, they favor the regulation of new betting types. Regarding ideology, left-wing parties tend to present more permissive proposals than center and right-wing parties, regardless of the subject (lotteries or gambling). We believe that these results can guide the formulation of policies designed to optimize the benefits coming from the economic exploitation of lotteries and gambling in Brazil.

Keywords
Lottery; gambling; regulation; betting; legislation.

Contribuição de autoria

Dalson Britto Figueiredo Filho
Conceptualization; data curation; project administration; writing – original draft; writing – review & editing.

Lucas Emanuel de Oliveira Silva
Methodology; writing – original draft; writing – review & editing.

Antônio Alves Tôrres Fernandes
Formal analysis; investigation; methodology; visualization.

Lucas Borba
Formal analysis; writing – original draft; writing – review & editing.

• • •

Como citar este artigo
FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto *et al*. A regulamentação das loterias e de outros jogos de azar no Brasil: uma análise exploratória. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2442, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202442

• • •

Declaração de Disponibilidade de Dados
O conjunto de dados deste artigo está disponível no *link*: https://doi.org/10.17605/OSF.IO/QBK9N.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Resumen
Este artículo examina la regulación de las loterías y los juegos de azar en Brasil a través del análisis de contenido de 107 proyectos de ley actualmente en trámite en la Cámara de Diputados. Los principales resultados indican que el 8,4% de los PLs están listos para la agenda y el 64,5% se tramitan conjuntamente. El tiempo de tramitación promedio de las propuestas legislativas que tratan sobre la regulación de las loterías y los juegos de azar es de aproximadamente 7,43 años. Entre los proyectos sobre loterías, 71.6% son neutrales, es decir, ni facilitan ni dificultan el desarrollo de actividades de este tipo. El 73,7% de los PLs que tratan sobre la regulación de los juegos de azar son permisivos, es decir, favorecen la regulación de nuevas modalidades de apuestas. En cuanto a la ideología, los partidos de izquierda tienden a presentar propuestas más permisivas que los partidos de centro y de derecha, independientemente de la materia (loterías o juegos de azar). Creemos que estos resultados son útiles para orientar la formulación de políticas públicas especialmente diseñadas para optimizar los beneficios derivados de la explotación económica de las loterías y los juegos de azar en Brasil.

Palabras clave
Loterías; juegos de azar; regulación; apuestas; legislación.

Introdução[1]

Os jogos de azar devem ser legalizados? Essa é uma pergunta que divide opiniões e, consequentemente, influencia o teor das proposições legislativas e a implementação de políticas regulatórias. Conceitualmente, jogos de azar são atividades nas quais os resultados são fortemente influenciados pelo acaso, com os participantes apostando dinheiro ou valores materiais na esperança de um ganho significativamente superior ao que foi investido (Mazar *et al.*, 2020). Essas atividades abrangem diversas formas, como loterias, cassinos, bingos, caça-níqueis e apostas esportivas, e são caracterizadas pela incerteza do resultado e pela intenção de ganho monetário (Mazar *et al.*, 2020).

Por um lado, os defensores da regulamentação dos jogos de azar enfatizam os benefícios econômicos advindos da exploração de atividades dessa natureza, especificamente a criação de empregos e o aumento na arrecadação (Eadington, 1999; Henriksson; Lipsey, 1999). Por outro lado, os opositores defendem que os custos sociais não justificam a sua legalização (Browne; Langham; Rockloff, 2017; Meyer; Hayer; Griffiths, 2009; Walker, 2007; Wenz, 2008). Em particular, a lista de efeitos adversos inclui jogo patológico, alcoolismo, uso de drogas, desestruturação familiar, prostituição, delinquência juvenil, lavagem de dinheiro, corrupção policial, falência, entre outros (Bilevicius *et al.*, 2019; Collins, 2003; Langham *et al.*, 2016; Weinstock *et al.*, 2008).

Individualmente, a possibilidade do enriquecimento imediato é, de acordo com Duarte (2006), a principal motivação do apostador. Do ponto de vista institucional, no entanto, parte significativa dos recursos auferidos com os jogos é revertida para obras de interesse coletivo (Lippke, 1997). Por exemplo, o Keno, jogo aleatório similar ao bingo lançado durante a dinastia Hun (100 a.C.), ajudou a custear a edificação da Muralha da China. Na Alemanha, os recursos advindos da extração da primeira atividade de loteria foram empregados na edificação de uma penitenciária. Similarmente, a exploração de loterias facilitou a construção de diversas universidades nos Estados Unidos, entre elas, Harvard e Yale (Duarte, 2006).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 definiu como competência privativa da União a exploração dos sistemas de consórcios e sorteios (Brasil, 1988). Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a expressão "sistema de sorteios" abrange os jogos de azar, as loterias e similares.[2] No que diz respeito especificamente às loterias, o Decreto-Lei n. 204/1967 reafirma a exclusividade da União não suscetível de concessão (Brasil, 1967).

1 Os autores agradecem à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pela bolsa de doutorado concedida ao coautor Antônio Alves Tôrres.

2 Ver Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.850 (Brasil, 2008).

Todavia, a legislação pátria ainda não acomodou outras formas de jogos, como bingos, caça-níqueis e jogo do bicho, de modo que estabelecer ou explorar jogo de azar continua sendo uma contravenção penal (Brasil, 1941a). Em 2022, a Câmara dos Deputados aprovou por 246 votos contra 202 o Projeto de Lei (PL) 442/1991,[3] que legaliza os jogos de azar no Brasil, como cassinos, bingos, jogo do bicho e jogos *on-line*. Mais recentemente, a matéria seguiu para a Comissão de Constituição de Justiça do Senado Federal, e foi aprovada por 14 votos a 12.

Este artigo procura contribuir com esse debate a partir da análise da regulamentação das loterias e de outros jogos de azar no Brasil. O desenho de pesquisa adota uma abordagem multimétodo para explorar uma base de dados original elaborada a partir de informações secundárias extraídas do repositório eletrônico da Câmara dos Deputados. Em particular, classificamos o conteúdo de 107 PLs em tramitação até 2019 a partir dos seguintes indicadores: (1) situação legislativa (pronto para pauta, aguardando parecer, aguardando designação de relator, etc.), (2) tempo de tramitação (em anos), (3) orientação regulatória (restritiva, neutra ou permissiva) e (4) ideologia do partido proponente (esquerda, centro e direita). Além disso, desenvolvemos uma nova forma de mensurar o nível regulatório das proposições legislativas utilizando técnicas automatizadas de análise de sentimento (Devitt; Ahmad, 2013; Pang; Lee, 2008).

Esquematicamente, o restante do artigo está organizado da seguinte forma: na próxima seção, contextualizamos nosso objeto de estudo. A seguir, revisamos a literatura publicada no Brasil sobre a regulação do setor de loterias e apostas. Na terceira seção, é abordado como o debate sobre a regulamentação de loterias foi institucionalizado no país. A quarta e a quinta seção descrevem nossa abordagem metodológica e os resultados, respectivamente. A sexta seção discute os resultados e é seguida por uma conclusão.

1. Contextualização do problema

A origem dos jogos de azar confunde-se com a própria história da humanidade (Zheng; Wan, 2016). Por exemplo, estudos arqueológicos identificam registros de práticas de apostas que remontam ao período Paleolítico (Schwartz, 2013). Além disso, há registros confiáveis de organizações especificamente estruturadas para promover e administrar a atividade de jogos de azar na Grécia Antiga e no Império Romano (Duarte, 2006).

As estatísticas globais de jogos de azar indicam que cerca de 26% da população mundial participa de jogos de azar (Gambling Industry News, [*s.d.*]). No Reino Unido, estima-se que

3 Para mais informações, ver https://www.camara.leg.br/noticias/853766-camara-aprova-texto-base-de-projeto-que-legaliza-bingos-e-cassinos/. Acesso em: jun. 2024.

17% da população aposta *on-line*, o que gera uma receita de £ 5,3 bilhões (Gambling Industry News, [*s.d.*]). Nos Estados Unidos, a receita bruta com jogos de azar alcançou US$ 66 bilhões de dólares em 2023, valor 10% maior que em 2022.[4]

Em pesquisa realizada em todos os estados americanos pelo National Council on Problem Gambling, 66% dos respondentes informaram ter comprado algum bilhete de loteria em 2018 e 3% afirmaram frequentar cassinos toda semana (National Council on Problem Gambling, 2021). Já de acordo com a Gambling Commission, que examina o comportamento dos adultos em jogos de azar na Grã-Bretanha, 46% dos respondentes participaram de algum jogo desse tipo nas quatro semanas anteriores à pesquisa (Gambling Commission, 2020).

No Brasil, a primeira extração lotérica foi realizada em 1785 com o objetivo de angariar recursos para a construção da "Casa de Câmara e Cadeia" em Vila Rica, Minas Gerais (Barbosa, 2017). Especialmente com a chegada da família real em terras tupiniquins (1808), as loterias começaram a ganhar espaço em todo território, sendo proibidas pela primeira vez em 1831, em razão do descontrole das concessões (Freitas, 2013). Essa proibição perdurou até 1837. Já em 1844, surgem as primeiras medidas de regulação das loterias, promulgadas por D. Pedro II (Duarte, 2006).

Historicamente, verifica-se que a regulamentação sobre o assunto é essencialmente restritiva. Por exemplo, o Decreto-Lei n. 3.688, de 1941, que ainda está em vigor, tipifica os jogos de azar como contravenção penal (Brasil, 1941b). Por sua vez, a exclusividade de exploração dos jogos lotéricos pela Caixa Econômica Federal também está vigente. Como apresentaremos mais adiante, existem diversas proposições legislativas em tramitação na Câmara dos Deputados que visam alterações no marco regulatório referente aos jogos lotéricos e de azar. Em 2011, por exemplo, o plenário rejeitou o PL 2.944/2004, que regulamentaria a exploração dos jogos de bingo no Brasil.

Um dos principais argumentos contrários à legalização dos jogos de azar enfatiza os custos sociais. Diversos estudos buscam verificar os impactos decorrentes da legalização dos jogos. De forma geral, a literatura aponta os seguintes efeitos perversos associados aos jogos de azar: (1) perda de renda devido à falta no trabalho; (2) queda na produtividade; (3) depressão e/ou problemas físicos relacionados ao estresse; (4) aumento na quantidade de suicídios tentados e consumados; (5) inadimplência; (6) divórcio; e (7) incremento nas taxas de criminalidade (Goodman, 1994).

Por sua vez, os argumentos a favor da legalização estão fundamentados principalmente em questões econômicas. As restrições governamentais, por exemplo, reduzem o excedente

4 Para mais informações, ver https://www.statista.com/statistics/1332999/gross-gaming-revenue-us/. Acesso em: jun. 2024.

de consumidores e produtores desse mercado (Walker; Barnett, 1999). Os benefícios esperados da legalização são maiores do que os custos sociais, o que justificaria economicamente a opção pela regulamentação dessas atividades (Scalea, 2017). Apesar disso, problemas relacionados à definição do que de fato seriam "custos sociais" ainda não foram resolvidos (Latvala; Lintonen; Konu, 2019; Walker, 2007; Walker; Barnett, 1999).

2. Revisão de literatura nacional acerca do tema

No Brasil, o foco da literatura sobre a regulamentação de loterias e de outros jogos de azar é bastante distinto da produção internacional. Tavares (2014) destaca que a regulamentação dos jogos de azar no Brasil tem alternado entre períodos de legalização e proibição, refletindo profundas raízes culturais e históricas no país.

Enquanto a produção norte-americana enfatiza os efeitos da regulamentação sobre diferentes variáveis, como crime (Nichols; Tosun, 2017), arrecadação (Nichols; Tosun; Yang, 2015; Walker; Jackson, 2008) e taxa de desemprego (Wenz, 2008), a produção nacional pode ser dividida em dois principais segmentos: (1) epidemiológicos, ligados à área da Saúde, e (2) normativos, vinculados ao Direito.[5] O primeiro eixo agrupa as pesquisas epidemiológicas que focalizam os efeitos do jogo patológico. O segundo reúne trabalhos normativo-prescritivos que discutem a legalização ou não dessas atividades e outros aspectos regulatórios considerados tecnicamente relevantes.

Na área da Saúde, os trabalhos estão geralmente relacionados ao jogo patológico. Conceitualmente, Brito (2011, p. 3) argumenta que o jogo patológico pode ser caracterizado "pela persistência do comportamento de jogar e realizar apostas, apesar dos prejuízos financeiros e sociais advindos ao indivíduo". Por exemplo, Carvalho *et al*. (2005) analisam o jogo patológico entre pacientes que estão em tratamento contra abuso de substâncias. Moreira (2004), por sua vez, verifica a utilidade de diferentes medidas de personalidade entre jogadores patológicos e voluntários que não jogam. Já Oliveira, Silveira e Silva (2008) apresentam as principais consequências do jogo compulsivo para a saúde pública. Omais (2009) analisa os aspectos psicossociais decorrentes do jogo patológico, e Galetti *et al*. (2008) examinam o envolvimento de idosos em jogos de azar.

No que diz respeito à regulação, Barbosa (2017) analisa a viabilidade de apostas virtuais a partir do arcabouço jurídico vigente. Barbosa (2018), por sua vez, examina a regulamentação de loterias no Brasil e os aspectos relacionados à responsabilidade social das loterias. Durães (2018) verifica em que medida o apostador pode ser enquadrado nos termos do

5 Restringimos a revisão de literatura a uma lista representativa, mas de nenhum modo exaustiva, dos trabalhos sobre o tema.

Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nunes (2017) investiga a regulação nacional sobre loterias e as experiências estrangeiras na exploração da loteria instantânea. Já Oliveira (2017) apresenta os objetivos e as formas de regulação do setor lotérico. Paes (2018) propõe subsídios para uma possível regulação das apostas realizadas no meio virtual. Taufick (2018) analisa modelos de regulação que ampliam a concorrência intramarcas nos mercados de jogos.

Van der Laan (2018) estuda a regulação de loterias e a responsabilidade social no financiamento de entidades filantrópicas. Ragazzo e Ribeiro (2012) discutem a possível legalização dos jogos de azar no país a partir de uma abordagem racional sobre os objetos regulatórios a serem perseguidos. Para esses autores, a atual discussão sobre a regulação de jogos de azar no Brasil está "viciada" devido à presença de vários argumentos falaciosos. Para os autores, o foco deve ser em duas perguntas: se as pessoas devem ou não ter acesso aos jogos e se essa é uma prática que a sociedade deseja estimular ou não.

3. Institucionalização do debate no Brasil

A institucionalização do debate sobre a regulamentação das loterias e de outros jogos de azar no Brasil desempenha um papel crucial na compreensão da complexa dinâmica envolvida nesse processo. Esse debate não se limita apenas à esfera legislativa, mas também envolve uma série de atores e instituições que desempenham papéis distintos e muitas vezes conflitantes (Duarte, 2006).

Esse processo possui uma trajetória marcada por avanços e retrocessos legislativos. Nos anos 1920, por exemplo, a operação de cassinos era permitida e proliferou como uma forma de entretenimento e turismo. No entanto, em 1946, o então presidente Eurico Gaspar Dutra promulgou um decreto que proibiu os cassinos em todo o território nacional, citando preocupações morais e sociais. Essa decisão fechou uma era de ouro para os cassinos brasileiros e teve um impacto significativo na indústria do entretenimento (Chaves *et al.*, 2022).

A partir da década de 1990, houve novas tentativas de regulamentação, especialmente com a reabertura de bingos e a introdução de máquinas caça-níqueis. No entanto, essas atividades também enfrentaram uma legislação volátil. Em 1993, a Lei Zico legalizou os bingos como parte de um esforço para angariar fundos para entidades esportivas, mas foi substituída pela Lei Pelé em 1998, que manteve a regulamentação (Batista; Partyka; Lana, 2021). Posteriormente, em 2004, uma medida provisória resultou na proibição dessas atividades novamente, citando problemas com lavagem de dinheiro e crime organizado.

Mais recentemente, a regulamentação das apostas esportivas, especialmente as de quotas fixas, ganhou destaque. Em 2018, a Lei n. 13.756 (Brasil, 2018) foi sancionada, autorizando as apostas esportivas de quotas fixas, que desde então têm se tornado cada vez mais populares e visíveis em propagandas nos meios de comunicação (Marques *et al.*, 2021). Essa regulamentação ainda está em fase de implementação e ajustes, refletindo o contínuo debate e a

evolução das políticas de jogos de azar no Brasil. Em dezembro de 2023, foi sancionada a Lei n. 14.790/2023 (Brasil, 2023), que alterou a Lei n. 13.756/2018, que regulamenta as apostas de quota fixa referente a eventos esportivos e jogos *on-line* por operadoras autorizadas pela Fazenda. A mudança normativa foi relacionada à proliferação das apostas tipo *bet* no país, até então sem regulamentação.

A questão da regulamentação de loterias e de outros jogos de azar tornou-se um tema recorrente na agenda política brasileira. Isso é evidenciado pelo grande número de PLs em tramitação na Câmara dos Deputados. A presença significativa desses PLs indica que o tema é objeto de atenção constante por parte dos legisladores e, portanto, está institucionalizado na pauta política. No âmbito legislativo, observa-se uma diversidade de perspectivas representadas por diferentes partidos políticos. Isso demonstra que o debate transcende a tradicional divisão ideológica e envolve uma série de interesses políticos e econômicos.

Além dos legisladores, outras instituições desempenham papéis relevantes nesse debate. A Caixa Econômica Federal, por exemplo, mantém o monopólio da exploração das loterias no Brasil, o que lhe confere uma posição de destaque na discussão. A instituição tem interesses financeiros significativos envolvidos na regulamentação dessas atividades e frequentemente se manifesta sobre propostas legislativas que podem afetar seus negócios (Freitas, 2013).

Em contrapartida, organizações da sociedade civil, grupos de defesa dos consumidores e instituições relativas à saúde pública também fazem parte do debate. Esses atores muitas vezes enfatizam os potenciais custos sociais associados aos jogos de azar, que incluem problemas como vício em jogos, impactos na saúde mental e financeira dos cidadãos, além de preocupações éticas (Nunes, 2017). Pesquisa do Instituto Datafolha realizada em dezembro de 2023[6] apontou que 55% dos respondentes eram contrários às apostas esportivas *on-line*, enquanto 30% eram favoráveis. Além disso, 84% dos brasileiros afirmaram nunca ter realizado apostas esportivas *on-line*, ante 15% que já experimentaram a modalidade, dos quais 8% apostam com frequência.

A mídia desempenha um papel importante na disseminação das informações e opiniões relacionadas à regulamentação de loterias e de outros jogos de azar. A cobertura midiática pode influenciar a opinião pública e, consequentemente, moldar a agenda política e as decisões dos legisladores (Ragazzo; Ribeiro, 2012).

A institucionalização desse debate também é evidente nas tentativas passadas de promulgar leis e regulamentos relacionados a jogos de azar no Brasil. A compreensão dessas dinâmicas institucionais é fundamental para formular políticas públicas informadas e equilibradas nessa área, levando em consideração não apenas os aspectos econômicos, mas também as preocupações sociais e de saúde pública.

6 Para mais informações, ver https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniao-e-sociedade/2024/01/55-sao-contrarios-as-apostas-esportivas-online.shtml#:~:text=A%20maioria%20dos%20brasileiros%20(55,indiferentes%20e%206%25%20n%C3%A3o%20opinaram. Acesso em: jun. 2024.

4. METODOLOGIA[7]

As informações a respeito das proposições legislativas foram extraídas a partir do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados do Brasil.[8] Restringimos a opção "Tipo de proposição" apenas aos PLs em tramitação e a busca foi realizada a partir de dois parâmetros de conteúdo: (1) "loteria" e (2) "jogos de azar". Depois de examinar o conteúdo de cada documento, nossa amostra final foi formada por 88 PLs que tratam do tema loteria e 19 PLs que lidam com a regulamentação dos jogos de azar, totalizando 107 casos. Para cada PL, examinamos quatro indicadores, são eles: (1) a situação técnica de cada proposição (pronta para pauta, tramitando em conjunto, aguardando parecer, etc.); (2) o tempo de tramitação (em anos); (3) a orientação regulatória do projeto, se restritiva, neutra ou permissiva;[9] e (4) a ideologia do partido proponente, que foi mensurada a partir das estimativas de Zucco e Power (2019). Todos os dados foram inicialmente armazenados no Microsoft Excel e posteriormente transferidos para o Statistical Package for Social Sciences (SPSS, versão 21). A análise automatizada de texto foi realizada com auxílio do R Statistical (versão 3.6.2).

Após coletarmos os dados dos PLs correspondentes à área temática de interesse, realizamos a análise textual do inteiro teor de cada projeto. Transformamos o texto dos PLs de cada categoria (loteria e jogos de azar) em dois *corpus* para poder realizar a análise da incidência dos termos.[10] Após limparmos o texto (excluir espaços extras, transformar todas as palavras em minúsculas, remover acentos, numerais e *stopwords*), examinamos a frequência de palavras nos PLs de cada área temática.

Para a classificação dos PLs de acordo com a sua permissividade, elaboramos um índice aditivo utilizando técnicas de análise de sentimento (Devitt; Ahmad, 2013; Pang; Lee, 2008). Em particular, usamos os dicionários de sentimento disponíveis no pacote lexiconPT.[11] Os dicionários atribuem um valor para cada palavra, sendo -1 caso a palavra faça menção a algo negativo, zero caso seja julgada neutra e 1 caso seja classificada como positiva.

7 Dados originais disponíveis em https://osf.io/qbk9n/.

8 Disponível em Câmara dos Deputados (2024).

9 Essa variável foi construída a partir da análise do conteúdo de uma amostra aleatória dos PLs em tramitação na Câmara dos Deputados. O primeiro passo foi examinar as ementas das proposições e identificar o espírito da lei, se tendente a facilitar ou a restringir a exploração econômica de loterias e de outros jogos de azar. Depois disso, avaliamos o teor regulatório dos artigos de cada proposição em busca de detalhes específicos. Com o objetivo de aumentar a confiabilidade da mensuração, a codificação foi realizada de forma independente por dois diferentes autores e atingiu uma proporção de similaridade de 98%.

10 Formato de objeto que contém uma coleção de textos em linguagem natural, utilizado para implementar análise quantitativa de texto.

11 Disponível em Gonzaga (2017).

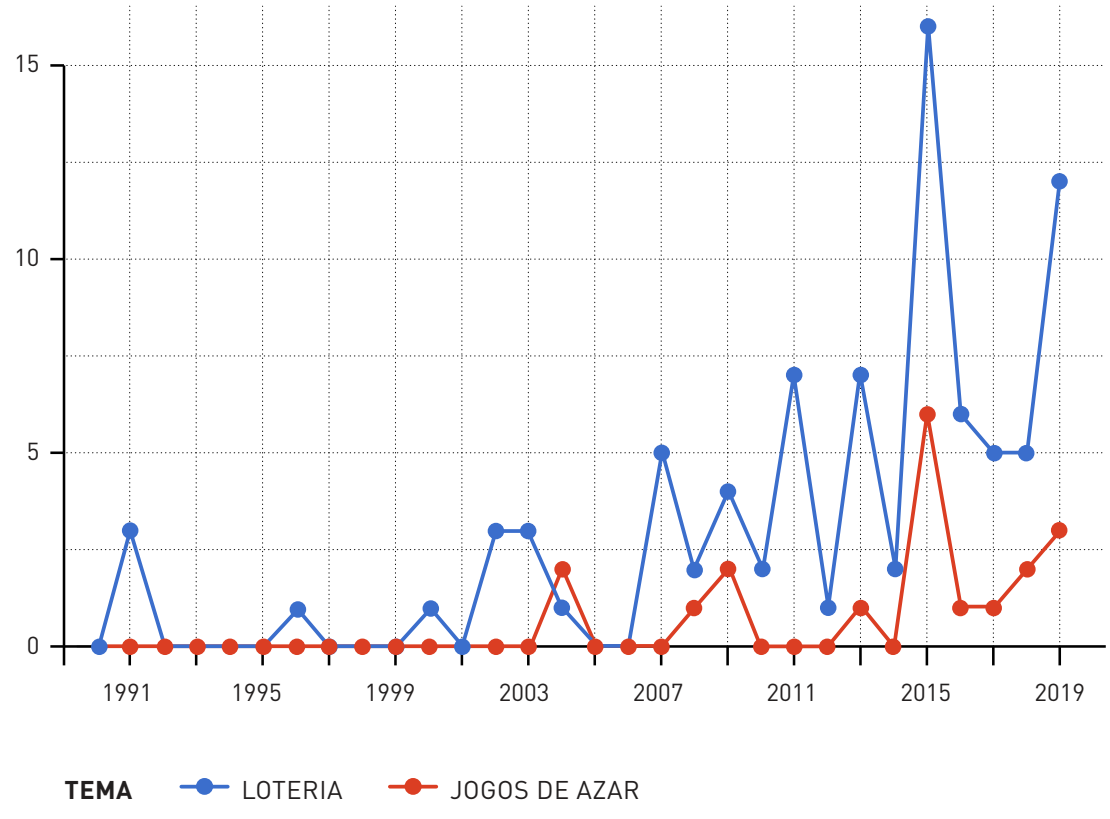
Após a tokenização do texto,[12] fizemos a junção dos bancos de dados dos dicionários com o banco de dados do texto das ementas "tokenizado", o que permitiu atribuir um valor de polaridade a cada palavra nos respectivos PLs. Após esse estágio, criamos um índice aditivo somando o escore de polaridade das palavras em cada PL. A pontuação final gera um valor positivo, negativo ou zero para cada PL. Acreditamos que esse valor pode ser utilizado como *proxy* para mensurar a permissividade dos PLs, uma vez que, quanto mais palavras de polaridade positiva a ementa do projeto contiver (permissão, regulamentação, autorizar, etc.), maior será a probabilidade daquele projeto exibir níveis mais elevados de permissividade. A mesma coisa ocorre no caso contrário: quanto mais palavras associadas à polaridade negativa (restringe, proíbe, criminosa), maior a probabilidade de o projeto possuir um caráter restritivo.

5. Resultados

O Gráfico 1 ilustra a variação longitudinal da produção legislativa referente à regulamentação das loterias e de outros jogos de azar no Brasil entre 1991 e 2019.

12 Processo de divisão do texto das ementas por palavra, que atribui a frequência de determinada palavra por projeto de lei.

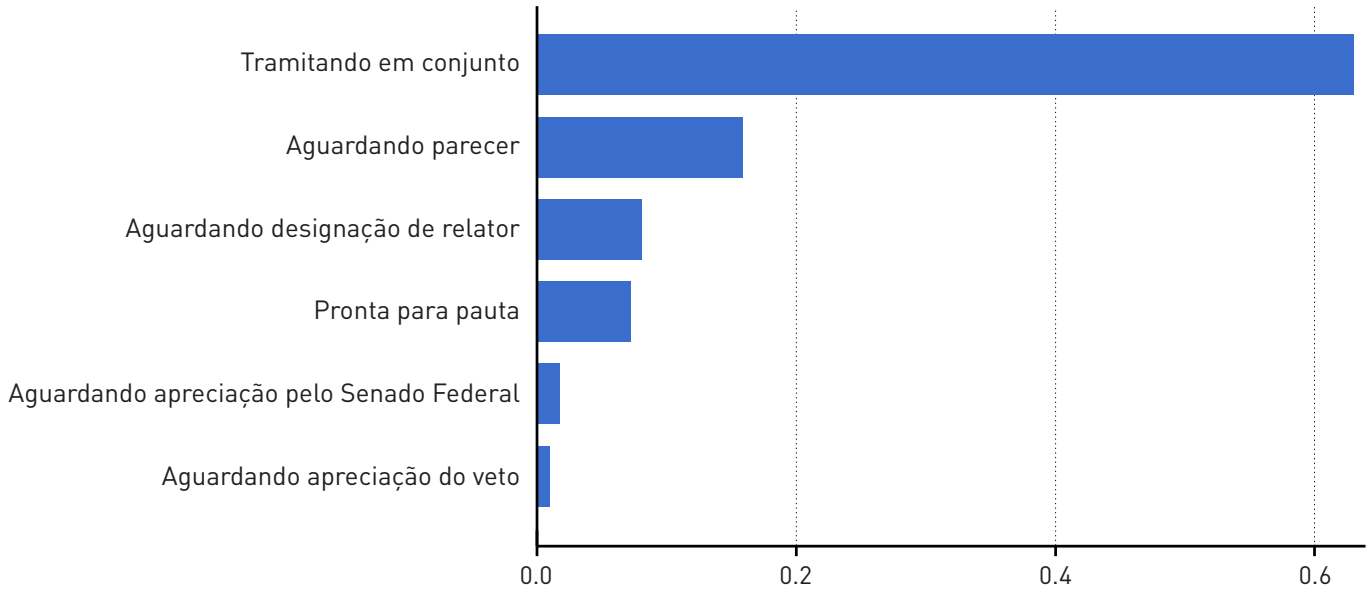
GRÁFICO 1 – **PRODUÇÃO LEGISLATIVA EM TRAMITAÇÃO ENTRE 1991 E 2019 (LOTERIAS E JOGOS DE AZAR)**



Fonte: Elaboração própria.

Em 1991, três projetos sobre loterias foram apresentados na Câmara dos Deputados: PL 68, PL 1.101 e PL 1.212/1991. Em particular, a proposição 68, de autoria de Roberto Magalhães (PFL/PE), proíbe a loteria instantânea em todo o território nacional. Por sua vez, os projetos 1.101 (Jackson Pereira, PSDB/CE) e 1.212 (Paulo de Almeida, PTB/RJ) facilitam a criação da loteria de números e do jogo do bicho, respectivamente. Depois disso, verifica-se pouco esforço legislativo no sentido de regular essas matérias, especialmente os jogos de azar. Em 2015, no entanto, detectamos 28 propostas: 20 referentes às loterias e 8 relacionadas à regulamentação de jogos de azar. O Gráfico 2 sintetiza a situação técnica dos PLs em tramitação na Câmara dos Deputados.

GRÁFICO 2 – SITUAÇÃO TÉCNICA DOS PLS EM TRAMITAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS



Fonte: Elaboração própria.

A maior parte dos PLs sobre loterias e outros jogos de azar em apreciação na Câmara dos Deputados está tramitando em conjunto (64,5%). Encontramos 16 proposições aguardando parecer, o que representa 15% do total. Ainda, 8,4% dos PLs já estão prontos para a pauta, perfazendo nove ocorrências. Ao desagregar as observações por tema, verificamos que 73,7% dos PLs sobre jogos de azar tramitam em conjunto *vis-à-vis* 62,5% quando o assunto é loteria. A Tabela 1 apresenta a situação técnica dos PLs em tramitação por assunto.

TABELA 1 – SITUAÇÃO TÉCNICA DOS PLS EM TRAMITAÇÃO POR ASSUNTO

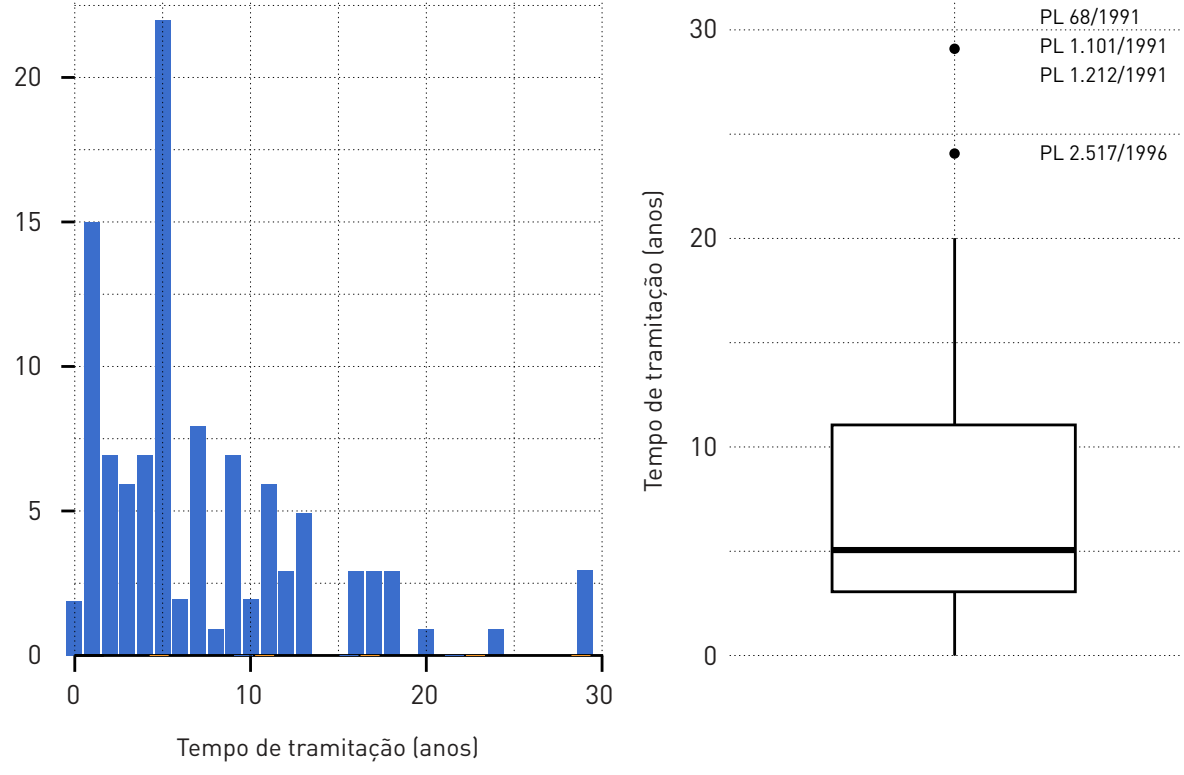
SITUAÇÃO	**LOTERIA**		**JOGOS DE AZAR**	
	N	**%**	**N**	**%**
TRAMITANDO EM CONJUNTO	55	62,5	14	73,7
AGUARDANDO PARECER	13	14,8	3	15,8
PRONTA PARA PAUTA	8	9,1	1	5,3
AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DE RELATOR	9	10,2	1	5,3
AGUARDANDO APRECIAÇÃO DE VETO	1	1,1	–	–
AGUARDANDO APRECIAÇÃO PELO SENADO FEDERAL	2	2,3	–	–
TOTAL	**88**	**100,0**	**19**	**100,0**

Fonte: Elaboração própria.

Comparativamente, a maior parte dos PLs tramita em conjunto independentemente do assunto (loteria ou jogos de azar), o que significa que há semelhança no conteúdo das proposições. Também é muito parecido o percentual de projetos aguardando parecer: 14,8% para as loterias e 15,8% quando o tema são os jogos de azar. Por exemplo, o PL 514/2011, que aguarda parecer do relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT), estende os incentivos estabelecidos pela Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, a jogos eletrônicos de uso domiciliar. O art. 482 do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, em sua alínea "l", elenca a prática constante de jogos de azar como uma das hipóteses de justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador (Brasil, 1943). Observamos ainda que 9,1% dos PLs sobre loterias estão prontos para a pauta. Para os jogos de azar, esse percentual é de 5,3%, o que representa uma única proposição legislativa (PL 2.944/2004).

Depois de descrever a situação legislativa dos PLs em tramitação sobre loterias e jogos de azar, o próximo passo é investigar o ritmo de andamento dessas proposições. O Gráfico 3 ilustra o tempo de tramitação, em anos, de 107 PLs que regulam as atividades de loterias e de outros jogos de azar no Brasil.

GRÁFICO 3 – TEMPO DE TRAMITAÇÃO DOS PLS (EM ANOS)[13]



Fonte: Elaboração própria.

13 Tecnicamente, os gráficos demonstram que a variável tempo de tramitação não é normal, o que, por sua vez, limita a confiabilidade de testes estatísticos que exigem a satisfação desse pressuposto. O teste de Kolmogorov-Smirnov foi de 0,201, com p-valor <0,001.

Graficamente, o histograma (figura da esquerda) ajuda-nos a melhor compreender a variação do tempo de tramitação dos PLs de interesse. Em particular, identificamos três proposições que tramitam há 29 anos. Esses projetos aparecem em destaque no *Boxplot* (figura da direita) em conjunto com o PL 2.517, que tramita desde 1996. A Tabela 2 sumariza o tempo de tramitação por assunto.

TABELA 2 – TEMPO DE TRAMITAÇÃO DOS PLS POR ASSUNTO

TEMA	N	MÍNIMO	MÁXIMO	MÉDIA	DESVIO-PADRÃO
LOTERIA	88	0	29	7,70	6,61
JOGOS DE AZAR	19	1	16	6,16	4,79

Fonte: Elaboração própria.

Considerando as informações disponíveis para 107 casos, o tempo médio de tramitação é de 7,43 anos, com desvio-padrão de 6,34. Como pode ser observado, a tramitação de PLs que tratam da regulamentação de loterias (7,70 anos) é ligeiramente mais lenta do que o andamento de proposições que lidam com os jogos de azar (6,16 anos). A diferença média de 1,55 anos entre os grupos não foi estatisticamente significativa ($t = 0,965$; p-valor $= 0,337$).

A maior parte dos PLs sobre loterias e outros jogos de azar em tramitação na Câmara dos Deputados exibe orientação regulatória neutra (59,8%), perfazendo 64 casos. Ou seja, são proposições que nem obstruem, nem facilitam a exploração dessas atividades. Identificamos, ainda, 30 proposições legislativas permissivas, ou seja, são PLs que, de alguma forma, ampliam o escopo de atividades dos jogos de azar no Brasil. Contrariamente, 13 PLs foram classificados como restritivos, o que representa 12,1% do total. A Tabela 3 sumariza a orientação regulatória dos projetos em tramitação por assunto.

TABELA 3 – ORIENTAÇÃO REGULATÓRIA DOS PLS EM TRAMITAÇÃO POR ASSUNTO

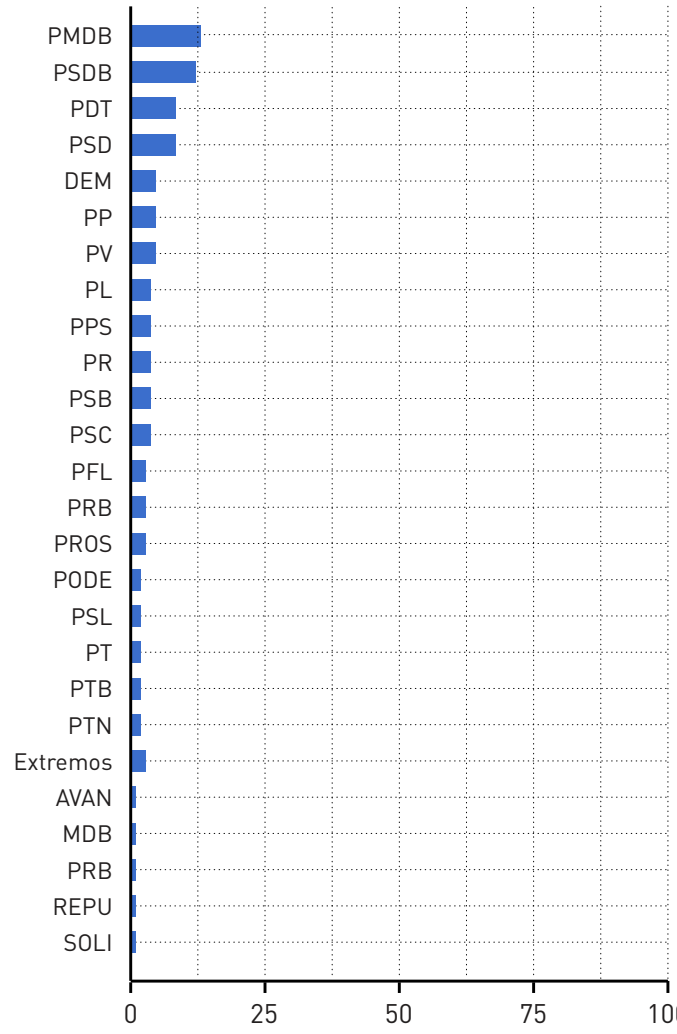
ORIENTAÇÃO REGULATÓRIA	LOTERIA		JOGOS DE AZAR	
	N	%	N	%
RESTRITIVO	8	9,1	5	26,3
NEUTRO	64	72,7	-	-
PERMISSIVO	16	18,2	14	73,7
TOTAL	**88**	**100,0**	**19**	**100,0**

Fonte: Elaboração própria.

A prevalência de PLs permissivos é significativamente maior em jogos de azar (73,7%) do que em loterias (18,2%). Por exemplo, o PL 2.944/2004, de autoria do então deputado federal Waldemar Costa Neto (PL/SP), encontra-se pronto para pauta e autoriza os jogos de bingo como atividade lúdica em todo o território nacional (art. 1º do PL 2.944/2004). Por sua vez, 26,3% dos PLs almejam restringir a exploração dos jogos de azar. É o caso da proposição legislativa 3.492/2004, de autoria do parlamentar Neucimar Fraga (PL/ES), que proíbe a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo e jogos de máquinas caça-níqueis, inclusive os efetuados via internet e *on-line* (art. 1º do PL 3.492/2004). Apenas 9,1% dos PLs procuram restringir as atividades das loterias, perfazendo oito casos.

Depois de analisar a situação legislativa, o tempo de tramitação e a orientação regulatória, o próximo passo é avaliar a composição ideológica dos PLs de interesse. O Gráfico 4 ilustra a quantidade de PLs apresentados por partido.

GRÁFICO 4 – PLS EM TRAMITAÇÃO POR PARTIDO (%)[14]



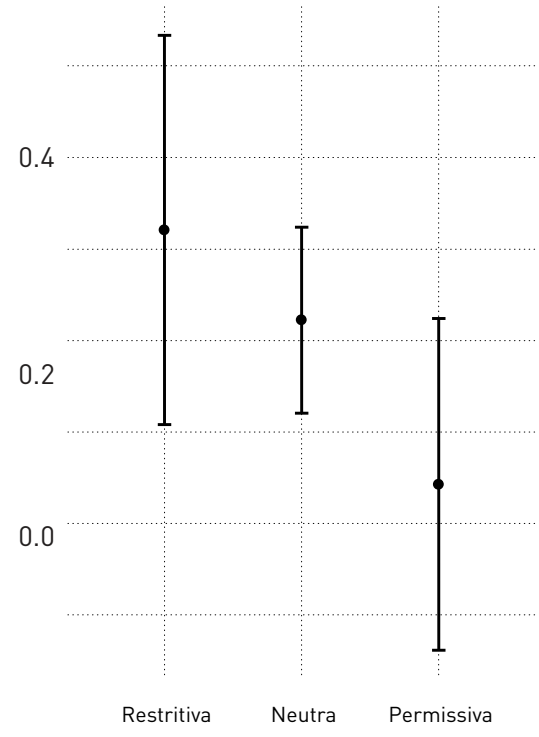
Fonte: Elaboração própria.

Os partidos PMDB[15] (13,1%) e PSDB (12,1%) exibem maior protagonismo na regulamentação de loterias e de outros jogos de azar com 14 e 13 PLs, respectivamente. Por exemplo, apensado ao PL 3.096/2015, a proposição legislativa 3.554 foi encaminhada por Carlos Henrique Gaguim (PMDB/TO) ao Congresso Nacional em 10 de novembro de 2015. Em termos substantivos, o principal objetivo é promover o desenvolvimento econômico e social de regiões mais vulneráveis a partir da exploração de cassino em hotéis-cassino e hotéis. Para melhor compreender a relação entre filiação partidária e produção legislativa, examinamos a orientação regulatória dos projetos em tramitação por ideologia (Gráfico 5).

14 A categoria "externos" agrupa dois projetos de iniciativa do Poder Executivo (PL 7.078/2002 e PL 6.722/2010) e uma proposição do Senado Federal (PL 472/2007). Nos dados disponíveis em https://doi.org/10.17605/OSF.IO/QBK9N, o leitor encontrará um gráfico que ilustra a variação do indicador de ideologia de Zucco e Power (2009) por partido.

15 Atualmente, MDB. Para fins de análise estatística, PMDB e MDB foram considerados a mesma unidade de observação.

GRÁFICO 5 – ORIENTAÇÃO REGULATÓRIA DOS PROJETOS EM TRAMITAÇÃO POR IDEOLOGIA[16]



Fonte: Elaboração própria.

Como pode ser observado, a orientação regulatória restritiva é mais prevalente em partidos de direita.[17] As proposições legislativas oriundas de legendas de esquerda, por sua vez, tendem a ser mais permissivas.[18]

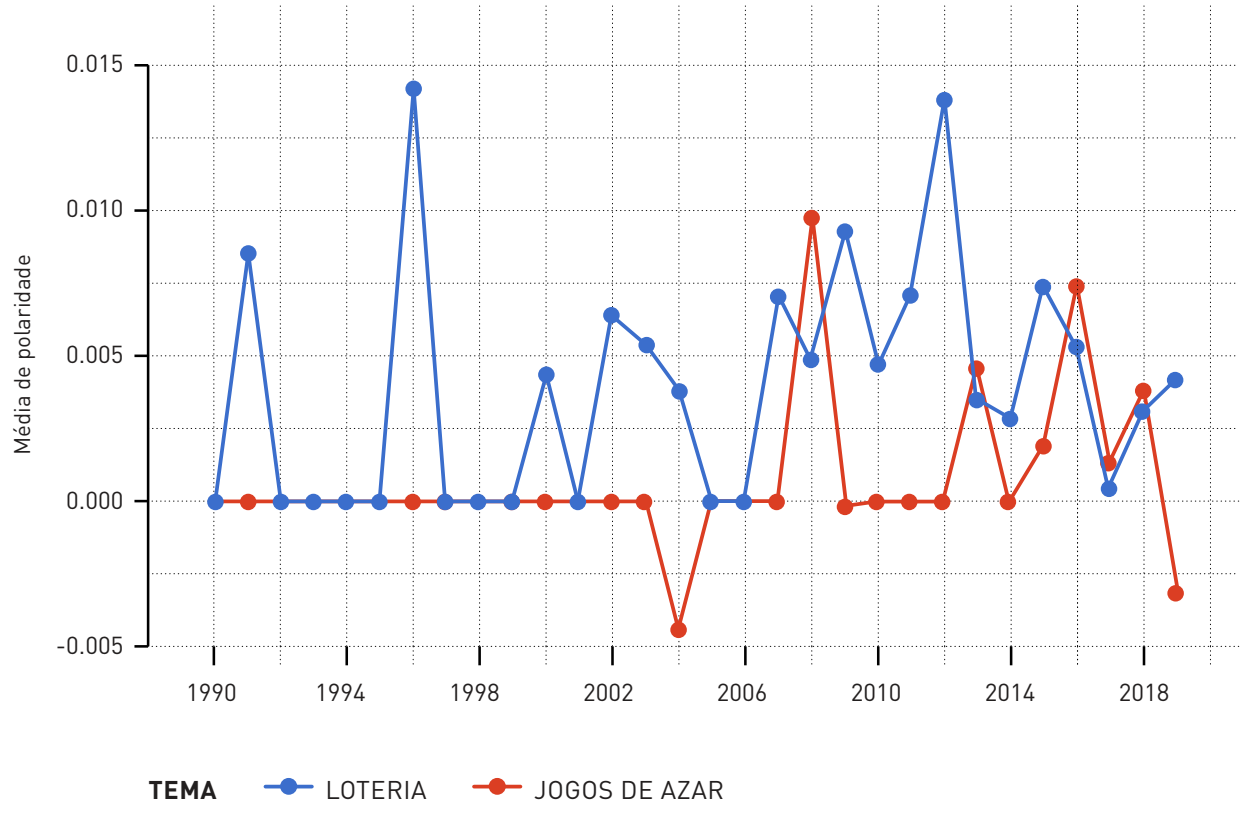
Depois de melhor compreender as características gerais dos PLs em tramitação, o próximo passo é investigar o conteúdo de cada proposição. Para isso, é possível examinar a variação da polaridade dos textos ao longo do tempo por tema (loteria e jogos de azar). O Gráfico 6 ilustra essas informações.

16 Tecnicamente, a estimativa de ideologia fornecida por Zucco e Power (2019) é contínua. Quanto maior o valor, mais à direita é o posicionamento do partido. Contrariamente, valores negativos indicam posicionamento ideológico de esquerda. Não existem estimativas de ideologia disponíveis para os seguintes partidos: PPS, AVANTE, PTN, PR, PSL e MDB.

17 Por exemplo, Neucimar Fraga (PL/ES) é autor do PL 3.492/2004, que proíbe a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo e jogos em máquinas eletrônicas denominadas "caça-níqueis", independentemente dos nomes de fantasia.

18 É o caso do PL 5.319/2019, que propõe a alteração do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais –, para autorizar a exploração de jogos de azar apenas em *resorts* de lazer e hotéis-cassino autorizados pelo Poder Executivo Federal. A autoria do projeto é do deputado Eduardo Bismarck (PDT/CE).

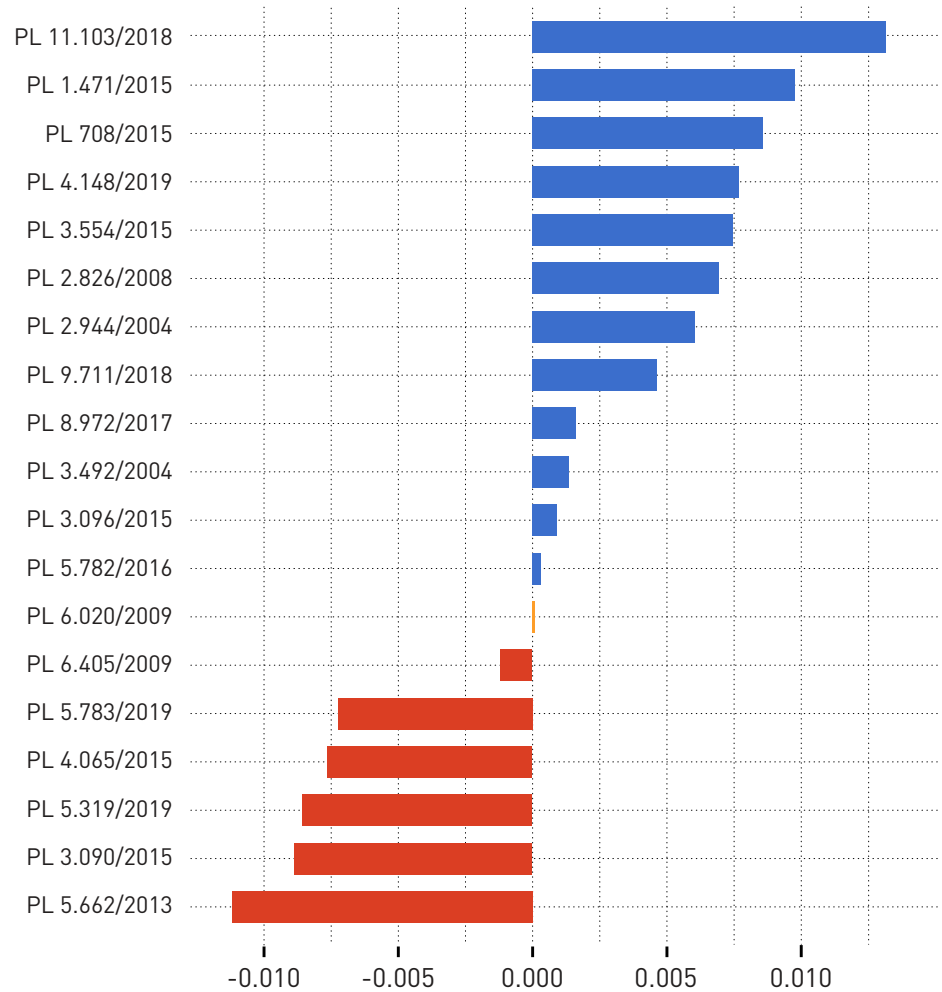
GRÁFICO 6 – POLARIDADE POR ANO E POR TEMA



Fonte: Elaboração própria.

No que se refere à temática de loteria, não observamos um valor médio negativo no período que analisamos. Ou seja, na média, a produção legislativa no tocante à regulação de loterias no Brasil não foi restritiva em nenhum ano. Quando foi registrada produção legislativa sobre o tema, essa produção foi permissiva, e assumiu o maior valor no ano de 1996. A polaridade positiva de 0,14 foi registrada graças ao PL 2.517/1996. Já no que concerne à produção legislativa relacionada a jogos de azar, observamos um maior nível de restrição em 2004 com os PLs 2.944 e 3.492. O primeiro projeto foi caracterizado como neutro pela nossa análise, já o segundo registrou valor de -0,008. O ano mais favorável à regulação dos jogos de azar no país foi 2008, com a elaboração do PL 2.826, com um valor positivo de 0,009. O Gráfico 7 ilustra a variação da polaridade por projeto.

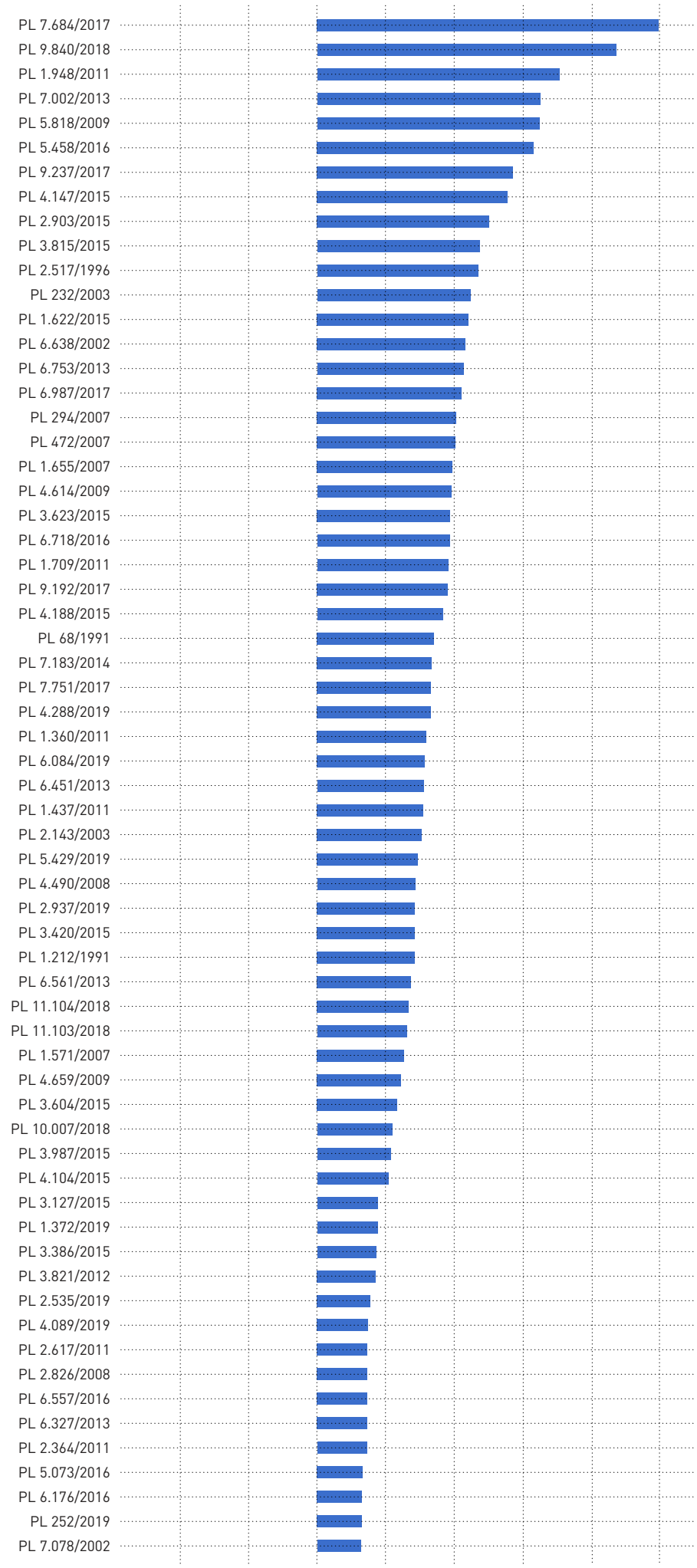
GRÁFICO 7 – POLARIDADE POR PL (LOTERIA)



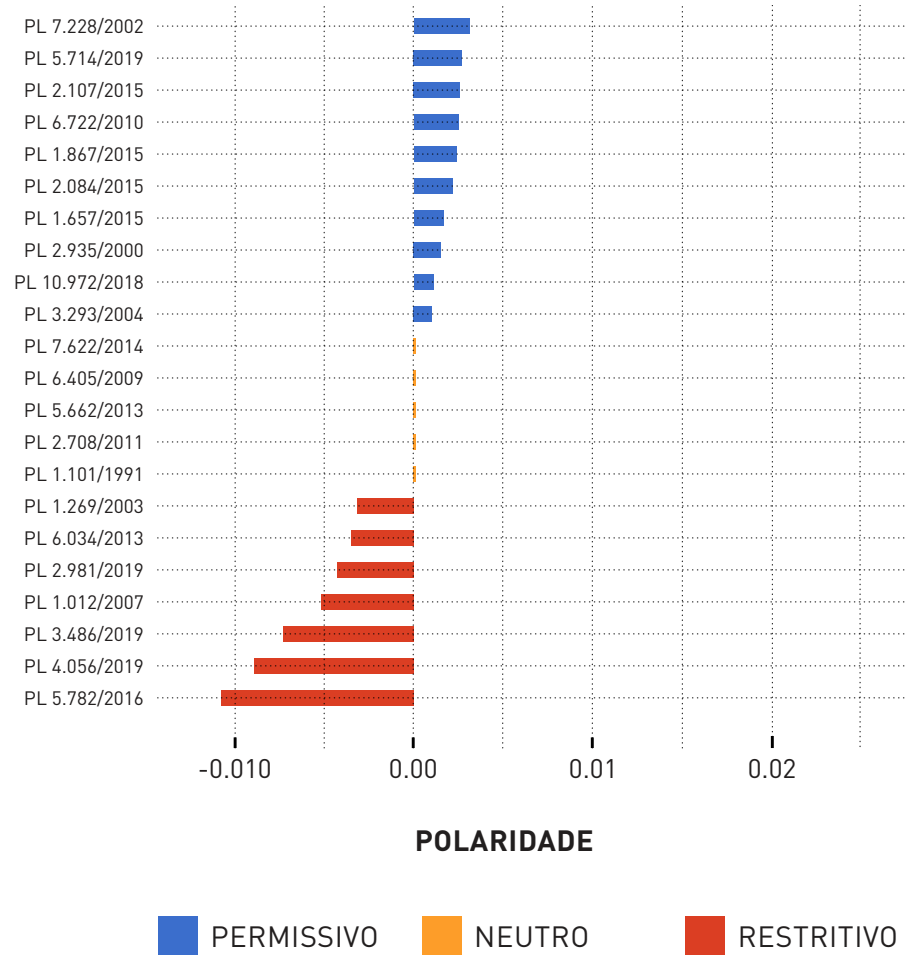
Fonte: Elaboração própria.

Comparativamente, os PLs 11.103/2018, 1.471/2015 e 708/2015 são os mais permissivos. Já os PLs 5.662/2013, 3.090/2015 e 5.319/2019 são os mais restritivos. Eles legislam sobre: a retirada de jogos de azar das categorias de atividades passíveis de gerar demissão por justa causa; a instituição do recolhimento do Cofins em decorrência de atividades de cassino e o estabelecimento de regras de funcionamento; e a restrição de atividades de cassino e jogos de azar somente em *resorts* e hotéis. O Gráfico 8 reproduz essa análise tendo como parâmetro os projetos que lidam com a regulamentação dos jogos de azar no Brasil.

GRÁFICO 8 – POLARIDADE POR PL (JOGOS DE AZAR)



(continua)



Fonte: Elaboração própria.

Os projetos considerados mais permissivos são os PLs 7.684/2017, 9.840/2018 e 1.948/2011. Tais projetos abordam a regulamentação de obrigações quanto ao registro de atividades relacionadas a loterias e sorteios, à obrigatoriedade do registro do CPF do apostador de loterias realizadas pela Caixa Econômica Federal e à destinação de fundos de premiação não procurados pelos ganhadores ao Fundo Nacional de Saúde. Já os projetos classificados como mais restritivos são os PLs 5.782/2016, 4.056/2019 e 3.486/2019. Esses projetos abordam a impossibilidade de legalização e exploração de jogos de azar no Brasil, o direcionamento da arrecadação das loterias aos conselhos tutelares e a designação de parte do montante arrecadado pelas loterias para o desenvolvimento da arte circense no Brasil.

6. DISCUSSÃO

O levantamento da literatura nacional sobre o tema, que indica um conjunto de trabalhos normativos que analisam aspectos regulatórios sobre loterias e outros jogos de azar, está em consonância com o alto número de projetos apresentados na Câmara dos Deputados durante os 28 anos analisados (1991-2019). Conforme pontuado por Monteiro (2018), esse é um sinal de que o tema está institucionalizado na seara de discussões políticas e também na sociedade

(Duarte, 2006). A aprovação recente de matérias que regulamentam essas modalidades de apostas na Câmara reforça a institucionalização da discussão. Para a análise das matérias, examinamos quatro indicadores: (1) em que fase do processo legislativo o projeto se encontra; (2) tempo de tramitação; (3) orientação regulatória do projeto; e (4) ideologia do partido proponente.

Desde 1991, 107 PLs foram apresentados, chegando ao maior número em 2015, quando 28 propostas foram apresentadas. Cabe ressaltar que nesse período o país estava imerso em uma forte crise econômica, quando existia uma busca por novas fontes de receita. Os jogos de azar sempre são lembrados nessas conjunturas, o que não necessariamente significa uma mudança no clima legislativo para aprovação dessas medidas.

Em relação ao primeiro indicador, grande parte dos projetos tramita em conjunto (64,5%), indicando que são proposições semelhantes, mas com matérias relacionadas às loterias com maior avanço nas etapas de tramitação legislativa (9,1% prontas para pauta em comparação a 5,3% dos jogos de azar). O segundo indicador mostra que o tempo médio de tramitação dos projetos é de 7,4 anos, sem diferenças estatisticamente significativas entre as médias de tempo de tramitação dos projetos relativos à loteria ou aos jogos de azar.

A ambivalência de posições acerca do tema, além de histórica, é refletida nos projetos apresentados pelos parlamentares. Quando olhamos para os aspectos regulatórios dos projetos, a maioria exibe orientação neutra (59,8%), seguida por projetos mais permissivos (28,2%) e restritivos (12%). A prevalência de PLs permissivos é maior em relação a jogos de azar (73,7%) do que a loterias (18,2%).

Ao analisarmos a ideologia dos partidos proponentes, os partidos mais à direita do espectro ideológico apresentam projetos mais restritivos do que os parlamentares em partidos de esquerda. O PMDB e o PSDB são os partidos com maior número de projetos apresentados sobre o tema. Esses achados abrem caminho para mais investigações acerca da relação entre ideologia e regulamentação de loterias e outros jogos de azar.

Conclusão

A regulamentação de loterias e de outros jogos de azar é um tema polêmico, que divide opiniões e influencia o conteúdo regulatório das proposições legislativas. No Brasil, a exploração dos sistemas de consórcios e sorteios é competência privativa da União. No entanto, a legislação nacional ainda não acomodou outras formas de jogos, como bingos, caça-níqueis e jogo do bicho, de modo que estabelecer ou explorar jogo de azar continua sendo uma contravenção penal.

Com o objetivo de contribuir com esse debate, este artigo analisou a regulamentação das loterias e de outros jogos de azar no Brasil. Os principais resultados indicam que a maior parte dos PLs tramita em conjunto independentemente do assunto (loteria ou jogos de azar), o que significa que há semelhança no conteúdo das proposições. Em média, as proposições

legislativas que tratam da regulamentação das loterias e de outros jogos de azar estão tramitando há cerca de 7,43 anos. Comparativamente, a tramitação de PLs que tratam da regulamentação de loterias (7,70 anos) é ligeiramente mais lenta do que o andamento de proposições que lidam com os jogos de azar (6,16 anos). Em termos substantivos, 71,6% dos projetos sobre loterias são neutros, ou seja, nem facilitam, nem dificultam o desenvolvimento de atividades dessa natureza. Por sua vez, 73,7% dos PLs que lidam com a regulamentação dos jogos de azar são do tipo permissivos, ou seja, favorecem a regulação de novas modalidades de apostas.

No que diz respeito à ideologia, partidos de esquerda tendem a apresentar propostas mais permissivas do que legendas de centro e de direita, independentemente da matéria (loterias ou jogos de azar). O PMDB (13,1%) e o PSDB (12,1%) exibem maior protagonismo na regulamentação de loterias e de outros jogos de azar, com 14 e 13 PLs, respectivamente.

Por fim, o PL 11.103/2018, o PL 1.471/2015 e o PL 708/2015 apresentam o maior nível de permissividade em relação aos jogos de azar, enquanto o PL 7.684/2017, o PL 9.840/2018 e o PL 1.948/2011 são os mais permissivos na regulação das loterias. Considerando a dimensão longitudinal da produção legislativa sobre loterias, a orientação regulatória majoritária é permissiva, sendo o maior valor em 1996. Em relação à produção legislativa sobre jogos de azar, o maior nível de restrição ocorreu em 2004, com os PLs 2.944 e 3.492. O primeiro projeto foi caracterizado como neutro pela nossa análise, já o segundo registrou valor de -0,008. O ano mais favorável à regulação dos jogos de azar no país foi 2008, com a elaboração do PL 2.826, com um valor positivo de 0,009.

Acreditamos que esses resultados sejam úteis para fundamentar outros estudos sobre o assunto e para orientar a formulação de políticas públicas especialmente desenhadas para otimizar os eventuais benefícios econômicos advindos da exploração das loterias e de outros jogos de azar no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Allan Fuezi de Moura. *Loteria esportiva no Brasil*: questões presentes e proposições futuras. 2018. 80 p. Monografia (2º Prêmio Sefel de Loterias) – Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2018. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3800. Acesso em: maio 2023.

BARBOSA, Fabiano Jantalia. *Marco regulatório das loterias no Brasil*: reflexões sobre o presente e contribuições para o futuro. 2017. 78 p. Monografia (Prêmio SEAE de Loterias) – Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), Brasília, 2017. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3789. Acesso em: maio 2023.

BATISTA, Leandro Xavier; PARTYKA, Raul Beal; LANA, Jeferson. Regulação dos jogos de bingo no Brasil: uma análise do ambiente de não mercado. *Revista de Administração FACES Journal*, Belo Horizonte, v. 20, n. 2, p. 89-103, abr./jun. 2021.

BILEVICIUS, Elena *et al*. Examining Gambling Activity Subtypes Over Time in a Large Sample of Young Adults. *Addiction Research &Theory*, [*s.l.*], v. 28, n. 1, p. 1-9, 9 ago. 2019.

BRASIL. *Lei n. 14.790, de 29 de dezembro de 2023*. Dispõe sobre a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa [...]. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14790.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.756, de 12 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa [...]. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13756.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.850/SP*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 2008. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479148. Acesso em: 17 jun. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2016. 498 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 14 jun. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 204, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0204.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#:~:text=A%20mulher%20casada%20n%C3%A3o%20poder%C3%A1,a%20queixa%20for%20contra%20ele.&text=de%2027.11.1997)-,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.,o%20juiz%20poder%C3%A1%20supri%2Dlo. Acesso em: 14 jun. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, 1941b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRITO, Antonio Marcelo Cabrita de. *Ensaio duplo-cego controlado multicêntrico com topiramato para jogadores patológicos*. 2011. 134 p. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-05042012-095605/publico/AntonioMarceloCabritaBrito.pdf. Acesso em: 19 nov. 2024.

BROWNE, Matthew; LANGHAM, Erika; ROCKLOFF, Matthew. Breaking Bad: Comparing Gambling Harms Among Gamblers and Affected Others. *Journal of Gambling Studies*, [*s.l.*], v. 33, p. 223-248, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Pesquisa simplificada de propostas*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada. Acesso em: 26 set. 2023.

CARVALHO, Simone Villas Boas de *et al*. Frequência de jogo patológico entre farmacodependentes em tratamento. *Revista de Saúde Pública*, [*s.l.*], v. 39, n. 2, p. 217-222, abr. 2005.

CHAVES, Maria Gabriela Silva *et al*. O cassinismo como fator de desenvolvimento turístico: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal. Tramitação processual (2014-2021). *Ateliê do Turismo*, Campo Grande, v. 6, n. 1, p. 19-38, jan./jun. 2022.

COLLINS, Peter. *Gambling and the Public Interest*. [*S.l.*]: Greenwood Publishing Group, 2003.

DEVITT, Ann; AHMAD, Khurshid. Is there a Language of Sentiment? An Analysis of Lexical Resources for Sentiment Analysis. *Language Resources and Evaluation*, [*s.l.*], v. 47, n. 2, p. 475-511, 1º jun. 2013.

DUARTE, Davi. Loterias no Brasil – legalidade e ilegalidade. *Revista de Magistratura Federal da 5ª Região – Esmafe,* [*s.l.*], v. 10, p. 189-212, 2006.

DURÃES, Hebert Vieira. *Contratualidade e relação jurídica de consumo na exploração de loteria pela União*: o apostador é consumidor nos termos do CDC? 2018. 77 p. Monografia (2º Prêmio Sefel de Loterias) – Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2018. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3801. Acesso em: maio 2023.

EADINGTON, William. The Economics of Casino Gambling. *Journal of Economic Perspectives*, [*s.l.*], v. 13, n. 3, p. 173-192, set. 1999.

FREITAS, Mateus Almeida de. *Aspectos históricos e teóricos das loterias*. 2013. 42 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Matemática em Rede) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2013.

GALETTI, Cecília *et al*. Jogos de azar e uso de substâncias em idosos: uma revisão da literatura. *Archives of Clinical Psychiatry*, [*s.l.*], v. 35, p. 39-43, 2008.

GAMBLING COMISSION. *Gambling Participation in 2019*: Behaviour, Awareness and Attitudes. 2020. Disponível em: https://www.gamblingcommission.gov.uk/report/gambling-participation-in-2019-behaviour-awareness-and-attitudes. Acesso em: 20 set. 2023.

GAMBLING INDUSTRY NEWS. *Global Gambling Statistics and Trends*. [*S.d.*]. Disponível em: https://gamblingindustrynews.com/global-gambling-statistics/#1. Acesso em: 18 nov. 2024.

GLOBAL GAMBLING STATISTICS. *Commercial Gross Gaming Revenue (GGR) of the Gambling Industry in the United States from 2020 to 2023*. Disponível em: https://www.statista.com/statistics/1332999/gross-gaming-revenue-us/. Acesso em: 2 jul. 2024.

GONZAGA, Sillas. lexiconPT: Lexicons for Portuguese Text Analysis. 24 out. 2017. Disponível em: https://cran.r-project.org/web/packages/lexiconPT/index.html. Acesso em: 26 set. 2023.

GOODMAN, Robert. *Legalized Gambling as a Strategy for Economic Development*. [*S.l.*]: United States Gambling Study, 1994.

HENRIKSSON, Lennart; LIPSEY, Richard. Should Provinces Expand Gambling? *Canadian Public Policy/Analyse de Politiques*, [*s.l.*], v. 25, n. 2, p. 259-275, 1999.

LANGHAM, Erika *et al*. Understanding Gambling Related Harm: A Proposed Definition, Conceptual Framework, and Taxonomy of Harms. *BMC Public Health*, [*s.l.*], v. 16, n. 1, 27 jan. 2016.

LATVALA, Tiina; LINTONEN, Tomi; KONU, Anne. Public Health Effects of Gambling – Debate on a Conceptual Model. *BMC Public Health*, [*s.l.*], v. 19, n. 1, 9 ago. 2019.

LIPPKE, Richard. Should States Be in the Gambling Business? *Public Affairs Quarterly*, [*s.l.*], v. 11, n. 1, p. 57-73, 1997.

MARQUES, Luís Maurício Montenegro *et al*. Financiamento do esporte no Brasil: análise acerca das mudanças recentes na configuração dos repasses de recursos das loterias federais. *Revista Brasileira de Ciências do Esporte*, [*s.l.*], v. 43, 8 dez. 2021.

MAZAR, Alissa *et al*. Gambling Formats, Involvement, and Problem Gambling: Which Types of Gambling Are More Risky? *BMC Public Health*, [*s.l.*], v. 20, n. 1, 18 maio 2020.

MEYER, Gerhard; HAYER, Tobias; GRIFFITHS, Mark (eds.). *Problem Gambling in Europe*: Challenges, Prevention, and Interventions. Nova Iorque: Springer-Verlag, 2009.

MONTEIRO, Henrique. *Jogos de azar*: a proibição na lei das contravenções penais (Decreto-Lei n. 3.688/41) e os projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados visando à legalização, sob o enfoque do princípio da liberdade individual. 2018. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2018. Disponível em: http://repositorio.unesc.net/handle/1/6055. Acesso em: maio 2023.

MOREIRA, Daniel Fuentes. *Jogo patológico*: análise por neuroimagem, neuropsicológica e de personalidade. 2004. Tese (Doutorado em Medicina) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

NATIONAL COUNCIL ON PROBLEM GAMBLING. National Survey of Gambling Attitudes and Gambling Experiences (NGAGE). 2021. Disponível em: https://www.ncpgsurvey.org/. Acesso em: 20 set. 2023.

NICHOLS, Mark; TOSUN, Mehmet. The Impact of Legalized Casino Gambling on Crime. *Regional Science and Urban Economics*, [*s.l.*], v. 66, n. C, p. 1-15, 2017.

NICHOLS, Mark; TOSUN, Mehmet; YANG, Jingjing. The Fiscal Impact of Legalized Casino Gambling. *Public Finance Review*, [*s.l.*], v. 43, n. 6, p. 739-761, 1º nov. 2015.

NUNES, Alynne Nayara Ferreira. *A regulação nacional e as experiências estrangeiras com a exploração da loteria instantânea*. 2017. 50 p. Monografia (Prêmio SEAE de Loterias) – Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3792?locale=pt_BR. Acesso em: maio 2023.

OLIVEIRA, Luis Fernando Lima de. *Semeando a sorte*: regulação econômica, tributação e estímulo à poupança no mercado lotérico brasileiro. 2017. 47 p. Monografia (Prêmio SEAE de Loterias) – Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2017. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3790. Acesso em: maio 2023.

OLIVEIRA, Maria Paula Magalhães Tavares de; SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVA, Maria Teresa Araujo. Jogo patológico e suas consequências para a saúde pública. *Revista de Saúde Pública*, [*s.l.*], v. 42, n. 3, p. 542-549, jun. 2008.

OMAIS, Sálua. *Jogos de azar*: análise do impacto psíquico e sociofamiliar do jogo patológico a partir das vivências do jogador. Curitiba: Juruá, 2009.

PAES, Nelson Leitão. *O "duplo dividendo" da regulação das apostas esportivas pela internet*. 2018. 69 p. Monografia (2º Prêmio Sefel de Loterias) – Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2018. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3797. Acesso em: maio 2023.

PANG, Bo; LEE, Lillian. Opinion Mining and Sentiment Analysis. *Foundations and Trends® in Information Retrieval*, [*s.l.*], v. 2, n. 1-2, p. 1-135, 2008.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RIBEIRO, Gustavo Sampaio de Abreu. O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 625-650, jul./dez. 2012.

SCALEA, José Augusto. *Uma análise jurídica, econômica e comportamental acerca da legalização dos "jogos de azar" no Brasil*. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017.

SCHWARTZ, David. *Roll the Bones*: The History of Gambling. 2. ed. [*S.l.*]: Winchester Books, 2013.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Contratos de distribuição*: desenvolvendo concorrência intramarcas nos mercados de jogos. 2018. 50 p. Monografia (2º Prêmio Sefel de Loterias) – Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2018. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3799. Acesso em: maio 2023.

TAVARES, Hermano. Gambling in Brazil: A Call for an Open Debate. *Addiction*, Abingdon, v. 109, n. 12, p. 1972-1976, dez. 2014.

VAN DER LAAN, Cesar Rodrigues. *A regulação de loterias e a responsabilidade social no financiamento das entidades filantrópicas*. 2018. 51 p. Monografia (2º Prêmio Sefel de Loterias) – Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2018. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/jspui/handle/1/3802. Acesso em: maio 2023.

WALKER, Douglas. Problems in Quantifying the Social Costs and Benefits of Gambling. *The American Journal of Economics and Sociology*, [*s.l.*], v. 66, n. 3, p. 609-646, 2007.

WALKER, Douglas; BARNETT, A. H. The Social Costs of Gambling: An Economic Perspective. *Journal of Gambling Studies*, [*s.l.*], v. 15, n. 3, p. 181-212, 1º set. 1999.

WALKER, Douglas; JACKSON, John. Do U.S. Gambling Industries Cannibalize Each Other? *Public Finance Review*, [*s.l.*], v. 36, n. 3, p. 308-333, fev. 2008.

WEINSTOCK, Jeremiah *et al*. Ludomania: avaliação transcultural do jogo de azar por dinheiro e seu tratamento. *Brazilian Journal of Psychiatry*, [*s.l.*], v. 30, p. S3-S10, maio 2008.

WENZ, Michael. Matching Estimation, Casino Gambling and the Quality of Life. *The Annals of Regional Science*, [*s.l.*], v. 42, n. 1, p. 235-249, 1º mar. 2008.

ZHENG, Victor; WAN, Po-san. *Gambling Dynamism*: The Macao Miracle. 1st ed. 2014 edition ed. [*S.l.*]: Springer, 2016.

ZUCCO, Cesar; POWER, Timothy. Replication Data for: Fragmentation without Cleavages? Endogenous Fractionalization in the Brazilian Party System. *Harvard Dataverse*, 10 out. 2019. Disponível em: https://dataverse.harvard.edu/dataset.xhtml?persistentId=doi:10.7910/DVN/G2RADZ. Acesso em: 17 jun. 2020.

Dalson Britto Figueiredo Filho

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Associado da UFPE.

dalson.figueiredofo@ufpe.br

Lucas Emanuel de Oliveira Silva

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Médicas da Universidade Federal de Alagoas (Ufal). Residência Médica em Medicina da Família e Comunidade pela Universidade Estadual de Ciências da Saúde de Alagoas (Uncisal). Graduado em Medicina pela Uncisal. Bacharel em Ciência Política com ênfase em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

lucas.eosilva@ufpe.br

Antônio Alves Tôrres Fernandes

Doutorando em Ciência Política na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

antonio.alvestorres@ufpe.br

Lucas Borba

PhD Candidate em Ciência Política – Vanderbilt University (EUA).

lucas.borba@vanderbilt.edu

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 25.02.2024
Aprovado: 12.07.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202443

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
DESK REVIEW.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
TRÊS DECISÕES EDITORIAIS, INCLUINDO A DECISÃO FINAL.

1 Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-2729-8690

Reflexões sobre o legado brasileiro para consolidação de obrigações internacionais extraterritoriais em saúde global

REFLECTIONS ON THE BRAZILIAN LEGACY FOR CONSOLIDATION OF EXTRATERRITORIAL INTERNATIONAL OBLIGATIONS IN GLOBAL HEALTH

REFLEXIONES SOBRE EL LEGADO BRASILEÑO PARA CONSOLIDACIÓN DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES EXTRATERRITORIALES EN SALUD MUNDIAL

José Guilherme Ferraz da Costa[1]

Resumo
Este artigo é um estudo de caso avaliativo em direito internacional, com investigação de aspectos da decisiva participação da diplomacia brasileira na deflagração do processo de formação de normas internacionais que resultou na Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, bem como na Decisão de 2003 do respectivo Conselho sobre o mesmo tema, culminando com a introdução do art. 31bis no referido acordo. Confirma-se a hipótese de que a gênese dessas normas constitui exemplo prático da ocorrência de efeito irradiante de normas do regime de direitos humanos sobre outros regimes internacionais, conferindo-lhes maior coesão em sua aplicação, ao mesmo tempo em que caracterizam obrigações extraterritoriais, conforme abordagens teóricas da literatura especializada. Constata ainda que os mesmos fundamentos jurídicos serviram de base para reivindicações que levaram à flexibilização de patentes com vistas à redução de desigualdades na distribuição de vacinas durante a pandemia de covid-19, analisando ainda a participação do Brasil no pertinente processo político de fundo até seus mais recentes desdobramentos.

Palavras-chave
Estratégia diplomática; patentes; direito à saúde; irradiação normativa; obrigações extraterritoriais.

Abstract
This article is an evaluative case study in international law investigating aspects of the decisive participation of Brazilian diplomacy in the triggering of the process of formation of international standards that resulted in the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health and in the 2003 Decision of the respective Council on the same topic, culminating in the introduction of art. 31bis in the aforementioned agreement. The study confirms the hypothesis that the genesis of these norms constitutes a practical example of the occurrence of a radiating effect of human rights regime norms on other international regimes, giving them greater cohesion in their application, at the same time that they characterize extraterritorial obligations, according to theoretical approaches of specialized literature. It also notes that the same legal foundations served as the basis for claims that resulted in the flexibility of patents with a view to reducing inequalities in the distribution of vaccines during the covid-19 pandemic, analyzing Brazil's participation in the relevant political process in the background up until its most recent developments.

Keywords
Diplomatic strategy; patents; right to health; normative irradiation; extraterritorial obligations.

Como citar este artigo
COSTA, José Guilherme Ferraz da. Reflexões sobre o legado brasileiro para consolidação de obrigações internacionais extraterritoriais em saúde global. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2443, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202443

Resumen
Este artículo es un estudio de caso evaluativo en derecho internacional que investiga aspectos de la participación decisiva de la diplomacia brasileña en el desencadenamiento del proceso de formación de estándares internacionales que resultó en la Declaración de Doha sobre los ADPIC y la Salud Pública y en la Decisión de 2003 de lo respectivo Consejo sobre el mismo tema, que culminó con la introducción del art. 31bis del citado acuerdo. El estudio confirma la hipótesis de que la génesis de estas normas constituye un ejemplo práctico de la ocurrencia de un efecto irradiante de las normas de los regímenes de derechos humanos sobre otros regímenes internacionales, dándoles mayor cohesión en su aplicación, al mismo tiempo que caracterizan obligaciones extraterritoriales según enfoques teóricos de la literatura especializada. También señala que los mismos fundamentos legales sirvieron de base para reivindicaciones que resultaron en la flexibilización de las patentes con miras a reducir las desigualdades en la distribución de vacunas durante la pandemia de covid-19, analizando en segundo plano la participación de Brasil en el proceso político pertinente hasta sus desarrollos más recientes.

Palabras clave
Estrategia diplomática; patentes; derecho a la salud; irradiación normativa; obligaciones extraterritoriales.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introdução

A efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) básicos mostra-se um dos grandes desafios assumidos pela comunidade internacional neste século XXI no campo dos direitos humanos em geral, notadamente a partir de amplos compromissos políticos consubstanciados nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio de 2000, renovados sob a forma dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em 2015. Sólidas evidências de estudos filosóficos e econômicos demonstram que tais objetivos apenas serão viáveis, em diversos países do mundo, desde que haja cooperação internacional, especialmente visando auxiliá-los na estruturação de políticas públicas de garantia massificada de bens e serviços (Sachs, 2005). E se tal desafio implicará necessariamente assistência material por meio de aporte de recursos financeiros (Assistência Oficial ao Desenvolvimento – AOD), com muito mais razão exigirá, no mínimo, abstenção de interferências externas que possam restringir programas nacionais de implementação de direitos, inclusive a demandar uma revisão geral dos impactos de normas internacionais de regência do comércio internacional nesse contexto.

Dessa forma, passam a ser reconhecidas verdadeiras obrigações "extraterritoriais" (positivas e negativas) a cargo dos Estados para garantia de DESC, com especial destaque para a temática da saúde, certamente pela sua repercussão mais imediata sobre todas as capacidades do indivíduo e maior sensibilidade que normalmente desperta na opinião pública. Corroborando esse fenômeno, constata-se o desenvolvimento de toda uma vertente da diplomacia especializada em saúde global, que envolve frequentemente aspectos de cooperação e assistência mútuas entre Estados nacionais, as quais transbordam de simples preocupações sobre segurança sanitária para alcançar também a ideia de maior solidariedade entre as nações (Kickbusch *et al.*, 2012).

Nessa linha de raciocínio, a diplomacia brasileira voltada a temas de saúde global assumiu um papel decisivo e pioneiro na consolidação de normas que materializam de forma bastante concreta a ideia de influência do regime de direitos humanos sobre outros regimes internacionais, de modo a concretizar obrigações extraterritoriais, contribuição essa ainda não devidamente sistematizada e refletida na literatura especializada sob o viés jurídico, embora mencionada com certa frequência em análises políticas na seara das relações internacionais (Alcázar, 2008; Gómez, 2012; Castro, 2018). O presente artigo[1] pretende avançar nessa lacuna de investigação na seara jurídica a partir de uma breve sistematização das

1 O estudo de caso proposto foi construído a partir de registros contidos em fontes secundárias, obtidas por meio de revisão narrativa de literatura, com destaque para teses de doutorado fundadas em trabalho de campo, inclusive entrevistas com atores proeminentes no contexto avaliado. Avançou-se, outrossim, no exame de fontes primárias para análise atualizada dos desdobramentos mais recentes do caso (notas oficiais, atos normativos, declarações públicas, resoluções de órgãos internacionais e notícias jornalísticas).

estratégias adotadas pelo Estado brasileiro, que resultaram na deflagração de todo um processo de produção normativa, não só pela fixação de diretrizes interpretativas, mas pela efetiva modificação de normas internacionais positivadas. Pretende-se, assim, demonstrar a relevância histórica dessas estratégias a partir da constatação de que produziram dois relevantes avanços no plano do direito internacional contemporâneo: (a) introduziram a ideia de irradiação normativa de princípios do regime internacional de direitos humanos no regime internacional de propriedade industrial, principalmente no que se refere ao tema da proteção patentária e do acesso a medicamentos, em prol de abordagens mais solidárias em favor de populações vulneráveis; (b) explicitaram verdadeiras obrigações extraterritoriais voltadas à garantia de DESC na modalidade respeitar e proteger quanto à garantia do direito à saúde, notadamente em relação ao acesso a medicamentos.

Pretende-se, ainda, demonstrar como a recente pandemia vivenciada em todo o globo criou um ambiente deveras propício ao florescimento exatamente desses mecanismos outrora introduzidos no cenário político-jurídico internacional (GDP, 2021), com essencial participação e liderança brasileiras, pondo em maior destaque os avanços político-jurídicos mencionados. Em contraste, demonstra-se que, ao longo da referida crise em saúde global, houve um momento de recuo na posição diplomática brasileira diante da modificação de diretriz de política externa que vinha sendo seguida por sucessivos governos nessa temática. Evidencia-se ainda que, mesmo assim, o referido legado brasileiro continua a produzir sensíveis frutos no cenário global, considerando-se a utilidade concreta das inovações em tela para ensejar soluções de problemas típicos do desenvolvimento socioeconômico, a começar por questões mais prementes de saúde pública. Propõe-se, ao final, uma reflexão sobre os prejuízos decorrentes do referido recuo pontual no tocante ao capital político obtido pelo Brasil com esforços despendidos ao longo de mais de uma década na seara em foco, bem como sobre os desafios para a retomada da liderança brasileira nesse contexto.

1. A campanha internacional por acesso a medicamentos essenciais mediante flexibilização do Acordo TRIPS

Para situar adequadamente a problemática adiante abordada, deve-se rememorar que o Brasil promoveu a adequação de sua legislação interna aos termos do Acordo sobre Assuntos Relacionados ao Comércio e Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) (Brasil, 1994) por meio da Lei n. 9.279/1996 (Brasil, 1996), modificando a diretriz legal anterior que excluía medicamentos, alimentos e produtos químicos do regime jurídico de propriedade intelectual e chegando mesmo a antecipar a eficácia dessa legislação, quando lhe era garantido prazo maior de transição na condição de país em desenvolvimento. Em que pese a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, de regime protetivo amplamente favorável a multinacionais sediadas em países desenvolvidos, o licenciamento compulsório (independente da anuência do titular da patente) foi incorporado à Lei n. 9.279/1996 (Brasil, 1996),

de modo que uma patente está sujeita a essa restrição se o seu titular exercer os direitos em abuso de poder econômico. Ademais, uma licença compulsória pode ser concedida quando o produto patenteado não é explorado no Brasil ou quando a venda do produto protegido não satisfaz as necessidades do mercado (art. 68). Permitem-se ainda licenças compulsórias em casos de patentes dependentes (art. 70) e em casos de emergência nacional ou de interesse público declarados pelo Executivo federal (art. 71) (Brasil, 1996).

Com efeito, a anterior exclusão de medicamentos do regime patentário brasileiro havia impulsionado a indústria de "genéricos" (assim como ocorreu na Índia), o que gerou pressão da indústria farmacêutica perante governos dos países desenvolvidos pela implementação de normas internacionais mais rígidas sobre propriedade intelectual no âmbito do Acordo TRIPS, inclusive para restringir a aplicação das referidas flexibilidades. Como reação, houve, nesse momento histórico, um peculiar fenômeno de mobilização de governos e de organizações da sociedade civil em defesa da produção de genéricos em países como a Índia, a África do Sul e o Brasil (Ragavan; Vanni, 2021, p. 9-15).

A conhecida campanha internacional pelo acesso a medicamentos movida pelo Brasil no início da década de 2000 representou, assim, um contraponto àquela modificação no cenário jurídico, visando, ao menos, reduzir custos de políticas internas de assistência farmacêutica, resguardando a prerrogativa do país de aplicar interpretação ampla na utilização das flexibilidades do Acordo TRIPS sobre propriedade industrial no país, de modo a permitir que confe-risse licenças compulsórias para viabilizar aquisição de medicamentos em situações de emergência de saúde pública (conforme art. 31, "b", do Acordo [Brasil, 1994]).

De fato, naquele momento, a pressão exercida pelos Estados Unidos e outros países aliados à indústria farmacêutica trazia riscos à viabilidade econômica do programa brasileiro de enfrentamento da epidemia de HIV/AIDS, programa esse que fora reconhecido em diversas instâncias internacionais como pioneiro e exemplar no tratamento de pacientes em larga escala por sistemas públicos. Pretendia-se, por exemplo, limitar drasticamente as hipóteses que um membro do acordo pudesse considerar de emergência. Tal pressão teve como ápice uma demanda formal ao órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), que questionava o art. 68 da lei brasileira de patentes (Lei n. 9.279/1996 [Brasil, 1996]). Embora o artigo não tratasse diretamente de licenças compulsórias em emergência pública, tornou-se representativa de todo o referido conflito de interesses e, assim, um símbolo da luta pelo acesso de países em desenvolvimento a medicamentos diante de demandas de saúde pública.

Nesse contexto, foi então deflagrada toda uma estratégia diplomática pelo governo brasileiro, que abrangeu as seguintes medidas: (a) construção de um discurso que associou a pressão formal exercida pelos Estados Unidos perante a OMC à questão mais ampla da pressão difusa sobre o país em torno da produção de medicamentos genéricos, com riscos de impacto sobre o programa nacional de enfrentamento à AIDS; (b) inserção do assunto nos fóruns políticos multilaterais relacionados ao tema da saúde no âmbito internacional

(Comissão de Direitos Humanos, OMC, Organização Mundial da Saúde [OMS] e Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas [ONU]); (c) mobilização de organizações não governamentais (ONGs) no plano nacional e internacional; (d) publicação de anúncios na imprensa que pudessem atingir mais diretamente a opinião pública norte-americana e internacional; (e) mobilização diplomática para esclarecimento formal definitivo no âmbito da OMC quanto ao alcance normativo da flexibilidade do Acordo TRIPS sobre emergência pública, voltado a prevenir futuras pressões internacionais nesse particular; (f) engajamento em cooperação internacional com outros países em desenvolvimento, visando ofertar acesso a medicamentos antirretrovirais e assim angariar maior apoio entre esses beneficiários (Nunn, 2009; Flynn, 2010; Vanni, 2016).[2]

O resultado da mobilização brasileira, com participação de diversas ONGs e de outros governos, foi não apenas a desistência da demanda por parte dos Estados Unidos, mas também a "Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública", de 2001, proclamadora da prerrogativa dos países em desenvolvimento de deliberarem sobre os casos de emergência que justificassem licenças compulsórias, entre outros aspectos. Referida declaração representou um marco ao subordinar mais incisivamente normas de propriedade industrial a objetivos de saúde pública, aduzindo que os Estados-membros concordavam que o Acordo TRIPS não os impediria de adotar medidas para proteger a saúde pública, bem como que deveria ser interpretado e implementado de forma favorável ao direito dos aludidos membros de proteger a saúde pública e, em particular, de promover o acesso a medicamentos para todos. Ademais, reconheceram que os membros com capacidade de fabricação insuficiente ou inexistente no setor farmacêutico poderiam ter dificuldades para efetivar o licenciamento compulsório, razão pela qual se atribuiu ao Conselho do TRIPS a tarefa de encontrar solução para tal problema.

Dessa forma, a partir da dita Declaração de Doha, foram deflagrados desdobramentos políticos e jurídicos que resultaram na decisão de agosto de 2003 do referido Conselho que, mais recentemente, culminou na entrada em vigor do art. 31bis do mesmo acordo em 2017 (Abbot; Reichman, 2007; Anderson, 2009; Brasil, 2018). Esse dispositivo articula-se com aludida Declaração (cujo efeito vinculante é confirmado pelo item 5 do art. 31bis) para garantir, em linhas gerais, além de interpretações mais elásticas em relação a flexibilidades já incluídas no Acordo TRIPS em favor da saúde pública (art. 31, "b", do Acordo) e da extensão do período

2 Entre os trabalhos mais abrangentes publicados sobre essa estratégia brasileira e seus desdobramentos políticos, estão as teses de doutorado de Nunn (2009) e Flynn (2010). Mais recentemente, a tese de doutorado de Vanni (2016) promove análise conjunta da situação de outros dois países em desenvolvimento (Índia e Nigéria). Todos esses trabalhos documentaram entrevistas com profissionais com relevantes atuações pertinentes à temática.

de adaptação dos países em desenvolvimento a seus dispositivos (previsto no art. 66.1 do Acordo), uma ampliação de possibilidades de acesso a medicamentos mais baratos a países em desenvolvimento por meio de importações, com regramento mais específico quanto ao que consta do art. 31, "f", do mesmo Acordo.

Dado relevante a destacar é que, para se alcançar tal resultado e superar a intensa pressão política do governo dos Estados Unidos e de outros países aliados à indústria farmacêutica (que propunham interpretações bem mais restritivas do Acordo TRIPS), foi necessária uma inédita mobilização da opinião pública global em torno do argumento de que o interesse econômico de preservação de direitos de propriedade industrial deveria ceder diante da necessidade de evitar sérias violações ao direito humano à saúde, proclamado em outros documentos jurídicos internacionais, inclusive no tocante ao acesso a medicamentos. Ou seja, buscou-se introduzir no caso uma lógica de compatibilização entre regulações comerciais e valores humanitários que concretiza exatamente a previsão teórica de um efeito de irradiação normativa entre regimes jurídicos internacionais, em um sentido de maior integração e coesão, conforme detalhado a seguir.

Os resultados obtidos com a referida campanha global renderam notável reputação internacional para o Brasil, considerando especialmente sua postura agressiva e bem-sucedida em garantir acesso a medicamentos antirretrovirais, para manter um programa pioneiro de tratamento em massa de pessoas infectadas pelo vírus HIV. Isso motivou o governo brasileiro a buscar manter e aprofundar tal prestígio por meio de políticas de cooperação internacional na área de saúde, entre outras (Gómez, 2012, p. 17). Afinal, se mesmo uma potência média poderia ofertar auxílio a outros países em desenvolvimento, muito mais se deveria esperar dos países desenvolvidos, notadamente das maiores economias do mundo.

Embora a literatura especializada já tenha documentado, em diversos momentos, a relevância e as repercussões da liderança brasileira em todo esse processo do ponto de vista político (Alcázar, 2008),[3] tal fenômeno ainda carece de análise mais detalhada do ponto de vista jurídico, no sentido de enquadrá-lo nas previsões teóricas relacionadas ao processo de integração de regimes internacionais por irradiação normativa de princípios e normas de direitos humanos, bem como ao reconhecimento de verdadeiras obrigações extraterritoriais em favor de países em desenvolvimento, nas modalidades respeitar, proteger e satisfazer. A seguir, exploramos com mais vagar esse enquadramento teórico para, em seguida, demonstrar a sua aplicabilidade no recente contexto pandêmico vivenciado mundialmente, confirmando-se, assim, a enorme relevância atual das inovações outrora capitaneadas pelo Brasil, notadamente para implementação de ODS da agenda global para 2030.

3 Alcázar (2008), por exemplo, considera a postura brasileira uma verdadeira "revolução de copérnico" ao colocar valores da saúde pública acima de interesses comerciais.

2. Evidências do efeito irradiante do direito humano à saúde sobre o sistema da OMC

Sabe-se que um fenômeno debatido no âmbito do direito internacional contemporâneo é o de uma crescente fragmentação do ordenamento jurídico global com a instituição de diversos regimes regulatórios específicos independentes entre si. Nesse contexto, conforme sistematizado no conhecido relatório apresentado no âmbito da Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas, em 2006, sob liderança de Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682), um desses *self-contained regimes* seria justamente o dos direitos humanos. O relatório menciona, então, entre as possibilidades aventadas para tratamento desse fenômeno de fragmentação, a atribuição de uma espécie de hierarquia abrangida pela noção de obrigações especiais "integrais", que gozariam de um tipo de precedência sobre instrumentos transacionais meramente bilaterais. Frisa haver dificuldades em enquadrar tal efeito como hipótese de aplicação de *lex speciàlis*, *lex poster or* ou *lex super or*, destacando que ela daria relevo ao que denomina "força normativa dos tratados de direitos humanos" (que seriam "tratados integrais ou absolutos"). Menciona, enfim, como exemplo dessa visão, a prática dos "*human rights bodies*" de adotar leituras das convenções sobre direitos humanos que vislumbram seu *effet utile* em uma extensão talvez mais ampla do que tratados comuns (United Nations, 2006, p. 127 e 216).

Assim, em contraposição à dita fragmentação, atuaria a expansão do alcance da rede protetiva formada pelas normas internacionais de direitos humanos, as quais, pelas suas características peculiares e seu substrato filosófico, tenderiam a irradiar um elemento de uniformidade no ordenamento internacional, capaz de contagiar, influenciar e redirecionar a criação, interpretação e aplicação de outras normas de direito internacional. Ramos (2013, p. 98-100) ressalta essa "força expansiva" ou efeito irradiante, reportando-se especialmente a votos do juiz Cançado Trindade no caso Argentina *v.* Uruguai (*Pulp Mills on the River Uruguay*) perante a Corte Internacional de Justiça, em que aponta, em contraste com a dita fragmentação, uma reafirmada expansão do direito internacional para regular não apenas relações interestatais, mas também intraestatais. Segundo o citado autor, a finalidade humana do Estado dará coesão ao direito internacional e às suas inúmeras ramificações, banindo qualquer alegoria de fragmentação (Ramos, 2013).

Sem pretender aprofundar as diversas possibilidades de irradiação de normas protetivas de direitos humanos sobre outros chamados *self-contained regimes*, põe-se em relevo neste artigo que as estratégias brasileiras em estudo resultaram em uma potente evidência prática desse caráter irradiante das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico internacional. Tal constatação confirma a "força expansiva" atribuída a essa espécie de norma, tal como aventado no citado Relatório da CDI. Isso porque se utilizou do argumento acerca da força dos valores subjacentes à garantia solidária de tratamento para graves enfermidades para reconfigurar a interpretação e o alcance de normas comerciais de proteção à propriedade industrial do regime internacional específico do Acordo TRIPS.

Deve-se esclarecer que o objetivo desta análise não é reavivar o debate sobre referido fenômeno de fragmentação, mas tão somente demonstrar que a estratégia liderada pela diplomacia brasileira, no caso, serviu à configuração de hipótese concreta da dita irradiação normativa do regime protetivo de direitos humanos para outros regimes tidos por autocontidos, confirmando sua relevância histórica para o direito internacional. Nesse sentido, Peters (2017, p. 676-678 e 702) propõe uma renovada visão da diversificação de regimes internacionais não exatamente como fragmentação, mas sim como refinamento do direito internacional, investindo no estudo do panorama atual de técnicas empregadas em diversos casos para coordenação e harmonização de regimes internacionais. Destaca, a propósito, que uma das áreas problemáticas típicas entre as quais podem surgir tensões é especialmente a do livre comércio diante da proteção ambiental e de espécies, ou dos direitos humanos/direitos trabalhistas, e o subcampo mais discutido nesse particular, até o momento, é justamente esse último. Menciona, entretanto, a possibilidade de uma integração preventiva de potenciais conflitos mediante interação não contenciosa entre regimes e ressalta a possibilidade de ampla participação de Estados-partes, *experts* e outros atores interessados, em um procedimento mais inclusivo e transparente para debate de racionalidades normativas. No artigo ora proposto, delineia-se justamente, como propugna Peters (2017), um caso de integração mais avançada entre regimes internacionais, em que se supera uma posição de conflito interpretativo inicial para admitir-se uma remodelação de textos normativos a partir de consenso político e absorção de perspectivas mais plurais na produção da norma.

Anteriormente, já havia sido ensaiada a inserção da discussão sobre interferências de direitos de propriedade industrial sobre a saúde pública (a partir de demanda posta por um consórcio de ONGs) no âmbito do regime internacional dos direitos humanos, por meio da Resolução 2000/7, de 17 de agosto de 2000,[4] da Subcomissão das Nações Unidas para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos (United Nations, 2000a). A resolução abordava a existência de conflitos reais ou potenciais entre a implementação do Acordo TRIPS e a realização de DESC em relação, *inter alia*, a restrições de acesso a produtos farmacêuticos patenteados e as implicações para gozo do direito à saúde, ressaltando, outrossim, a primazia das obrigações de direitos humanos sobre políticas e acordos econômicos (Helfer, 2015, p. 327). No entanto, foi na Resolução 2001/33 (sobre "acesso à medicação no contexto de pandemias como a de HIV/AIDS" [United Nations, 2001]), proposta pelo Brasil perante a Comissão de Direitos Humanos da ONU, como parte da citada campanha de acesso a medicamentos, que se reconheceu, pela primeira vez, o acesso a medicamentos como expressão do direito à saúde no plano internacional (Nunn, 2009, p. 130). Aliás, o seu item 4 tangenciou exatamente a questão que envolveu Brasil e Estados

4 Todas as resoluções da ONU referidas no texto podem ser colhidas do sítio da organização: https://digitallibrary.un.org/, com acesso em 22 de dezembro de 2023.

Unidos na OMC, ao conclamar os Estados a facilitarem, dentro do possível, o acesso a medicamentos em outros países e a assegurarem que suas ações como membros de organizações internacionais levassem em conta o direito humano à saúde, propagando ainda que a aplicação de acordos internacionais servisse às políticas de saúde em outros países.

Observe-se que a Resolução 2001/33 voltou-se especificamente ao direito à saúde, no contexto emblemático da epidemia de HIV/AIDS, inaugurando, assim, uma sucessão de outras resoluções, relatórios e recomendações no sistema de direitos humanos da ONU que identificaram conflitos significativos entre o regime internacional de propriedade industrial e o direito à saúde, reconhecendo-se, em linhas gerais, que o direito à saúde engloba o direito de acesso a medicamentos que salvam vidas e que esse direito tem primazia sobre a proteção à propriedade industrial. Entre os mais notáveis estão: declarações da Assembleia Geral da ONU em 2001 e 2006; resoluções da Comissão de Direitos Humanos em 2001, 2002, 2003 e 2005; um estudo de 2001 do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; vários relatórios de relatores especiais sobre o direito à saúde; Diretrizes de Direitos Humanos para Empresas Farmacêuticas em Relação ao Acesso a Medicamentos, adotadas em 2008; uma Declaração de 2001 sobre Direitos Humanos e Propriedade Intelectual pelo Comitê do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); um comentário geral de 2003 do Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança; e uma resolução de 2008 da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Helfer, 2015, p. 328).

No âmbito da 12ª Sessão do novo Conselho de Direitos Humanos da ONU, foi aprovada a Resolução A/HRC/12/L.23, de 25 de setembro de 2009 (United Nations, 2009), que reafirmou a conclamação dos Estados, em síntese, a tomarem medidas de modo a garantir que suas ações, como membros de organizações internacionais, levem em conta o direito de todos aos melhores padrões de saúde física e mental (reportando-se ainda às resoluções anteriores da Comissão de Direitos Humanos da mesma Organização: 2001/33, de 23 de abril de 2001; 2002/31 e 2002/32, de 22 de abril de 2002; 2003/28, de 22 de abril de 2003; 2004/27, de 16 de abril de 2004; e 2005/25, de 15 de abril de 2005). Tal Resolução foi bem explícita ao destacar que a proteção da propriedade intelectual não deve criar barreiras ao comércio legítimo de medicamentos, pois os dispositivos de acordos comerciais correlatos devem ser interpretados e implementados de modo a garantir aos Estados-partes o direito de proteger a saúde pública e promover o acesso a medicamentos para todos que deles necessitam, considerado tal acesso direito humano inafastável.

Constata-se, portanto, que, embora a aludida Resolução 2001/33 e outras que a sucederam sobre o tema não assumam força vinculante nos moldes do direito internacional clássico, representaram um extraordinário ponto de inflexão na compreensão do alcance de normas de direitos humanos, notadamente do direito à saúde, como capaz de irradiar, influenciar ou mesmo condicionar a aplicação de outras normas. Todos esses documentos de manifestação de vontade política, a despeito de não disporem de eficácia vinculante formal, desenvolveram

ou consolidaram o mesmo pensamento jurídico subjacente à Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública de 2001, bem como à Decisão do Conselho do TRIPS de 2003, que resultou na emenda de 2005 ao acordo, com a introdução do art. 31bis em seu contexto. Referidos atos contribuíram, assim, para fomentar que se firmasse, no âmbito daquele acordo, uma interpretação das flexibilidades ali contidas em favor de maior proteção à saúde pública, aditando-se posteriormente o respectivo texto para ampliá-las ainda mais. Mais recentemente, essas ideias foram reafirmadas pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU por meio de diversas resoluções, entre as quais vale destacar a A/HRC/50/L.13, de 4 de julho de 2022 (United Nations, 2022), que se reporta a outras, versando sobre acesso equitativo, economicamente suportável, oportuno e universal para todos os países no tocante a vacinas em resposta à difusão da covid-19, e evocando novamente o teor da Declaração de Doha de 2001.

Em contrapartida, toda essa movimentação político-jurídica, que resultou em consequências concretas de modificação normativa no sistema do Acordo TRIPS, contribuiu também para configurar, com maior clareza, espécies de obrigações extraterritoriais de Estados desenvolvidos, em suas vertentes teoricamente definidas como "respeitar" e "proteger", e alguns chegam atualmente até mesmo a propugnar por correlatos deveres de "satisfazer", conforme se aprofunda na seção a seguir.

3. Implementação do conceito jurídico de obrigações extraterritoriais em saúde global

A produção teórica relativa ao direito internacional dos direitos humanos com conteúdo econômico (entre os quais o direito à saúde) tem avançado para reconhecer um verdadeiro dever de cooperação na implementação desses direitos, notadamente com base no art. 2.1 do PIDESC (Brasil, 1992a), secundado por diversas outras referências à cooperação internacional inseridas no mesmo pacto e reforçado pelo teor de dispositivos contidos em outros atos normativos (tais como os arts. 4º e 24, 4, da Convenção sobre os Direitos da Criança [Brasil, 1990]). Justifica-se, com frequência, essa abrangência extraterritorial de deveres baseados no PIDESC pelo fato de tais dispositivos não conterem uma cláusula que limite seus efeitos à área sob jurisdição de um Estado (como ocorre com o art. 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [Brasil, 1992b]) (Salomon, 2007; Langford *et al.*, 2013).

Os Comentários Gerais do Comitê de Monitoramento do PIDESC (notadamente os de n. 03 e n. 14) têm aplicado a classificação doutrinária tripartite das obrigações em direitos humanos com sendo de: (a) respeitar, (exige que os Estados se abstenham de interferir direta ou indiretamente com o gozo de direitos); (b) proteger (exige que os Estados adotem medidas que impeçam que terceiros interfiram no gozo de direitos); e (c) satisfazer (exige que os Estados adotem medidas legislativas, administrativas, orçamentais, judiciais, promocionais e outras para a plena realização de direitos). Esta última espécie desdobra-se ainda em subespécies de

(c.1) facilitar (exige a adoção de medidas positivas que capacitam e assessoram os indivíduos a usufruírem de direitos); (c.2) promover (pressupõe disseminar informação e despertar consciência sobre direitos); e (c.3) prover (implica garantir a fruição de um direito específico, quando indivíduos não são capazes de obtê-los pelos meios ao seu dispor por razões além de seu controle). Conforme a abordagem do Comitê, esses diversos aspectos das obrigações relativas a direitos humanos, inclusive ao direito à saúde, também se projetam na sua vertente extraterritorial, de modo que se deve reconhecer todas essas modalidades de obrigações de um Estado não apenas em relação à sua própria população, mas também quanto a populações de outros Estados (United Nations, 1990, 2000b).

Os "Princípios de Maastricht em Obrigações Extraterritoriais dos Estados na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", elaborados em reunião convocada pela Universidade de Maastricht e pela Comissão Internacional de Juristas em 2011, buscaram sistematizar a fundamentação jurídica das citadas obrigações extraterritoriais (Schutter *et al.*, 2012), e, embora não constituam documento jurídico revelador de consenso entre Estados, apontam a consistência de tal fundamentação e podem até mesmo constituir relevante evidência de uma *opinio juris sive necessitatis*, ínsita às normas de direito internacional costumeiro. Conforme descrito no Princípio 9, "a", entre aqueles proclamados na ocasião, as obrigações extraterritoriais surgem quando um Estado exerce controle, poder ou autoridade sobre pessoas ou situações localizadas fora do território soberano de uma forma que poderia ter um impacto sobre o gozo de direitos humanos por aquelas pessoas ou em tais situações. Tal como descrito no Princípio 9, "b", as obrigações extraterritoriais também se baseiam nas obrigações de cooperação internacional, estabelecidas no direito internacional (o item 9, "a", parece referir-se mais às obrigações de respeitar e proteger, enquanto o item 9, "b", às de satisfazer). Esses princípios também indicam que (Princípio 31) cada Estado deve separadamente, e quando necessário, em conjunto, contribuir para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais extraterritoriais, proporcionalmente às suas capacidades econômicas, técnicas e tecnológicas, aos recursos disponíveis e às influências internacionais nos processos de tomada de decisão. Estados-membros devem, portanto, cooperar para mobilizar o máximo de recursos disponíveis para a realização universal dos DESC.

Outro relevante subsídio para fundamentação jurídica das ditas obrigações, além do texto do PIDESC e de convenções correlatas, é o reconhecimento paulatino, por parte da Assembleia Geral da ONU, acerca de deveres solidários como prática costumeira humanitária, podendo-se falar, portanto, da emergência de um direito à assistência, embora ainda carente de maior elaboração e determinação mais precisa de seu conteúdo (Cançado Trindade, 2003, p. 429-430). Com efeito, desde o advento das Resoluções 43/131 (1988), 45/100 (1990) e 46/182 (1991), a Assembleia Geral da ONU reconheceu que os mesmos princípios humanitários vigentes para conflitos armados nos moldes das Convenções de Genebra também seriam aplicáveis a situações de desastres naturais e outras emergências (Macedo, 2005). Ressalta-se que tais obrigações extraterritoriais positivas ganharam ainda maior destaque na

Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, cujo art. 4º, item 1, estabelece: "como complemento dos esforços dos países em desenvolvimento, uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu amplo desenvolvimento" (United Nations, 1986). Atualmente, aguarda-se a apreciação, pela Assembleia Geral da ONU, de proposta de *draft* de Resolução (A/HRC/35/35, de 25 de abril de 2017 [United Nations, 2017]) que consolida as concepções dessas obrigações extraterritoriais sob um conceito-síntese de "direito à solidariedade", tomando por base diversos dispositivos convencionais, declarações políticas e práticas costumeiras.

Diante desse panorama normativo de progressivo desenvolvimento da ideia de obrigações extraterritoriais dos Estados, especialmente no que se refere à garantia do direito aos mais altos níveis de saúde possíveis (art. 12 do PIDESC [Brasil, 1992]), como pressuposto do direito à vida, conclui-se que, *v.g.*, os Estados devem se abster de condutas como embargos econômicos ou outras medidas no âmbito de organizações internacionais que possam comprometer a satisfação de direitos humanos em outros Estados. Devem também impedir que agentes sujeitos à sua jurisdição o façam, assim como devem demonstrar e justificar esforços despendidos para contribuir com a garantia de acessibilidade a bens e serviços essenciais para populações estrangeiras, principalmente quando se trata de garantir o direito à vida e à saúde (Toebes, 1999, p. 307-310; Tobin, 2012, p. 325-326 e 331-333).

Busca-se atualmente consolidar a construção teórica do conceito de obrigações extraterritoriais, apontando suas manifestações concretas e suas funções transformadoras das relações econômicas globais, de modo a combater a pobreza e a desigualdade extremas, evitando-se que se torne apenas um discurso legitimador do *status quo* com base em um vago conceito de "cooperação internacional" (Wilde, 2018). Diante das dificuldades encontradas no reconhecimento de casos de violação extraterritorial de direitos humanos, por exemplo, identificando-se "influência ou medidas decisivas" que o Estado poderia exercer ou adotar, para caracterização de omissão na sua realização, chega-se a propor um novo enfoque que reconceitua tais obrigações como "universais" ou "transnacionais" (Palombo, 2023).

Por conseguinte, existe notável relevância em se demonstrar que o caso da flexibilização de patentes, deflagrado desde a referida campanha global para acesso a medicamentos, representa exatamente uma hipótese prática de concretização desse tipo de obrigação extraterritorial nas modalidades de "respeitar" e "proteger" a implementação local de centros de produção de medicamentos, avançando-se, até mesmo, no presente momento, para reivindicações em torno do dever de "satisfazer" por meio da efetiva partilha e transferência de tecnologia, insumos e produtos farmacêuticos, propondo-se, inclusive, inovadores modelos jurídicos para tanto.[5]

5 Beiter (2020) segue proposta similar de estudo de caso ao buscar demonstrar que obrigações extraterritoriais decorrentes do direito humano de acesso à educação e cultura imporiam limites à exigência de

Este artigo demonstra um notável reforço à consolidação conceitual de obrigações extraterritoriais dos Estados. Constatou-se que, no caso em tela, a obrigação extraterritorial de "respeitar" concretiza-se na diretriz de que as autoridades do Executivo de países desenvolvidos devem se abster de iniciativas diplomáticas ou jurídicas que possam criar entraves desproporcionais à flexibilização de patentes em países que necessitem fazer uso desse mecanismo para ampliação de acesso da respectiva população a medicamentos. Além disso, a obrigação extraterritorial de "proteger" implica que Estados desenvolvidos devem adotar medidas regulatórias sobre particulares e empresas para impedir que atuem de modo a prejudicar esse acesso, não permitindo ainda que eventuais demandas movidas perante autoridades administrativas e/ou judiciais o prejudiquem (Costa, 2017, p. 418-419).[6]

No entanto, atualmente os países em desenvolvimento passam a reivindicar também o cumprimento de obrigação extraterritorial de "satisfazer" o direito à saúde (nas submodalidades de "facilitar", "promover" e "prover") mediante atuação multilateral de países desenvolvidos em favor de populações mais vulneráveis nos países em desenvolvimento, com a estruturação de mecanismos de transferência de tecnologia em saúde. Essa atuação criaria condições mais propícias ao acesso a medicamentos, assim como contribuiria para empoderar segmentos dos países em desenvolvimento a buscarem usufruir desse acesso, chegando ainda à implementação de aportes diretos e sistemáticos de auxílio financeiro/material para garantir tal acesso. Nesse sentido, a estruturação da *Covax facility*, durante a recente pandemia, representou um caminho viável de partilha de tecnologia e auxílio financeiro para expansão menos desigual da cobertura vacinal em todo o mundo.[7]

Analisam-se a seguir os desdobramentos da questão no referido ambiente de emergência em saúde global, com ênfase nas posições políticas do Brasil e de outras das maiores lideranças entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, considerando todo o contexto histórico e jurídico antecedente traçado anteriormente.

• • •

retribuições e restrições à circulação de livros em países em desenvolvimento, nos termos do Acordo TRIPS e da Convenção de Berna para a Proteção dos Direitos Literários e Obras Artísticas de 1971.

6 A Comissão Internacional de Juristas (ICJ, 2021) produziu parecer que sustenta o dever dos países desenvolvidos de não obstaculizar a adoção de *waiver* ampla no Acordo TRIPS voltada a direitos de patentes sobre vacinas, tratamentos e medicamentos para a covid-19, corroborando exatamente o enquadramento proposto desse dever como expressão de obrigações extraterritoriais.

7 Os participantes autofinanciados podem solicitar à *Covax facility* doses suficientes para vacinar entre 10% e 50% de suas populações; o *Gavi Covax AMC* (*Advance Market Commitment*) visa garantir que 92 países de renda média e baixa também tenham igual acesso às vacinas mediante financiamento distinto via AOD, bem como contribuições do setor privado e filantrópico (Gavi Alliance, 2023). Aliás, a Unitaid, criada com participação decisiva do Brasil (Costa, 2017, p. 442-450), pode ser considerada um modelo precursor da Covax.

4. Evolução do legado brasileiro na consolidação de um conceito de obrigações extraterritoriais em saúde global na recente pandemia de covid-19

A recente pandemia decorrente da difusão do vírus SARS-CoV-2 (novo coronavírus) trouxe uma inédita conjuntura de emergência, potencializada pela facilidade e velocidade de meios de transporte, de modo a assumir *status* global em poucas semanas. Tal conjuntura ensejou novas demandas por insumos/equipamentos, tratamentos e, especialmente, vacinas, e colocou em evidência a excessiva desigualdade no acesso a bens e serviços de saúde entre as diversas nações. Vale destacar, nesse contexto, o reconhecimento científico do risco sistêmico de proliferação de novas cepas do vírus enquanto não houver tratamento conjunto e uniforme das populações vulneráveis em todo o globo, bem como a escalada do número de infectados e mortes, seguida por medidas restritivas de atividades coletivas nas maiores cidades do mundo, tudo a gerar sensibilização da opinião pública global para o reconhecimento da necessidade de medidas solidárias no enfrentamento da pandemia (*vide*, a respeito, estudo empírico de Leuffen *et al.*, 2023).

Nesse momento histórico, evidenciou-se uma renovada relevância do conteúdo da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, bem como das alterações promovidas no referido acordo, no sentido de ao menos limitar restrições patentárias à produção de vacinas em contextos emergenciais. Atentos a essa oportunidade política para obtenção de avanços nas concessões de Estados desenvolvidos, a Índia e a África do Sul capitanearam proposição perante a OMC sobre o assunto (Comunicado IP/C/W/669, de 2 de outubro de 2020 [WTO, 2020]), mencionando vários relatos sobre direitos patentários e outros de propriedade intelectual que dificultam imediata ou potencialmente o fornecimento oportuno de produtos médicos acessíveis aos pacientes. Destacaram ainda dificuldades na implementação de flexibilidades do Acordo TRIPS, especialmente quando ausente capacidade suficiente de produção.

No entanto, o Brasil, que até recentemente era líder inequívoco nessa seara, mesmo diante de conjuntura tão favorável, passou a sustentar posições reticentes e até contrárias à pauta tradicional de reivindicação dos países em desenvolvimento. Tal mudança de postura foi fortemente questionada por influentes segmentos da opinião pública nacional e global, e com frequência associada a uma diretriz de política externa do governo brasileiro do presidente Jair Bolsonaro de alinhamento automático com os Estados Unidos. O noticiário da imprensa no período da pandemia é bastante rico em demonstrar essa percepção sobre tal postura da diplomacia brasileira (por exemplo, Chade, 2021), a qual surge justificada, em essência, por suposta ineficácia da proposição e ainda violação de direitos da indústria farmacêutica (*vide* notas e pronunciamentos a seguir referidos).

O governo brasileiro chegou a apoiar outra proposta defendida por grupo de Estados sob o rótulo de "terceira via", capaz de conciliar os interesses da indústria em questão e dos países em desenvolvimento. De acordo com nota à imprensa divulgada em 9 de abril de

2021 (Brasil, 2021a), o Brasil copatrocinaria, com Austrália, Canadá, Chile, Colômbia, Equador, Nova Zelândia, Noruega e Turquia, a iniciativa intitulada "Ampliando a Atuação da OMC nos Esforços Globais para a Produção e Distribuição de Vacinas e de Outros Produtos Médicos Contra a Covid-19", a qual seria convergente com as posições brasileiras históricas na matéria. A nota destaca o foco da iniciativa em mapeamento da capacidade produtiva instalada, celebração de acordos de transferência de tecnologia e solução consensual de barreiras à produção e distribuição. Embora mencione tais medidas como adequadas às flexibilidades consagradas na Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública de 2001, constata-se que a proposta é muito mais modesta do que aquela sustentada pela Índia e pela África do Sul. E, ao contrário do que é dito na nota, essa terceira via negocial não se mostra exatamente convergente com as posições brasileiras históricas na matéria, as quais, como mencionado anteriormente, foram mais ambiciosas, incisivas e combativas na defesa do interesse da saúde pública.

Foi então noticiada pela imprensa (Abrasco, 2020) a assinatura de carta destinada ao Itamaraty por mais de mil especialistas, ativistas e organizações em apoio à suspensão dos direitos de propriedade intelectual sobre tecnologias em saúde utilizadas no combate à covid-19. Em outro documento, o Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual (GTPI), integrado por 19 organizações da sociedade civil, criticou duramente o posicionamento brasileiro diante da proposta da Índia e da África do Sul, considerando ter ocorrido uma "omissão inaceitável" do Brasil (GTPI, 2021). Convocado a prestar depoimentos perante as Comissões de Relações Exteriores de Defesa Nacional da Câmara Federal, em 28 de abril de 2021, e do Senado Federal, em 6 de maio de 2021, o então ministro das Relações Exteriores, Carlos França, buscou justificar a posição brasileira basicamente aduzindo que a proposta da Índia e da África do Sul seria ampla demais e destacando dois pontos, em síntese: (a) o maior gargalo hoje, para o acesso a vacinas, seriam os limites materiais da capacidade de produção, pois vacinas seriam quase impossíveis de copiar, a curto ou médio prazo, sem o apoio dos laboratórios que as desenvolveram; (b) países em desenvolvimento já contam com a possibilidade de emitir agilmente licenças compulsórias, como já previsto na legislação brasileira, e nem por isso têm conseguido assegurar suprimentos de imunizantes (Brasil, 2021b).

Em 5 de maio de 2021, a representante comercial dos Estados Unidos, Katherine Tai, divulgou histórico comunicado de imprensa que anunciava apoio à renúncia às proteções de propriedade intelectual para vacinas contra a covid-19, considerando tratar-se de uma crise de saúde global e que as circunstâncias extraordinárias da pandemia da covid-19 exigem medidas também extraordinárias. Reafirmou sua crença nas referidas proteções, mas declarou que o objetivo dos Estados Unidos seria levar o maior número de vacinas seguras e eficazes ao maior número de pessoas, o mais rapidamente possível, trabalhando com o setor privado e demais parceiros para expandir a produção e distribuição de vacinas, bem como a oferta das pertinentes matérias-primas (Statement [...], 2021). Essa movimentação da diplomacia dos Estados Unidos acabou sendo logo objeto de adesão pelo governo brasilei-

ro, conforme nova nota à imprensa divulgada em 7 de maio de 2021, em que afirmou terem recebido com satisfação a nova posição dos Estados Unidos e destacou que "a flexibilização de posições dos EUA e de demais parceiros na OMC poderá contribuir para os esforços internacionais de resposta à covid, inclusive nas negociações em curso sobre suspensão temporária de disposições no acordo de TRIPS relativas ao combate à pandemia" (Brasil, 2021c). Ressalta ainda que tal mudança de posição poderia "facilitar a implementação das propostas da 'terceira via', que visam a aumentar e diversificar a produção e disseminação de vacinas, principalmente em países em desenvolvimento, com melhor utilização de capacidade ociosa" (Brasil, 2021c).

Percebe-se a intenção da nota em melhorar a imagem do Brasil diante da óbvia constatação de que fora insistente e intransigente em defesa de posições que, até um de seus maiores beneficiários, qual seja, o governo dos Estados Unidos, acabou por abandonar, inclusive diante da falta de sustentação perante segmentos formadores da opinião pública internacional. Registra-se que 175 ex-líderes mundiais e laureados com o Prêmio Nobel chegaram a dirigir carta ao presidente Joe Biden propugnando por medidas urgentes para a adoção da aludida proposta da Índia e da África do Sul, bem como aventando um "Pool de Acesso à Tecnologia covid-19 pela Organização Mundial da Saúde" (The People's Vaccine, 2021). Nesse aspecto, o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, constituída para apurar a atuação do Executivo brasileiro durante a pandemia, concluiu que, embora o país tenha flexibilizado sua posição contrária ao licenciamento compulsório, acompanhando a mudança de posição dos Estados Unidos, ainda preferiu defender a chamada "terceira via" proposta pela Alemanha e pela União Europeia, a depender da disposição das grandes empresas farmacêuticas para emitir "licenças voluntárias" a custos moderados para países mais pobres. Pondera-se então que tal ideia já havia sido proposta sem sucesso no início de 2020 pela OMS, com a plataforma de compartilhamento de tecnologia C-TAP (Brasil, 2021d).

Finalmente, foi obtido acordo no âmbito da OMC em 22 de junho de 2022, consubstanciado em Decisão Ministerial (WT/MIN(22)/30 WT/L/1141 [WTO, 2022])[8] que confere aos membros em desenvolvimento maior margem para anular o efeito de exclusividade das patentes por meio de uma renúncia direcionada ao longo dos próximos cinco anos, visando diversificar a produção de vacinas referentes à covid-19. A decisão prevê ainda discussões posteriores sobre extensão da isenção/renúncia relativa a direitos patentários a medicamentos e tratamentos. Confirma, portanto, a viabilidade da flexibilização desses direitos para redução do nível de desigualdade global no acesso a vacinas, contrariando, assim, quaisquer previsões acerca de graves ameaças ao contínuo processo de inovação tecnológica em saúde.

8 Dados de decisões da OMC foram colhidos diretamente do sítio eletrônico da organização https://www.wto.org/, com acesso em 22 de dezembro de 2023.

Deve-se rememorar, ainda, que, em meio ao referido debate, o Congresso Nacional brasileiro editou a Lei n. 14.200/2021 (Brasil, 2021e), alterando a Lei n. 9.279/1996 (Brasil, 1996) (Lei de Propriedade Industrial [LPI]) e regulamentando internamente os mecanismos autorizados pela OMC para flexibilização do direito sobre patentes, inclusive considerando que o teor do art. 31bis do Acordo TRIPS já tinha sido objeto do Decreto n. 9.289/2018. Houve veto presidencial aos parágrafos 8º, 9º e 10º, introduzidos no art. 71 da LPI, os quais previam obrigatoriedade de transferência de tecnologia para viabilizar a concessão de licenças compulsórias. Aludido veto atingiu ainda outros dispositivos que representavam uma tentativa do Legislativo de suprir diretamente por lei a falta de mobilização do Executivo na flexibilização de direitos patentários em relação à emergência sanitária que estava em curso.

Em síntese, as razões desse veto ecoam, de modo generalista, teses da indústria farmacêutica e de seus Estados de sede, o que ensejou diversas críticas ao posicionamento presidencial, notadamente no que diz respeito à excessiva proteção à exclusividade de dados científicos utilizados para aprovação de produtos (Baker, 2021; Fonseca; van der Ploeg; Silva, 2022). Vale observar que, na exposição de motivos do Projeto de Lei n. 2.505, de 2022 (Brasil, 2022), o senador Paulo Paim[9] ressalta a falta de previsão dessa proteção adicional no Acordo TRIPS (expressamente rejeitada quando de sua aprovação), bem como a existência da diretiva da União Europeia (2016/943 [União Europeia, 2016]) que dispõe limites e diversas exceções à proteção de informações confidenciais em função do interesse público, de modo similar ao que ocorre na legislação dos Estados Unidos. No particular, Vanni (2021) ressalta que o período de exclusividade de dados de pesquisas sobre fármacos e vacinas proporciona uma camada de proteção adicional não contemplada no Acordo TRIPS, que contribui para atrasar ainda mais a entrada de produtos genéricos no mercado.

Com a mudança de governo após a eleição de Luis Inácio Lula da Silva, a posição brasileira vem se restabelecendo na linha mais incisiva em favor da flexibilização de direitos de propriedade industrial em relação à saúde pública, sendo que o Brasil já se uniu recentemente aos países que apoiaram originalmente a aludida *waiver*, no âmbito da OMC, para voltar a cobrar medidas mais amplas aplicáveis também a medicamentos e tratamentos para covid-19, em comunicado de 19 de dezembro de 2023 (WT/GC/W/902 [WTO, 2023]).[10] Embora

9 Dados sobre atos legislativos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados foram colhidos dos respectivos sítios eletrônicos https://www25.senado.leg.br/ e https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada, com acesso em 22 de dezembro de 2023.

10 A posição diplomática brasileira tem efetivamente avançado na defesa do acesso mais amplo a tecnologias em medicamentos, como se pode perceber das intervenções da delegação brasileira na 77ª Assembleia Geral da Saúde (maio de 2024) em defesa do projeto de tratados sobre pandemias e na recente cúpula do G20 no Rio de Janeiro, em que propôs a criação de uma Aliança Global para produção local e regional de insumos e inovação em saúde (novembro de 2024) (Na OMS, 2024; Coalisão [...], 2024).

o Brasil haja mudado de posição para apoiar tardiamente esse resultado concreto e histórico, fato é que perdeu o *timing* da liderança, o que poderia ter incrementado seu *soft power* nessa seara e aberto outros caminhos para protagonismo em iniciativas de diplomacia global da saúde. Nesse sentido, poderia ainda ter reforçado sua liderança ao ofertar exemplo de práticas mais avançadas, caso tivesse mantido a promulgação integral da Lei n. 14.200/2021 (Brasil, 2021e), para capitanear discussão global sobre compartilhamento de tecnologia para fins de saúde pública. De qualquer forma, essa lei representou a consolidação, no ordenamento interno, do mecanismo de flexibilização de patentes inserido no Acordo TRIPS, assim como atribuiu *status* legal à diretriz de solidariedade outrora adotada pela política externa brasileira (art. 5º), conclamando esforços no plano internacional a fim de viabilizar a cooperação com vistas a assegurar o "acesso universal aos produtos farmacêuticos, vacinas e terapias necessários para o combate ao novo coronavírus (SARS-CoV-2) e a outras epidemias ou graves crises de saúde pública" (Brasil, 2021e).

Conclusão

Em estudos de casos como o empreendido neste artigo, além de sistematizar-se a descrição de determinados fenômenos, busca-se avaliar se teorias existentes são suficientes para explicar os respectivos instrumentos e processos decisórios envolvidos, bem como resultados alcançados. Além disso, é possível, comum e desejável que esse tipo de estudo, na seara político-jurídica, também se volte à reflexão normativa no tocante à avaliação de como os modelos teóricos aplicados podem servir ao enfrentamento de grandes problemáticas da realidade social (Bauböck, 2008).

Com efeito, a extraordinária mobilização empreendida pelo governo brasileiro desde o início da década de 2000 não apenas gerou declarações enquadráveis na categoria de *soft law*, mas também influenciou de modo decisivo alterações de textos de *hard law* (notadamente no Acordo TRIPS), de modo a acomodar hipóteses e meios mais claros e amplos de flexibilização de patentes de medicamentos. Percebe-se, então, que o fenômeno de produção normativa ora investigado revelou uma implementação concreta da previsão teórica de irradiação de efeitos do regime internacional de proteção a direitos humanos sobre o regime internacional de propriedade industrial, de forma a modificar sua lógica em favor de abordagens de conciliação em prol de direitos essenciais da pessoa. O mesmo fenômeno também serviu para delinear, de modo mais preciso, notáveis exemplos de obrigações extraterritoriais na implementação de DESC, sobretudo quanto ao direito à saúde em favor de populações mais vulneráveis.

Referidas contribuições brasileiras ao debate e à consolidação normativa abriram diversas outras possibilidades de promoção do direito humano à saúde, e, durante a recente emergência global em saúde, todo o arcabouço jurídico internacionalizado constituído com significativa participação brasileira passou a ser invocado para fundamentar propostas de ampla

flexibilização de patentes de vacinas referentes à covid-19, em movimento liderado pela África do Sul e Índia, a partir do qual se obteve inédito avanço com a adesão dos Estados Unidos, acompanhados posteriormente por outras potências. Embora ainda estejam sendo ensaiados modestos passos no sentido de se superar a notória concentração da oferta de vacinas e medicamentos no mundo desenvolvido (serão necessários novos estudos sobre impactos reais e prospectivos das recentes mudanças normativas), deve-se reconhecer que a mobilização brasileira deixou um legado relevante para o futuro do direito internacional dos direitos humanos nessa sensível seara.

A partir da reconstrução de fatos recentes realizada, evidencia-se uma flagrante falha de estratégia política na decisão do governo brasileiro, em plena pandemia, de se alinhar a interesses tradicionais dos Estados Unidos e abandonar a liderança que havia construído entre países em desenvolvimento em prol da partilha mais equitativa de benefícios decorrentes dos avanços tecnológicos em saúde. No entanto, observou-se logo uma retificação, ainda que tímida, da posição brasileira, e, com a posterior mudança do cenário político interno, desenha-se a retomada da política externa brasileira de não alinhamento automático com grandes potências e, no ponto em questão, a possibilidade de que reassuma a referida liderança. De qualquer forma, é inegável que as sementes políticas e as bases da atual abordagem jurídica dessa temática no plano internacional foram produtos de ativa mobilização diplomática brasileira, junto a outros parceiros com atuação nacional e internacional, o que ainda permanece como um legado reconhecível do país ao patrimônio moral e jurídico da humanidade.

Por oportuno, considerando-se uma abordagem integrada de aspectos jurídicos e políticos, deve-se salientar que o estudo de caso ora promovido também confirma previsões no âmbito da teoria das relações internacionais, no sentido de que é possível que países em desenvolvimento – entendidos como periféricos, ainda que reconhecidos como potências médias – possam influir na produção normativa no âmbito global (Menezes; Vieira, 2022, p. 115-119; Milani, 2018, p. 268, 302 e 309-310).[11] No presente caso, a influência brasileira contribuiu decisivamente para deflagrar mudanças sensíveis no ordenamento jurídico internacional e abriu caminho para a atuação de outras potências médias, como a Índia e a África do Sul.

Vale enfatizar, a propósito, o significativo envolvimento de organizações da sociedade civil no impulsionamento de decisões políticas em todo o contexto anteriormente narrado, notadamente em conjunturas extremas para a saúde pública. Sem dúvida, cabe aos formuladores da política externa brasileira, considerando essa mobilização social, refletir sobre a

11 Menezes e Vieira (2022) destacam o potencial normativo do Brasil para contribuir para soluções políticas e institucionais, e reconstruir normas e padrões que afetam a distribuição do poder e da riqueza internacionais. Milani (2018), por sua vez, analisa a pretensão da diplomacia brasileira de influenciar o processo de integração normativa em que interagem países centrais, periféricos e semiperiféricos.

conveniência de se preservar e potencializar referido legado político e jurídico por meio de novas estratégias, que sejam encaradas como diretrizes de estado e não decisões atribuíveis a governos transitórios. Isso considerando que as iniciativas ora enfocadas não somente posicionaram o Brasil como relevante *player* em um cenário de prevalência de interesses econômicos de países desenvolvidos, mas também abriram caminhos viáveis, nas vertentes política e jurídica, para avanços na implementação de ODS, especialmente os de n. 3, 10, 16 e 17.[12]

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick; REICHMAN, Jerome. The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions. *Journal of International Economic Law*, [*s.l.*], v. 10, n. 4, p. 921-987, 2007.

ABRASCO. *Abrasco assina carta para acesso às tecnologias em saúde no combate à Covid-19*. 14 out. 2020. Disponível em: https://abrasco.org.br/abrasco-assina-carta-para-acesso-as-tecnologias-em-saude-no-combate-a-covid-1/#,%20acesso%20em%2010/11/2023. Acesso em: 15 dez. 2023.

ALCÁZAR, Santiago. The Copernican Shift in Global Health. *Global Health Working Paper*, n. 3, Geneva, The Graduate Institute, 2008. Disponível em: https://www.graduateinstitute.ch/library/publications-institute/copernican-shift-global-health. Acesso em: 15 dez. 2023.

ANDERSON, Brin. Better Access to Medicines: Why Countries Are Getting "Tripped" up and Not Ratifying Article 31-Bis. *Case Western Reserve Journal of Law Technology & the Internet*, [*s.l.*], v. 1, n. 2, p. 166-182, 2009.

BAKER, Brook K. A legislação para vacinas e os vetos de Bolsonaro. *Congresso em Foco*, 3 set. 2021. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/blogs-e-opiniao/forum/a-legislacao-para-vacinas-e-vetos-de-bolsonaro/. Acesso em: 15 dez. 2023.

12 Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; reduzir as desigualdades dentro dos países e entre eles; promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; bem como fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

BAUBÖCK, Rainer. Normative Political Theory and Empirical Research. *In*: DELLA PORTA, Donatella; KEATING, Michael (orgs.). *Approaches and Methodologies in the Social Sciences*: A Pluralist Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 40-60.

BEITER, Klaus. Extraterritorial Human Rights Obligations to "Civilize" Intellectual Property Law: Access to Textbooks in Africa, Copyright, and the Right to Education. *The Journal of World Intellectual Property*, [*s.l.*], v. 3, ns. 3 e 4, p. 232-266, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340071551_Extraterritorial_Human_Rights_Obligations_to_Civilize_Intellectual_Property_Law_Access_to_Textbooks_in_Africa_Copyright_and_the_Right_to_Education_Journal_of_World_Intellectual_Property_2334_2020_232-. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 2.505, de 2022*. Altera a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, para tratar das obrigações do titular da patente ou do pedido de patente nos casos de licença compulsória para exploração de patentes de invenção ou de modelos de utilidade em situações emergenciais ou de interesse público. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154763#:~:text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%209.279,em%20situa%C3%A7%C3%B5es%20emergenciais%20ou%20de. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. *Nota à imprensa n. 37*: Vacinas e patentes. 9 abr. 2021a. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/nota-a-imprensa-conjunta-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-ministerio-da-economia-ministerio-da-saude-e-ministerio-da-ciencia-tecnologia-e-inovacoes-sobre-vacinas-e-patentes. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. *Exposição do senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, Embaixador Carlos Alberto Franco França, em audiência pública na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CRE) do Senado Federal – Brasília, 06/05/2021*. Brasília, 6 maio 2021b. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/discursos-artigos-e-entrevistas/ministro-das-relacoes-exteriores/discursos-mre/carlos-alberto-franco-franca/exposicao-do-senhor-ministro-das-relacoes-exteriores-embaixador-carlos-alberto-franco-franca-em-audiencia-publica-na-comissao-de-relacoes-exteriores-e-de-defesa-nacional-cre-do-senado-federal-2013-brasilia-6-5-2021. Acesso em: 15 dez. 2023.

BRASIL. *Nota à imprensa n. 56*: Vacinas e patentes. 7 maio 2021c. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/vacinas-e-patentes-2013-nota-conjunta-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-do-ministerio-da-economia-do-ministerio-da-saude-e-do-ministerio-da-ciencia-tecnologia-e-inovacoes. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. *Relatório Final da C.P.I. da Pandemia*. 2021d. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/72c805d3-888b-4228-8682-260175471243. Acesso em: 15 dez. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.200, de 2 de setembro de 2021*. Altera a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial), para dispor sobre a licença compulsória de patentes ou de pedidos de patente nos casos de declaração de emergência nacional ou internacional ou de interesse público, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional. Brasília: Presidência da República, 2021e. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14200.htm. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 9.289, de 21 de fevereiro de 2018*. Promulga o Protocolo de Emenda ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, adotado pelo Conselho-Geral da Organização Mundial do Comércio, em 6 de dezembro de 2005. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/turismo/pt-br/secretaria-especial-da-cultura/assuntos/direitos-autorais/legislacao-de-direitos-autorais/pdfs/internacional/acordodireitosautoraiscomercio-trips.pdf. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: Presidência da República, 1992a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 6 nov. 2024.

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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 6 nov. 2024.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003. v. 3.

CASTRO, Elza Moreira Marcelino de. *O acordo TRIPS e a saúde pública*: implicações e perspectivas. Brasília: Funag, 2018.

CHADE, Jamil. Índia: falta de vacina é culpa de impasse criado por Brasil e países ricos. *UOL Notícias*, 19 jan. 2021. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/01/19/india-falta-de-vacina-e-culpa-de-impasse-criado-por-brasil-e-paises-ricos.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

COALIZÃO para a produção de vacinas e medicamentos. *G20 Brasil 2024*, 1º nov. 2024. Disponível em: https://www.g20.org/pt-br/noticias/videos/coalizao-para-a-producao-de-vacinas-e-medicamentos. Acesso em: 24 nov. 2024.

COSTA, José Guilherme Ferraz da. *Seguridade social internacional*. Curitiba: Juruá, 2017.

FLYNN, Matthew. *Pharmaceutical Governance in Brazil*: Globalization, Institutions and AIDS. 2010. 239 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Texas e Austin, Austin, 2010. Disponível em: https://repositories.lib.utexas.edu/items/23f40683-3ff4-40db-ae99-819a0f0c5dc3. Acesso em: 10 dez. 2023.

FONSECA, Felipe Carvalho Borges da; VAN DER PLOEG, Susana Rodrigues Cavalcanti; SILVA, Alan Rossi. Compartilhamento obrigatório de segredos industriais e acordo TRIPS: violação ou terrorismo ideológico? *Migalhas*, 9 abr. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/363465/compartilhamento-obrigatorio-de-segredos-industriais-e-acordo-trips. Acesso em: 15 dez. 2023.

GAVI ALLIANCE. *Covax*. 2023. Disponível em: https://www.gavi.org/covax-facility. Acesso em: 5 nov. 2024.

GÓMEZ, Eduardo. Understanding Brazilian Global Health Diplomacy: Social Health Movements, Institutional Infiltration, and the Geopolitics of Accessing HIV/AIDS Medication. *Global Health Govern*, [*s.l.*], v. 6, n. 1, p. 1-29, 2012.

GRUPO DE TRABALHO SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL (GTPI). *Apelo urgente ao governo brasileiro*. Rio de Janeiro, 3 fev. 2021. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/02/APELO-AO-GOVERNO-BRASILEIRO.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023.

GRUPO DIREITO E POBREZA (GPD). *GDP's Report on Access to COVID-19 Vaccines*. São Paulo, 19 abr. 2021. Disponível em: https://00b9f5d9-efc5-42db-80ec-1bbdbf542ad1.filesusr.com/ugd/81c13c_4a64de6a52bf4008a956b785e2b671ba.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

HELFER, Laurence. Pharmaceutical Patents and the Human Right to Health: The Contested Evolution of the Transnational Legal Order on Access to Medicines. *In*: HALLIDAY, Terence; SHAFFER, Gregory (eds.). *Transnational Legal Orders.* Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 311-339.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). Human Rights Obligations of States to not Impede the Proposed COVID-19 TRIPS Waiver Expert. *Legal Opinion*, nov. 2021. Disponível em: https://www.icj.org/wp-content/uploads/2021/11/Human-Rights-Obligations-States-Proposed-COVID-19-TRIPS-Waiver.pdf. Acesso em: 15 dez. 2023.

KICKBUSCH, Ilona *et al*. (eds.). *Global Health Diplomacy*: Concepts, Issues, Actors, Instruments, Fora and Cases. Springer Science & Business Media, 2012.

LANGFORD, Malcolm *et al*. *Global Justice, State Duties*: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law. Nova York: Cambridge University Press, 2013.

LEUFFEN, Dirk *et al*. Mobilizing Domestic Support for International Vaccine Solidarity – Recommendations for Health Crisis Communication. *NPJ Vacinas*, [*s.l.*], v. 8, n. 28, 2023.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A ingerência humanitária e a guerra justa. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 103-131, 2005.

MENEZES, Henrique; VIEIRA, Marco. Explaining Brazil as a Rising State, 2003-2014: The Role of Policy Diffusion as an International Regulatory Instrument. *Journal of International Relations and Development*, [*s.l.*], n. 25, p. 107-128, maio 2022.

MILANI, Carlos. *Solidariedade e interesse*: motivações e estratégias na cooperação internacional para o desenvolvimento. Curitiba: Appris, 2018.

NA OMS, Brasil defende acordo sobre pandemias com maior acesso à saúde. *Gov.br*, 27 maio 2024. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2024/maio/na-oms-brasil-defende-acordo-sobre-pandemias-com-maior-acesso-a-saude. Acesso em: 24 nov. 2024.

NUNN, Amy. *The Politics and History of AIDS Treatment in Brazil*. Nova York: Springer, 2009.

PALOMBO, Dalia. Extraterritorial, Universal or Transnational Human Rights Law? *Israel Law Review*, [*s.l.*], v. 56, n. 1, p. 92-119, 2023.

PETERS, Anne. The Refinement of International Law: from Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. *International Journal of Constitutional Law*, [*s.l.*], v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017.

RAGAVAN, Srividhya; VANNI, Amaka. Access to Medicines and TRIPS Agreement: A Mapping of the Tradescape. *In*: RAGAVAN, Srividhya; VANNI, Amaka. *Intellectual Property Law and Access to Medicine*: TRIPS Agreement, Health, and Pharmaceuticals. Nova York: Routledge, 2021. p. 1-22.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2013.

SACHS, Jeffrey. *The End of Poverty*: Economic Possibilities for our Time. Londres: Penguin Books, 2005.

SALOMON, Margot. *Global Responsibility for Human Rights*: World Poverty and the Development of International Law. Nova York: Oxford University Press, 2007.

SCHUTTER, Olivier de *et al*. Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, [*s.l.*], v. 34, n. 4, p. 1084-1169, 2012.

STATEMENT from the Ambassador Katherine Tai on the Covid-19 Trips Waiver. *Office of the United States Trade Representative*, 5 maio 2021. Disponível em: https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver. Acesso em: 24 nov. 2024.

THE PEOPLE'S VACCINE. Open Letter: Former Heads of State and Nobel Laureates Call on President Biden to Waive Intellectual Property Rules for Covid Vaccines. *People's Medicines Alliance*, 14 abr. 2021. Disponível em: https://peoplesmedicines.org/resources/letters/letter-to-president-biden-calling-him-to-waive-covid-vaccine-ips/. Acesso em: 24 nov. 2024.

TOBIN, John. *The Right to Health in International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

TOEBES, Brigit. *The Right to Health as a Human Right in International Law.* Antuérpia: Intersentia, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia*, [*s.l.*], 15 jun. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=PT. Acesso em: 24 nov. 2024.

UNITED NATIONS. *A/HRC/50/L*.13. Human Rights Council. Fiftieth Session. 13 June-8 July. Agenda Item 3. [*S.l.*]: General Assembly, 4 jul. 2022. Disponível em: https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g22/397/15/pdf/g2239715.pdf. Acesso em: 24 nov. 2024.

UNITED NATIONS. *A/HRC/35/35*. Human Rights Council. Thirdy-fifth Session. 6-23 June 2017. Agenda Item 3. [*S.l.*]: General Assembly, 25 abr. 2017. Disponível em: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/099/39/pdf/g1709939.pdf. Acesso em: 24 nov. 2024.

UNITED NATIONS. *A/HRC/12/L.23*. Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development. 25 set. 2009. Disponível em: https://documents.un.org/doc/resolution/ltd/g09/159/57/pdf/g0915957.pdf. Acesso em: 24 nov. 2024.

UNITED NATIONS. International Law Commission. *Fragmentation of International Law*: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi. [*S.l.*]: Office of Legal Affairs, 2006.

UNITED NATIONS. *E/CN.4/Sub.2/RES/2000/7 [Resolução 2000/7]*. Intellectual Property Rights and Human Rights. Genebra: Subcommission on the Promotion and Protection of Human Rights, 2000a. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/420915. Acesso em: 23 nov. 2024.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment n. 14*: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant). [*S.l.*]: Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000b.

UNITED NATIONS. *E/CN.4/RES/2001/33 [Resolução 2001/33]*. Access do Medication in the Context of Pandemics such as HIV/AIDS. Genebra: Comission on Human Rights, 2001. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/439985?ln=en. Acesso em: 24 nov. 2024.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment n. 3*: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant). [*S.l.*]: Office of the High Commissioner for Human Rights, 1990.

UNITED NATIONS. *Declaration on the Right to Development*. 1986. Disponível em: https://www.un.org/en/events/righttodevelopment/declaration.shtml. Acesso em: 24 nov. 2024.

VANNI, Nneamaka Ifunanya. On Intellectual Property Rights, Access to Medicines and Vaccine Imperialism. *ThirdWorld Approaches to International Law – TWAIL Reflections*, n. 32, 2021. Disponível em: https://twailr.com/on-intellectual-property-rights-access-to-medicines-and-vaccine-imperialism/. Acesso em: 22 dez. 2023.

VANNI, Nneamaka Ifunanya. *Narratives and Counter-Narratives in Pharmaceutical Patent Law Making*: Experiences from 3 Developing Countries. 2016. 292 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade

de Warwick, Warwick, 2016. Disponível em: https://wrap.warwick.ac.uk/90970/. Acesso em: 22 dez. 2023.

WILDE, Ralph. Socioeconomic Rights, Extraterritorially. *In*: BENVENISTI, Eyal; NOLT, George. *Community Obligations in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 381-395.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *WT/GC/W/920*. Revised Submission by Trips Waiver Co-Sponsors Following the General Council Meeting of 13-15 December 2023. 21 dez. 2023. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=302184&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 24 nov. 2024.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *WT/MIN(22)/30WT/L/1141*. Ministerial Decision on the Trips Agreement. Genebra, 22 jun. 2022. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/30.pdf&Open=True. Acesso em: 24 nov. 2024.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *IP/C/W/669*. Waiver from Certain Provisions of the Trips Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of Covid-19. Communication from India and South Africa. 2 out. 2020. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=267066,266962&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 24 nov. 2024.

José Guilherme Ferraz da Costa

Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Mestre em Direto das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Procurador da República. Professor Adjunto da UFPB.

jgferraz@hotmail.com
jguiome@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 09.10.2023
Aprovado: 30.04.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202432

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.
Lívia Gonçalves Buzolin e Siri Gloppen (*Editoras convidadas*)

1 University of Coimbra, Faculty of Law, Coimbra, Coimbra, Portugal

2 University of Bergen, Faculty of Social Sciences, Department of Government, Bergen, Norway
https://orcid.org/0000-0001-8167-125X

3 Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo, Bogotá, Cundinamarca, Colombia
https://orcid.org/0000-0002-9290-5370

Legal Opportunity Structure and Legal Battles Over Sex Education and LGBTQ Students in Brazil and Colombia

ESTRUCTURA DE OPORTUNIDAD LEGAL Y BATALLAS LEGALES SOBRE LA EDUCACIÓN SEXUAL Y LOS ESTUDIANTES LGBTQ EN BRASIL Y COLOMBIA

ESTRUTURA DE OPORTUNIDADE JURÍDICA E BATALHAS JUDICIAIS SOBRE EDUCAÇÃO SEXUAL E ESTUDANTES LGBTQ NO BRAZIL E NA COLOMBIA

Ana de Mello Cortes[1,2] *and Juliana Jaramillo*[3]

Abstract
Brazil and Colombia are outstanding cases of rights recognition through courts. However, when it comes to comprehensive sex education (CSE), the legal battles in these countries have experienced notably different moments. Drawing on judicial cases from the Brazilian Federal Supreme Court and the Colombian Constitutional Court, we identify the actors involved in the legal battles over CSE and show how the legal opportunity structure (*i.e.*, the configuration of power, the access to the courts, the systems of alliance and conflicts, and the availability of legal frames) shaped the course and outcomes of the legal mobilization that took place in these countries in different ways. For this, we work with document analysis of court case files and consider a sample established in February 2023 containing 9 cases from Brazil and 24 cases from Colombia. We argue that (i) the Colombian court is much more open to civil society than the Brazilian court, resulting in a broader and more diversified use of litigation, and that (ii) the different configuration of political power has led the Brazilian mobilization to assume a feature of resistance to conservative attacks on CSE, while in Colombia, litigation has become a tool for expanding the right to sex education and protecting LGBTQ students.

Keywords
Legal opportunity structure; legal mobilization; *amicus curiae*; sex education; LGBTQ rights.

Resumen
Brasil y Colombia son casos destacados de reconocimiento de derechos a través de los tribunales. Sin embargo, cuando se trata de la educación sexual integral (ESI), las batallas legales en ambos países han vivido momentos notablemente diferentes. Con base en la revisión de decisiones judiciales del Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional Colombiana, identificamos los actores que participaron en las batallas legales sobre educación sexual y mostramos cómo la estructura de oportunidades legales (i.e., la configuración del poder, el acceso a los tribunales, el sistema de alianzas y conflictos y los marcos legales) moldeó de manera distinta la trayectoria y los resultados de la movilización legal en ambos países. Para ello, trabajamos con análisis documental de expedientes judiciales y consideramos una muestra establecida en febrero de 2023 que contiene 9 casos de Brasil y 24 casos de Colombia. Argumentamos que (i) la Corte colombiana es mucho más abierta a la sociedad civil que el Tribunal brasileño, resultando en un uso más amplio y diversificado del litigio, y que (ii) la configuración distinta del poder político hizo que la movilización legal en Brasil se encaminara a resistir los ataques conservadores contra la ESI, mientras que en Colombia se dirigió a expandir el derecho a la educación sexual y a la protección de los estudiantes LGBTQ.

Palabras clave
Estructura de oportunidad legal; movilización legal; amicus curiae*; educación sexual; derechos LGBTQ.*

Resumo
O Brasil e a Colômbia são casos de destaque de processos de reconhecimento de direitos por meio dos tribunais. No entanto, quando se trata de educação sexual integral (ESI), as batalhas jurídicas que ocorrem nesses países têm vivido momentos notavelmente diferentes. Com base em decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Corte Constitucional Colombiana, identificamos os atores envolvidos em batalhas legais sobre ESI e mostramos como a estrutura de oportunidade jurídica (ou seja, a configuração do poder, o acesso às cortes, a existência de sistemas de apoio e oposição e a viabilidade de enquadramentos legais) moldou a trajetória e os resultados da mobilização do direito nesses dois países de forma distinta. Para isso, trabalhamos com a análise documental de arquivos de casos judiciais e consideramos uma amostra estabelecida em fevereiro de 2023 contendo 9 casos do Brasil e 24 casos da Colômbia. Argumentamos que (i) a corte colombiana é muito mais aberta à sociedade civil do que a brasileira e que isso levou a um uso mais amplo e diversificado da litigância na Colômbia, e que (ii) a diferente configuração do poder político levou a mobilização brasileira a assumir um caráter de resistência aos ataques conservadores contra a ESI, enquanto na Colômbia a litigância se tornou uma ferramenta para ampliar o direito à educação sexual e proteger estudantes LGBTQ.

Palavras-chave
Estrutura de oportunidade jurídica; mobilização do Direito; amicus curiae*; educação sexual; direitos LGBTQ.*

Contribuição de autoria

Ana de Mello Cortes
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; writing – original draft; writing – review & editing.

Juliana Jaramillo
Conceptualization; data curation; formal analysis; investigation; methodology; writing – original draft; writing – review & editing.

• • •

Como citar este artigo
CORTES, Ana de Mello; JARAMILLO, Juliana. Legal Opportunity Structure and Legal Battles Over Sex Education and LGBTQ Students in Brazil and Colombia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2432, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202432

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

The vast debate over sex education, especially a comprehensive one that is sensitive to gender and sexual diversity (Comprehensive Sex Education—CSE), involves several legal and political battles. Unesco (2018, p. 16) defines CSE as a "curriculum-based process of teaching and learning about the cognitive, emotional, physical and social aspects of sexuality". In this article, we adopt a broader definition of CSE to encompass not only curricular processes but also institutional policies that promote inclusion in schools, particularly of sexual and gender minorities. We have chosen this broader definition in light of recent scholarly work showing that debates about CSE increasingly intersect with discussions on LGBTQ rights (Corrêa, 2020; Gruskin *et al.*, 2018; Korolczuk, 2020). Therefore, in both political and academic discourse, CSE is not only about curriculum, but also about institutional policies that protect or violate students' right to education when it comes to gender and sexual diversity issues.

The subject of CSE is of great importance for both policy and practice. Research has shown that sex education plays a fundamental role in preventing and addressing issues such as teenage pregnancy (Gianella; Machado; Defago, 2017), sexually transmitted infections (Montero, 2011), sexual violence against minors (Boesten, 2016), and discrimination against LGBTQ students (Goldfarb; Lieberman, 2021). In Latin America, these problems significantly impact the well-being and access to rights of vulnerable groups, such as sexual and gender minorities. CSE could be a useful tool to improve this situation in the region.

The relevance of CSE and related issues underscores the importance of putting the debate over sex education on the public agenda. However, the right to CSE (and protection from discrimination in schools) has occupied a marginal place in the LGBTQ agenda. This marginality is also reflected in the socio-legal literature. While topics such as marriage equality and decriminalization of homosexuality have received more scholarly attention, few studies focus on the issue of education.

This stands in stark contrast with the high interest shown by the conservative-religious anti-gender movement in the topic. Some examples include the campaigns *#ConMisHijosNoTeMetas* (Do Not Mess with My Children) in Peru, *Escola sem Partido* (School without Political Party) in Brazil, efforts to pass legislation restricting CSE, and current attempts of school boards in the United States to undermine CSE.

1 The authors would like to thank Larissa Cristina Margarido and Lívia Gonçalves Buzolin for their useful comments on an earlier draft of this article, the journal's anonymous reviewers for their careful reading and insightful comments, and the South-South network, an inspiring collective of young scholars, for the collaborative work on this special issue. Ana de Mello Cortes' work is funded by a grant from the Portuguese Foundation for Science and Technology (Grant Number 2020.06798.BD).

The politicization of CSE has escalated over the last decade, with prohibitions against discussing gender and sexuality—especially in schools—multiplying across several countries and regions. These attacks on CSE are often framed as mobilization against "gender ideology", a concept that is sweeping across Latin America. Used by conservative political and religious groups, this term aims to drag initiatives that could contribute to gender equality into the mud (Corrêa, 2020; Gianella, 2019).

In many cases, this debate has also reached the courts. This article focuses on the battles that have reached the superior courts of two Latin American countries, the Brazilian Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal—STF) and the Colombian Constitutional Court (CCC). It seeks to understand who are the actors that mobilize this arena and how legal opportunity structures (LOS) influenced the legal battles in both countries.

Colombia and Brazil are frequently highlighted in the literature as standout cases when it comes to rights (and especially LGBTQ rights) expansion processes through courts. In both countries, judicial constitutional review has played a key role in recognizing the rights of same-sex couples and trans people, for example. However, on the issue of education, the role of the courts has been different: while the CCC has been key to advancing the right to CSE, the STF has assumed a rather "blocking" role. Although the STF's decisions have been significant in resisting conservative initiatives, the Brazilian court has not addressed cases that would further advance effective access to CSE and protection against discrimination for LGBTQ students, as we see in the case of Colombia.[2]

For this study, rather than only mapping cases and decisions, we highlight the importance of identifying the actors taking cases to constitutional courts and acting as *amici curiae* either for or against CSE. We explore this issue by considering which are the actors authorized to assume each of these roles and who are the actors that do so when it comes to CSE cases. This perspective can help us understand the content of cases presented to the constitutional courts and the development of the constitutional debate on CSE.

Our theoretical approach focuses on opportunity structures for actors that, in social movement theory, allude to the alternatives for individuals or groups to advance their claims using different tactics, along with the obstacles, resources, gains, and potential drawbacks tied to these strategies (Gloppen, forthcoming). For this work, considering its focus on legal battles, we mostly employ the literature concerning Legal Opportunity Structures (LOS). Nonetheless, we highlight that social, political, and legal opportunity structures are intertwined in a mobilization context. Hence, a country's LOS does not exist in isolation, but is in constant interplay with the social, cultural and political conditions in which it operates.

2 This refers to the period analysed in the article. We are aware of the developments that took place in between this article's acceptance and its publication, but they are outside of the article's scope.

The lack of political opportunity, for example, due to little access to the legislative arena or few political allies, can lead to litigation strategies (Hilson, 2002).

Different authors in the socio-legal literature have developed conceptual proposals of structural factors that hinder or foster legal mobilization. Some of the most influential contributions are briefly addressed in this paragraph. Epp (1998) approaches key aspects that can lead to "rights revolutions", including judicial independence, supportive judges, a popular culture of litigation, a strong foundation of constitutional rights, and the availability of legal and financial resources to support legal mobilization. Building on the literature on political opportunity structures, Hilson (2002), one of the pioneers in using the expression LOS, distinguishes between structural factors (linked to access to justice) and contingent factors (related to judicial receptivity). Andersen (2005) develops the concept further and proposes a broader understanding of LOS that includes access to formal institutional structures, the existence of allies and opponents, the configuration of judicial power, and existing cultural and legal frames. De Fazio (2012), in turn, considers three main factors: the availability of justiciable rights, the receptivity of judges, and the accessibility of courts.

According to this theoretical framework, actors may find greater incentives to mobilize courts, as well as better results from doing so, when standing rules are open and flexible, judges (or most of them) are receptive to their demands, there are allies in the arena, and there are justiciable rights to support their claims. Furthermore, LOS interact with social and political opportunities within a given context, and this interaction helps to understand actors' choices of mobilization strategies.

Considering the relevant developments and proposals in the literature, we understand as relevant factors that might facilitate or constrain legal mobilization: (i) the level of access to courts, (ii) the existence of systems of alliance or opposition, (iii) the judicial configuration of power, particularly when it comes to judges (and, therefore, their capabilities, receptiveness, and willingness to address CSE cases), and (iv) the availability of justiciable rights (legal stock).

In this article, we identify that factors outlined in the literature on LOS also proved to be relevant in the cases we work with and have influenced the way the constitutional debate on CSE has evolved and progressed in both Brazil and Colombia. Our argument is that the possibilities for accessing the countries' superior courts and the systems of alliance and opposition, as well as the contours of the debates about CSE in the political arenas taken into consideration together with the judicial receptiveness and willingness to address the topic, shape the legal mobilization in Brazil and Colombia and put them in disparate moments.

1. Methods

Aiming to address who are the actors that mobilize the constitutional courts in Brazil and Colombia on the issue of CSE, this study relied mostly on documental analysis of decisions,

complaints and *amicus curiae* briefs made available by the courts. The processes for selecting cases considered the available mechanisms for searching decisions.

In the case of Brazil, we used the online search tool provided by the STF on its webpage. The search parameters were chosen aiming to encompass all the decisions related to sex education, and included (in Portuguese): "Education (sex$ OR gender)"~5 OR "teaching (sex$ OR gender)"~5 OR "gender ideology" OR "indoctrination".[3] The cases were selected in February 2023. The initial search resulted in twelve decisions issued by a body and 72 decisions issued by a single judge. Four of the body decisions and 58 of the single-judge decisions dealt with unrelated matters or only focused on procedural issues and were, therefore, excluded after applying a relevance filter. We also identified that some cases had more than one decision issued (for example, one decision granting provisional measures and one final decision), and three complaints on the same matter had a joint decision, being considered here as one "case". This article focuses on cases with decisions on the merits. Consequently, we identified 16 decisions (either final or provisional measures) across 9 cases (see Table 1). Identifying the cases allowed us to access information about them (such as the involved actors) and access the case files (including complaints and *amicus curiae* briefs), provided that the case was not under legal confidentiality. We have also run a search using the parameters (school OR "educational institution" OR student) AND (LGBT$ OR homosexual), but it did not yield any relevant results beyond those found with the other parameters. In the case of Colombia, we used the CCC's online search tool (available on its webpage) with the following search parameters (in Spanish): (i) "educational institution" AND (homosexual OR LGBT), and (ii) "sex education". The first search yielded 64 decisions, 10 of which focused on issues related to the right to education of LGBTQ students (see Table 3). For the second keyword, as the CCC uses this term for thematic indexing of its decisions, we decided to limit our search to the topic rather than the full text of the judgments. This approach resulted in 12 cases, 11 of which addressed the issue of sex education in schools (see Table 2). In addition, we complemented our search by looking at the online repository of LGBTQ court decisions created by Colombia Diversa—a domestic social movement organization specialized in defending the human rights of LGBTQ people—available on its webpage. This resulted in three additional rulings on the rights of LGBTQ students. In total, our sample comprises 24 cases, all of which have final decisions. To identify the actors

3 The notation "E"~N means that the mechanism will return documents in which the terms in an expression E appear in any order, as long as there are no more than N words between them. "E" means that the search mechanism will return documents in which the exact expression E appears. "OR" means that the search mechanism will return documents containing any of the specified expressions. The symbol $ replaces none, one, or more characters (which can be any characters) at the beginning, middle, or end of a word.

who acted as plaintiffs and *amici curiae*, we reviewed all the judgments, as well as some of the case files when they were also digitalized and made available on the CCC's website.

2. The Case of Brazil

2.1. Institutional Design, Context and Legal Status

Sexual and reproductive rights (SRR) encompass three sets of rights: one linked to gender-based violence, another linked to gender and sexual diversity (GSD), and yet another linked to reproductive rights (Gloppen, 2021). In the Brazilian context, although some progress has been made in the legislative arena regarding the first set of rights (Maciel, 2011), the recognition of the other two has primarily occurred through litigation before the STF. A stalemate situation in the Brazilian legislative arena influenced the battle for rights such as abortion (Machado; Cook, 2018) and LGBTQ rights (Côrtes; Buzolin, 2024) to be moved from the legislative power to the courts.

The 1988 Brazilian Constitution is celebrated for strengthening fundamental rights. However, this foundation of constitutional rights did not immediately lead the Federal Supreme Court to take up a politically relevant role. The changes in the role played by the STF from apolitical and legalist into a central actor in political debates were influenced by changes in the composition of the body and by institutional reforms that broadened the court's authority and the reach of its decisions (Desposato; Ingram; Lannes Jr., 2015).

Regarding the recognition of LGBTQ rights, the STF has repeatedly demonstrated receptiveness and a willingness to decide and played a key role ruling favourably to stable unions between people of the same gender (ADI 4277 and ADPF 123 [Brazil, 2011a; 2011b]), the possibility for transgender persons to change their names and gender markers on civil records (ADI 4275 [Brazil, 2018]), the criminalization of homotransphobia (ADO 26 [Brazil, 2019]), and the possibility for men who have sex with men to donate blood (ADI 5543 [Brazil, 2020]).

In Brazil, there is currently no federal legislation protecting the rights of students who belong to vulnerable groups linked to GSD, nor are there mandatory norms for implementing CSE programmes. There are also harsh conflicts and marked setbacks linked to public policies.

Debates about CSE in the Brazilian political arena have been marked by conservative actors who target a so-called "gender ideology", arguing that SRR threaten family and moral values (Rios; Resadori, 2018). In 2011, a federal government initiative developed a courseware called "school without homophobia". Conservative actors successfully mobilized against the material, framing it as a "gay kit" that would teach children "to be gay". In 2014, attempts to include the goal of ending discrimination based on gender and sexuality in the Brazilian National Plan of Education faced counter-mobilization and did not succeed (Gianella; Machado; Defago, 2017). In 2019, then-President Jair Bolsonaro suggested that parents should rip out pages of an "adolescent health booklet" featuring a drawing of a vagina and instructions

on how to use a condom. Some months later, the distribution of the booklet was interrupted (Peres, 2020).

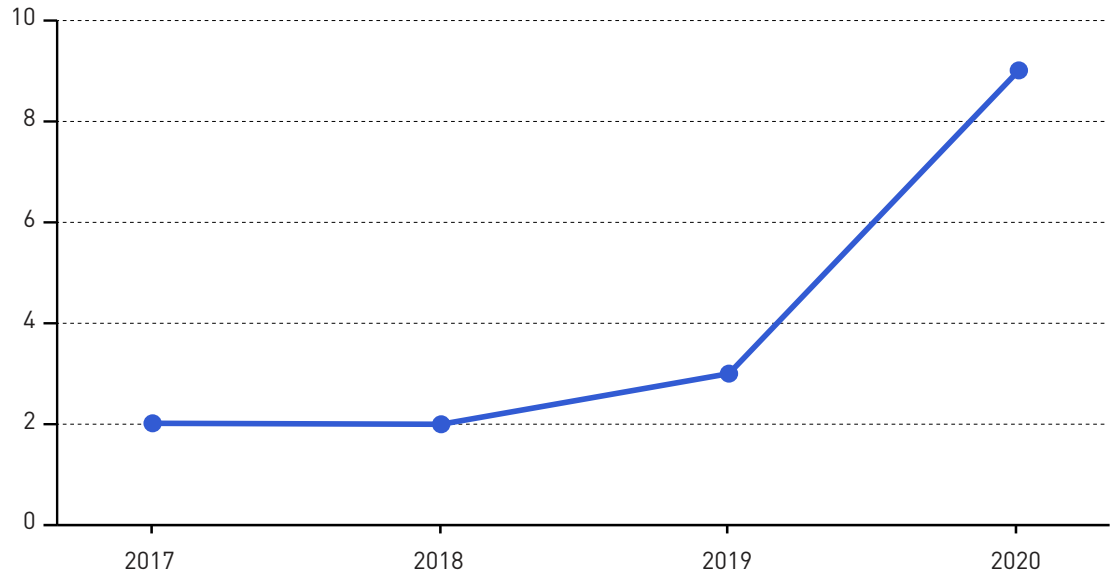
Furthermore, the mobilization of conservative actors against CSE often employs communication strategies that involve the dissemination of false information presented in a sensationalist manner (Rios; Resadori, 2018). When it comes to legal arguments, these actors often rely on alleged violations of the freedom of religion and of parental authority as an excuse to banish the circulation of ideas and content linked to GSD from society (Rios; Mello, 2023).

At the federal legislative level, there have been several attempts to promote bills prohibiting CSE in schools. Since 2003, following some dialogue about public policies between the Lula administration and feminist and LGBTQ movements, the reaction against GSD started growing with speeches and law proposals contrary to it (Machado, 2018). To date, none of the law proposals has passed (Côrtes; Buzolin, 2024). However, an alternative strategy has arisen. Conservative legislators have succeeded in enacting legislation with prohibitive content at the municipal and state levels. These norms are the subject of cases brought before the STF.

The STF can act as an appeal court regarding cases that discuss the constitutionality of norms incidentally in concrete cases and as a constitutional court regarding abstract norms. Decisions made by the Court in abstract constitutional review cases are binding and produce effects to all people by definition. In concrete constitutional review cases, there are mechanisms to extend the effects of decisions from the parties towards all people. The Brazilian Constitution outlines a list of actors who can take abstract constitutional review cases to the Court. Although this list has expanded access possibilities, it still has limitations, which we will discuss in the next section.

The first cases regarding CSE were decided in 2017 (two provisional measures). There was a peak in cases in 2020, with one decision on provisional measures and eight final decisions (see Graph 1). This surge may be related to the pandemic and the clash between the STF and the Bolsonaro administration (2019-2022), which vocally attacked SRR using the gender ideology frame.

GRAPH 1 – **DECISIONS ON CSE OVER THE YEARS**



Source: Elaborated by the authors.

All the cases decided on the merits regarding CSE are abstract constitutional review cases[4] and discuss the constitutionality of laws that prohibited addressing content linked to GSD in schools (see Table 1). Seven of these cases have both a final decision and a decision on provisional measures, one has only a final decision, and one has only a decision on provisional measures. The Court has issued a decision in favour of CSE in all the cases, and seven out of eight final decisions were unanimous.

All the cases involved legislation enacted at the municipal or state level. This provided the court with an easy way out to declare the formal unconstitutionality, as the Brazilian Federal Constitution states that legislation regarding the content of education should be issued at the federal level. However, the court went beyond the formal aspect, and the reasoning included other rights and principles such as education, freedom of expression, academic freedom, equality and non-discrimination, democracy, pluralism, child rights, and the protection of LGBTQ students from discrimination.

The constitutional debates about CSE in Brazil have particularly reaffirmed that LGBTQ individuals constitute a vulnerable group in need of specific protection against discrimination. These debates also underscore that freedom of religion or belief cannot be expanded and used as a tool to justify the censorship of GSD. Moreover, they highlight that schools

4 By analysing the decisions issued by a single judge on procedural issues, it was possible to identify that some appeal cases related to CSE reached the STF but were dismissed due to procedural reasons.

and families often perpetuate discriminatory situations against LGBTQ youth, and that schools play an important role in promoting diversity and protecting students against discrimination and stigmatization (Rios; Mello, 2023).

TABLE 1 – **DECISIONS FROM THE STF ON SEX EDUCATION**

YEAR[5]	CASE	DECISION
2019	ADPF 462	PROVISIONAL MEASURES TO SUSPEND THE APPLICATION OF A NORM THAT PROHIBITED THE USE OF THE EXPRESSIONS "GENDER IDEOLOGY", "GENDER IDENTITY", AND "GENDER ORIENTATION" IN THE EDUCATION PLAN AND CURRICULUM GUIDELINES (BLUMENAU—SANTA CATARINA).
2020	ADI 5537, ADI 5580 E ADI 6038	THE COURT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE NORM THAT PROHIBITED "POLITICAL-IDEOLOGICAL INDOCTRINATION" IN SCHOOLS (STATE OF ALAGOAS).
2020	ADPF 461	THE COURT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE NORM THAT PROHIBITED ADDRESSING GENDER AND SEXUAL ORIENTATION IN SCHOOLS (PARANAGUÁ—PARANÁ).
2020	ADPF 467	THE COURT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE NORM THAT PROHIBITED ANY REFERENCE TO GENDER DIVERSITY AND SEXUAL ORIENTATION IN SCHOOLS (IPATINGA—MINAS GERAIS).
2020	ADPF 460	THE COURT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE NORM THAT PROHIBITED THE USE OF "GENDER IDEOLOGY" AND THE EXPRESSIONS "GENDER" AND "SEXUAL ORIENTATION" IN SCHOOLS (CASCAVEL—PARANÁ).
2020	ADPF 457	THE COURT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE NORM THAT PROHIBITED ANY EDUCATIONAL CONTENT LINKED TO "GENDER IDEOLOGY" (NOVO GAMA—GOIÁS).

(it continues)

5 When there is more than one decision, the year of the latest decision on the case is considered.

2020	ADPF 526	THE COURT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE NORM THAT PROHIBITED THE USE OF "GENDER IDEOLOGY" AND THE EXPRESSIONS "GENDER" AND "SEXUAL ORIENTATION" IN SCHOOLS (FOZ DO IGUAÇU—PARANÁ).
2020	ADPF 465	THE COURT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE NORM THAT PROHIBITED THE USE OF THE EXPRESSIONS "GENDER" AND "SEXUAL ORIENTATION", AS WELL AS CONTENT LINKED TO THOSE TERMS IN SCHOOLS (PALMAS—TOCANTINS).
2020	ADPF 600	THE COURT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE NORM THAT PROHIBITED TEACHING ABOUT GENDER OR ADDRESSING THE ISSUE IN SCHOOLS (LONDRINA—PARANÁ).

Source: Elaborated by the authors.

Tracking whether the decisions from the STF are being applied in practice and what their effects are is beyond the scope of this article. However, according to a report published by Human Rights Watch (2022), the conservative mobilization against CSE has reached part of its goals, as, after facing political persecution for addressing CSE or seeing what happened to their peers, teachers became scared. This feeling has impacts that favour the efforts to ban CSE in Brazil, and the decisions that declared the unconstitutionality of norms against CSE do not have the power to make teachers feel safe.

2.2. The Mobilization Actors

2.2.1. Who Has Brought Cases to the STF and Who Can Do So

The 1988 Federal Constitution of Brazil lists the specific actors entitled to file abstract constitutional review actions.[6] In addition to what is explicitly stated in the constitution, the STF has developed interpretations on this matter.

6 The President of the Republic; the Executive Committee of the Federal Senate; the Executive Committee of the Chamber of Deputies; the Executive Committee of a Legislative Assembly or the Legislative Chamber of the Federal District; the Governor of a State or the Federal District; the Prosecutor-General of the Republic; the Federal Council of the Brazilian Bar Association; a political party represented in the National Congress; a union confederation or a national class entity.

According to the STF's interpretation, political parties with representation in Congress and a union confederation or a national class entity must be represented by an attorney, while other actors may represent themselves. Furthermore, the STF has established a distinction between universally authorized parties and specially authorized ones. Universally authorized parties are presumed to have standing and can file abstract control complaints without proving thematic relevance. In contrast, specially authorized parties must demonstrate thematic relevance by showing connection between their statutory objectives or institutional purposes and the content of the challenged norm.

Moreover, the court's traditional understanding of a "national class entity" was limited to entities representing economic or professional classes.[7] This understanding has faced criticism both from practitioners and from authors of part of the Brazilian literature on legal mobilization (Gomes, 2020; Côrtes, 2018) who understand that this category should also include civil society organizations. Some organizations repeatedly filed actions challenging this interpretation and asserting their legitimacy. In some cases, their efforts have succeeded, as the STF has accepted some abstract constitutional review cases filed by civil society organizations since 2018.

In six out of the nine cases, the applicant was the Public Prosecutor's Office (*Ministério Público*). This actor has played an important role in the recognition of rights of vulnerable groups, although the institutional position can be highly dependent on who occupies leadership roles (Côrtes, 2018). According to Almeida, Barbosa and Ferraro (2020), the institutional role played in bringing cases to the STF is also linked to whoever nominates the Prosecutor General. They evaluate that after Bolsonaro nominated Augusto Aras, the institution lost part of the protagonism it once had in antidiscrimination cases.

In the first of the remaining three cases, the applicant was a political party, the Communist Party of Brazil (*Partido Comunista do Brasil—PC do B*). In the second case, the applicants were the National Confederation of Workers in Education (*Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação—CNTE*) and the National Association of Lawyers for the Human Rights of LGBTI—ANAJUDH-LGBTI (*Associação Nacional de Juristas pelos Direitos Humanos de LGBTI*). However, ANAJUDH-LGBTI was not accepted as an applicant because, according to the reporting judge, the organization failed to prove its national scope.

The involvement of the organization in the complaint demonstrates that civil society organizations can participate in mobilizing cases to the STF even if their names are not listed in the official records. Associative strategies involving civil society organizations, alongside actors

7 The Court has determined that an entity must be present in at least nine states of the federation to prove its national scope, although exceptions can be made for entities of national significance.

traditionally accepted as plaintiffs by the STF, are not something new. Such strategies have been used in the struggles for the right to abortion and those aimed at LGBT rights (Côrtes, 2018).

The third case involved three different complaints that received a joint decision from the Court. The complaints were filed by the National Confederation of Workers in Educational Establishments (*Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimento de Ensino*—CONTEE), the CNTE and the Democratic Labour Party (*Partido Democrático Trabalhista*—*PDT*).

2.2.2. Who Acted as *Amicus Curiae* and Who Can Do So

According to Brazilian law, the criteria for allowing *amici curiae* participation include the significance of the subject matter and the representativity of the applicants. However, the way the STF applies these norms is not always systematic, as there is no standardized interpretation of the legal requirements, and different judges might interpret them differently (Côrtes, 2018). Moreover, while the rules for *amici curiae* admission expand the range of participants, they also pose accessibility challenges that discourage the engagement of civil society organizations with limited financial and human resources. These obstacles encompass financial costs,[8] submission deadlines,[9] and the need for legal representation (Almeida, 2019).

In eight out of the nine cases,[10] there was civil society[11] participation as *amici curiae*. A total of thirty-two different organizations used this tool (see Graph 2). Some of them are repeat players: twenty-five participated in more than one case, and seventeen were involved in more than five cases. Additionally, some organizations collaborated, often within the same clusters, on more than one case. There were, therefore, 39 interventions from the 32 interveners.

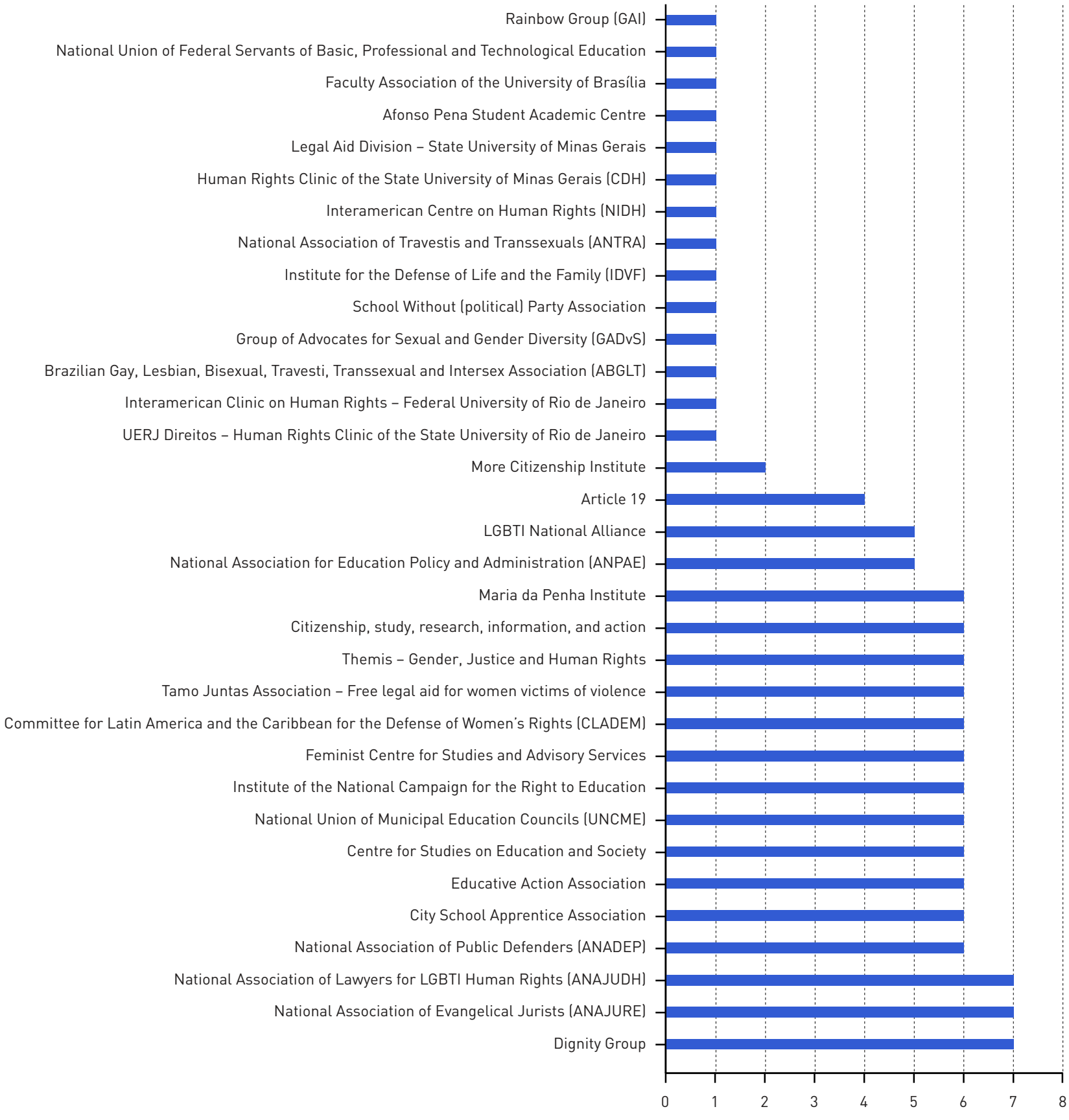
8 Although they do not require payment of fees, they involve costs related to hiring lawyers and travelling to follow the cases (Almeida, 2019).

9 Currently, *amicus curiae* briefs can be submitted until the case is put on the agenda to be decided. The interested organization is responsible for monitoring cases that may receive interventions. The problem, in this case, is the unpredictability of the STF's agenda, as some cases are decided within days while others take years (Almeida, 2019).

10 We also monitor a case (ADPF 522) that is not part of this sample, as it does not yet have a decision on the merits. However, it already has eighteen organizations accepted as *amici curiae*.

11 Official or governmental actors can join, and sometimes are called to do so (for example, the state/municipality involved in the issue and the Attorney General in Direct Actions for the Declaration of Unconstitutionality). In the cases addressed here, although official actors participated, they did not do so as *amici curiae*.

GRAPH 2 – **THE *AMICI CURIAE* PARTICIPATION**



Source: Elaborated by the authors.

Galanter (1974) works with concepts of powerful litigants (the "haves") and litigants with limited resources (the "have-nots"). He argues that "have-nots" can achieve advantages in the litigation process by adopting strategies such as becoming "repeat players" and using

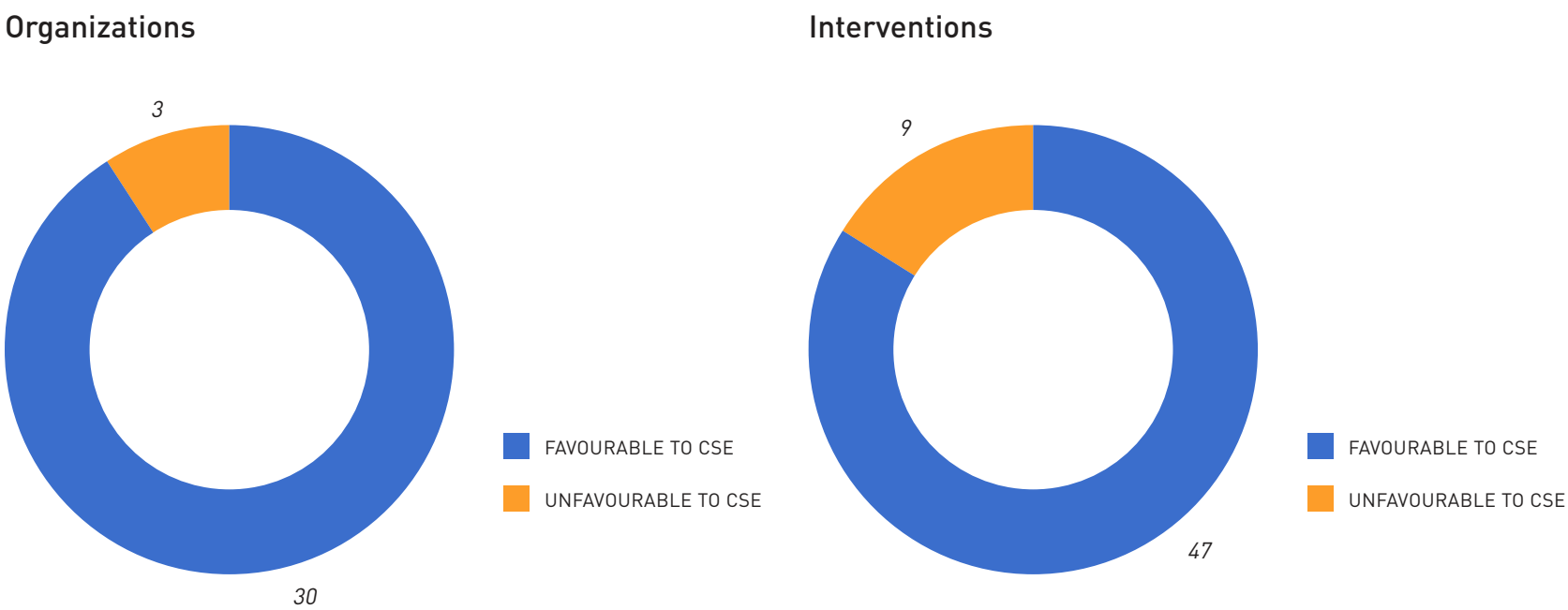
courts often (as opposed to "one-shotters") or organizing into support groups. Both strategies are present in the case of Brazil.

By examining the organizations that have taken part in six or more cases, it was possible to identify three individual repeat players, one organization that participated both individually and in partnership with another, and two groups of organizations that collaborated in all the cases they joined.

The biggest individual repeat players were the National Association of Jurists for LGBTI Human Rights (*Associação Nacional pelos Direitos Humanos LGBTI—ANAJUDH*), the National Association of Evangelical Jurists (*Associação Nacional de Juristas Evangélicos—ANAJURE*), and the National Association of Public Defenders (*Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos—ANADEP*). The Dignity Group (*Grupo Dignidade*) is also one of the biggest repeat players, participating individually in two cases and in partnership with the LGBTI National Alliance in five others.

Only three of the thirty-two interveners do not support CSE, yet one of them, ANAJURE, is among the biggest repeat players. This intense participation makes the number of unfavourable interventions proportionally more significant than the number of unfavourable organizations (see Graphs 3 and 4).

GRAPHS 3 AND 4 – **ORGANIZATIONS / INTERVENTIONS**



Source: Elaborated by the authors.

ANAJURE is a conservative organization co-founded by Damares Alves, Bolsonaro's former Minister of State for Women, Family and Human Rights. Alves is a vocal defender

of traditional gender roles, an opponent of CSE, and has played a significant role in promoting the concept of the "gender ideology" in Brazil. ANAJURE's participation in these cases does not indicate support for the way the Court acts. On the contrary, the organization has already publicly manifested both its disapproval of the STF and its alignment with Bolsonaro, especially when concerning LGBTQ rights.

Although the unfavourable mobilization in the political arena is expressive and well-organized (Cardinali, 2017), the data show that, in legal battles, most of the mobilization is driven by those in favour of CSE. The most prominent repeat players in favour of CSE are ANAJUDH, ANADEP, and the Dignity Group, with the latter frequently partnering with the LGBTI National Alliance. ANADEP is a national association of public defenders, while the others are LGBTQ organizations. ANAJUDH is composed of lawyers, and taking part in legal debates is part of its main activities.

The Dignity Group operates on different fronts but has lawyers as part of the organization and has in its bylaws a goal to keep up with legal debates on LGBTQ rights and offer legal aid to LGBTQ persons. However, this does not mean that the path to joining STF cases as *amicus curiae* has been smooth. The organization's experience highlights the uncertainty in the application of admission requirements: while trying to join cases discussing trans rights, the Dignity Group had its admission denied in one and accepted in another based on the same criterion—representativity (Côrtes, 2018).

We also identified clusters of organizations that collaborated and jointly participated in all the CSE cases in which they were involved. These clusters can be divided into two main groups based on the scope of the organizations: the feminist group, consisting of six organizations[12] involved in six cases, and the education group, with five organizations,[13] also involved in six cases.

By examining the *amici curiae* in the CSE cases brought before the STF, we can identify that most of the one-shotters were academic organizations, while the most relevant repeat players were LGBTQ organizations, a national association of public defenders, and a conservative organization. Feminist organizations and organizations on the right of education have clustered and worked together on all the cases they joined, becoming group repeat

12 CLADEM: Committee for Latin America and the Caribbean for the Defense of Women's Rights; Themis: Gender, Justice and Human Rights; Citizenship, Study, Research, Information, and Action; Maria da Penha Institute; Feminist Centre for Studies and Advisory Services; Tamo Juntas Association: free legal aid for women victims of violence.

13 Educative Action Association; City School Apprentice Association; Centre for Studies on Education and Society; Institute of the National Campaign for the Right to Education; ANPAE: National Association for Education Policy and Administration.

players. The Brazilian LOS led to rather organized *amicus curiae* participation, as most groups that overcame access limitations either became specialized or used their associative capacity to become stronger players.

3. The Case of Colombia

3.1. Institutional Design, Context and Legal Status

The Colombian Constitutional Court (CCC) has played a crucial role in the development of sex education and the protection of the rights of LGBTQ people, including their right to education. In 1991, Colombia adopted a new Constitution that included a comprehensive set of rights and principles (Uprimny; García Villegas, 2004), such as the right to free development of the personality and the principle of respect for human dignity. These provisions later became fundamental in justifying the recognition of LGBTQ rights (Bonilla, 2013). The 1991 Constitution also led to the creation of the CCC, and introduced or strengthened existing legal mechanisms to demand the protection of rights. The new court was granted the power to rule on abstract cases (public actions of unconstitutionality) against laws, decrees, and other norms deemed unconstitutional—a power previously held by the country's Supreme Court. Additionally, the CCC was given the authority to review all rulings by lower courts on *tutela* actions—a mechanism similar to the *amparo* action found in other Latin American countries, which allows individuals to seek the protection of their fundamental rights.

Rulings from the CCC vary in scope depending on the type of legal action. In public action cases, rulings have general effects, as they lead to the confirmation, annulment, or modification of norms issued by the government or Congress. In *tutela* actions, CCC's decisions are binding on all other courts in the country, but they primarily affect only the parties involved (*inter partes*). However, the CCC can and often does extend the effects of its *tutela* decisions by ordering structural remedies.

In its more than three decades of existence, the CCC has tended to take an activist and progressive stance on sexual and reproductive rights, issuing landmark rulings that led to the decriminalization of abortion under certain conditions and to the recognition of equal marriage and adoption for same-sex couples (Albarracín Caballero, 2011; Jaramillo Sierra; Alfonso Sierra, 2008; Jaramillo, 2021; Lemaitre Ripoll, 2009; López Medina, 2016). As many of these authors have argued, the appointment of judges with liberal ideas, a strong rights consciousness, and training in a neo-constitutionalist tradition have been key factors in the "rights revolution" that has occurred in Colombia regarding women's and LGBTQ rights. Although judges with conservative ideas and a more formalist approach to the law have also served on the CCC, the configuration of power within the institution has mostly favoured the development of a pro-sexual and reproductive rights agenda.

The CCC has played a crucial role in the field of CSE. On sex education, the Court's decisions have established the right of students to receive sex education in both public and private schools, as well as the state's obligation to provide such education. The CCC has also protected the right to education of students who faced discrimination or sanctions for alleged "sexual misconduct" in schools. In such cases, the CCC held that instead of punishing students with expulsion or other sanctions, schools should make a greater effort to provide CSE. Regarding LGBTQ students, the CCC has strongly protected their right to education, stating that schools may not discriminate based on sexual orientation or gender identity.

During its first three decades (1992-2022), the CCC issued eleven rulings addressing the right to sex education, with ten of these resulting from *tutelas* (Table 2). The first case, T-440/1992, enacted in early 1992, was a landmark ruling for the development of sex education in Colombia. This *tutela* was filed by a teacher who faced sanctions for providing sex education content to her students. The Court ruled in her favour, stating that the responsibility for providing sex education rests not only with parents but also with the State and schools. Its decision went further, ordering the government to implement measures "to promote [...] sex education for students in the different educational centres of the country". This directive was enforced a year later through Resolution 3353 (Colombia, 1993), which established the country's first official sex education program.

TABLE 2 – **DECISIONS FROM THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT ON SEX EDUCATION**

CASE[14]	**TOPIC**
T-440/1992, T-104/1996, T-293/1998	THE RIGHT AND OBLIGATION OF SCHOOLS AND TEACHERS TO PROVIDE APPROPRIATE SEX EDUCATION
T-368/2003, T-864/2005	SEXUAL HARASSMENT OF STUDENTS BY TEACHERS
T-337/1995, T-220/2004, T-918/2004, T-251/2005, T-458/2007	DISCRIMINATION AND SANCTIONS AGAINST STUDENTS BECAUSE OF THEIR SEXUAL BEHAVIOUR
C-085/2016	SEX EDUCATION PROGRAMMES

Source: Elaborated by the authors.

14 We use the same coding employed by the Court: "T" indicates rulings from *tutelas* and "C" signifies rulings from constitutionality cases. The numbers after the slash indicate the year the decision was issued.

In the *tutela* decisions that followed, the CCC reaffirmed its position on sex education. As shown in Table 2, these cases dealt with very different situations, such as teachers accused of providing inappropriate sex education content, students who were victims of sexual harassment in their schools, and students who faced discrimination and sanctions from school authorities due to their sexual behaviour. Although most of these cases were not the result of lawsuits over the content of education, sex education did play a key role in the judicial decision as the Court saw strengthening sex education as a part of the solution to the problems at hand. In many cases, this reasoning led the Court to order general measures aiming to improve sex education. For example, in T-368/2003 and T-864/2005, the CCC argued that the issues of sexual misconduct and harassment made it necessary to insist on the duty of schools to provide sex education, as established in decision T-440/1992. In both cases, the Court ordered that local and national education authorities ensure that the schools involved design and implement sex education programs in accordance with national policy.

The only decision on an abstract case, C-085/16, concerned a lawsuit that sought to make the "sex education class" (*cátedra de educación para la sexualidad*), created by Law 1146 of 2007,[15] mandatory not only in middle and high school but also in the lower levels of preschool and elementary school. However, the CCC did not rule in favour of this claim. Unlike the mostly unanimous position of previous rulings, this decision was quite close, with 5 out of 9 votes against the plaintiff.

While the issue of gender and sexual diversity was not part of the legal debate in the sex education decisions, the opposite was the case in the rulings on LGBTQ students. All these rulings, as shown in Table 3, resulted from *tutelas*. Initially, the CCC took a less protective stance, arguing that schools could limit the expression of sexual identity to protect "public morality". However, from 1998 onwards, its decisions have leaned decidedly in favour of LGBTQ students. From that year on, the Court broadly began to protect students' interests, requiring the repeal or modification of school policies that restricted their rights and calling on the government to promote laws and public policies to combat discrimination.

15 It is important to note that this law was enacted with the aim of preventing sexual violence and providing comprehensive care for sexually abused children and adolescents. The "sex education class" was considered one of the measures that could contribute to addressing this problem.

TABLE 3 – **DECISIONS FROM THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT ON LGBTQ STUDENTS**

CASE	DECISION
T-097/1994	MILITARY SCHOOLS CANNOT SANCTION STUDENTS SOLELY BASED ON THEIR "HOMOSEXUAL" IDENTITY (IN FAVOUR).
T-569/1994	SCHOOLS MAY SANCTION STUDENTS FOR ENGAGING PUBLICLY IN "HOMOSEXUAL CONDUCT" (AGAINST).
T-037/1995	MILITARY SCHOOLS MAY SANCTION STUDENTS FOR ENGAGING IN SAME-SEX SEXUAL PRACTICES (AGAINST).
T-101/1998	SCHOOLS' RELIGIOUS AND CONFESSIONAL ORIENTATION IS NOT A VALID REASON TO DENY THE RIGHT TO EDUCATION TO "HOMOSEXUAL" PERSONS (IN FAVOUR).
T-435/2002	SCHOOLS MUST RESPECT STUDENTS' SEXUAL ORIENTATION AND MAY NOT ESTABLISH RULES THAT RESTRICT ITS DEVELOPMENT (IN FAVOUR).
T-562/2013, T-565/2013, T-804/2014	SCHOOLS MUST RESPECT STUDENTS' GENDER IDENTITY AND MAY NOT SANCTION THEIR GENDER EXPRESSION (USE OF MAKE-UP, FEMININE/MASCULINE CLOTHING AND ACCESSORIES) (IN FAVOUR).
T-141/2015	THE COURT REITERATES THAT SCHOOLS MUST RESPECT SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY AND ORDERS THE MINISTRY OF EDUCATION (MEN) TO IMPLEMENT A PUBLIC POLICY TO PROMOTE RESPECT FOR SEXUAL DIVERSITY IN HIGHER EDUCATION (IN FAVOUR).
T-478/2015	THE COURT REAFFIRMS THAT SCHOOLS MUST RESPECT SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY AND ORDERS THE MEN TO IMPLEMENT THE NATIONAL SYSTEM OF SCHOOL COEXISTENCE (CREATED BY LAW NO. 1,620, 2013) ALONG WITH OTHER MEASURES TO PROTECT LGBTI STUDENTS (IN FAVOUR).
T-363/2016, T-192/2020, T-443/2020	SCHOOLS MUST RECOGNIZE STUDENTS' GENDER IDENTITY ACCORDING TO THEIR SELF-PERCEPTION, WITHOUT SPECIAL REQUIREMENTS SUCH AS OFFICIAL CHANGES TO THEIR NAME AND GENDER IN DOCUMENTS (IN FAVOUR).

Source: Elaborated by the authors.

Decisions on CSE have had radiating effects beyond the specific benefits to the parties involved. While an assessment of their impact is beyond the scope of this article, a few notable examples can be mentioned. As previously noted, decision T-440/1992 led to the creation of the first national sex education program and, a year later, the General Education Act of 1994 subsequently made sex education compulsory in all schools. Additionally, many

schools and universities have revised their student codes and curricula to promote respect for sexual diversity. Furthermore, Congress and governments have enacted laws and public policies on CSE, both to comply with court rulings and on their own initiative. For example, in 2013, Congress enacted Law No. 1,620 to promote "human rights, sex education, and the prevention and mitigation of violence in schools". That same year, the national government issued Decree No. 1,965 to regulate this law.

Comparatively, these legal advances suggest a more favourable outlook, at least in terms of "law in books", since statistics on violence and discrimination against LGBTQ people in Colombia remain equally alarming (Colombia Diversa, 2022). This does not mean that conservative-religious opposition is absent or unorganized. On the contrary, there are also influential groups in Colombia using the "gender ideology" frame to oppose SRR (Albarracín Caballero; Lemaitre Ripoll, 2018; Penen, 2015; Rodríguez Peñaranda, 2021). However, their counter-mobilization has been less successful so far, partly due to the protective role of the CCC and their lack of sufficient allies within the political elite. For example, although the governments of Juan Manuel Santos (2010-2018) and Iván Duque (2018-2022) were the result of conservative and right-wing alliances, they did not adopt policies that opposed, or radically opposed, SRR (unlike the stance of the Bolsonaro government in Brazil).

3.2. The Mobilization Actors

3.2.1. Who Brought Cases to the CCC and Who Can Do So

The CCC and the 1991 Constitution provided broad access to the courts, which, early on, stimulated intense litigation by civil society (Uprimny; García Villegas, 2004). This is particularly true for *tutelas*, which are more accessible than public actions, the latter being a more sophisticated and complex mechanism. According to CCC statistics (published on its website), more than nine million *tutelas* and over fifteen thousand public actions have been filed since its creation.

The *tutela* action was designed to provide ordinary people with a simple and rapid mechanism to demand the protection of fundamental rights. The rules governing its use state that any person, including minors, may file a *tutela* before a judge without needing a lawyer or relying on legal representation. *Tutelas* may be filed either in writing or orally, and judges are required to rule on them within a maximum of ten days. If either party appeals the decision, a higher court reviews the case. The CCC does not receive *tutelas* directly, but it has the discretionary power to select the *tutelas* it deems relevant "to avoid an irreparable harm, or to develop or unify constitutional doctrine" (Jaramillo, 2021, p. 438).

The norms regulating public actions also have provided broad access by allowing any citizen to use them. However, legal formalities and the sophisticated argumentation typically required in these actions by the CCC (where these actions must be filed) have made their use less accessible.

Most of the CSE *tutelas* were filed by ordinary people who went to court on their own. Of the eleven sex education cases, six *tutelas* were filed by parents acting on behalf of their children against either the teacher, the school, or the government education office that violated their rights. In the other five cases, the plaintiffs included two teachers—one against his school and the other against a government agency—, an artist against a state official who prohibited the exhibition of his work for considering it "pornographic and against morality" (T-104/1996), and a public family inspector against a court for violating the rights of a minor victim of sexual harassment. Only one of the eleven cases explicitly mentions that the plaintiff was legally represented by a lawyer.

In cases involving LGBTQ students, eleven of the thirteen *tutelas* were filed by the affected individuals themselves. In seven of these, the plaintiffs were the students, two of whom were minors, while for the other four, their relatives acted on their behalf. In the remaining two cases, T-478/2015 and T-443/2020, the plaintiffs were supported by legal experts. In the first case (known as the Sergio Urrego case), Colombia Diversa launched a strategic litigation to support the plaintiff's claim of a mother whose son committed suicide after being discriminated against by school authorities. The second case, concerning a minor trans student, was assisted by the legal clinic of Universidad EAFIT with support from the university's *Grupo de Sexualidad Diversa* (Diverse Sexuality Group) and the LGBTQ organization *Familiares y Amigos Unidos por la Diversidad Sexual y de Género* (Family and Friends United for Sexual and Gender Diversity). Finally, in the only public action (C-085/16), the plaintiff was a member of the collective *Sin Embarazos en Adolescentes* (No Pregnancies among Teenagers).

3.2.2. Who Acted as *Amicus Curiae* and Who Can Do So

The institutional design of the CCC also facilitated third-party participation (Jaramillo, 2024). The formal and informal rules defining who may participate as *amicus curiae* (or intervener, as it is commonly known in Colombia) and how they may do so differ in certain aspects depending on the type of legal action. In public actions, any citizen and state actor may file an *amicus curiae* brief (or intervention) without prior authorization (Decree No. 2067, 1991 [Colombia, 1991a]). Interveners, like plaintiffs, are not required to be lawyers or to be represented by one. Moreover, the CCC does not impose any special requirements on *amicus* briefs: the content, format, and number of pages and authors can be freely determined by participants.

These conditions also apply to *tutelas* but with a crucial difference: in *tutelas*, the possibility of intervening depends on how judges interpret the principle of "legitimate interest". Decree No. 2591 of 1991 (Colombia, 1991b) established that actors must demonstrate a "legitimate interest" to intervene in *tutelas*. However, since this norm does not clarify the meaning of this principle, this has led to divisions within the CCC. Some judges have adopted a broad interpretation of "legitimate interest", opening the judicial decision-making to

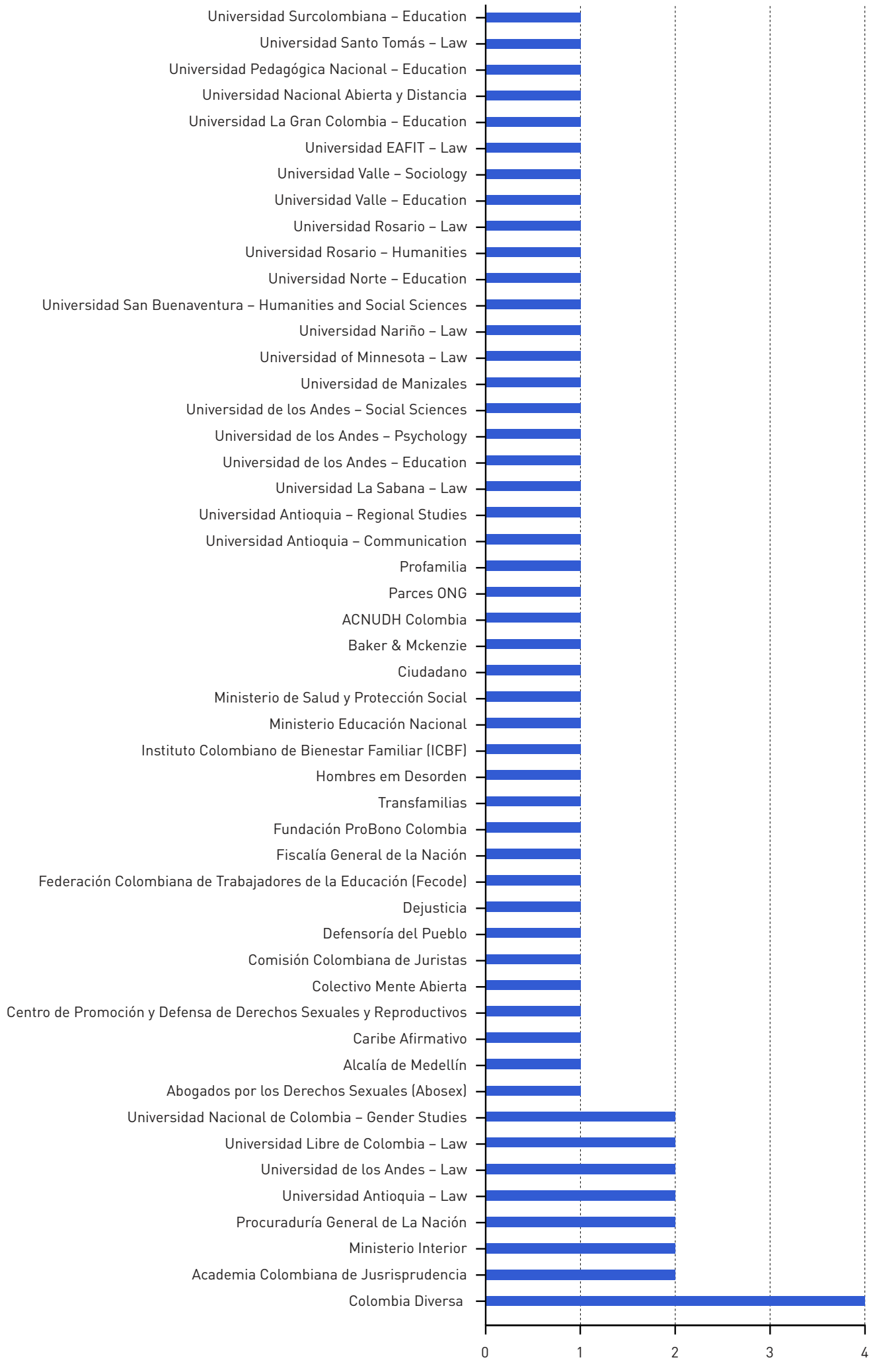
amicus curiae participation, while others have done the opposite, limiting their involvement (Jaramillo, 2024). These internal disagreements have sometimes led to conflicts between judges and civil society actors when the latter's attempts to participate before the CCC have been rejected.

Another condition that has affected the participation of *amicus curiae* is the deadline set by the CCC. In public action cases, actors have only ten days to file their *amicus* briefs, while in *tutelas* this time frame is usually shorter (around three to five days). This limited time, combined with the unpredictability and low visibility of the judicial agenda, has become a significant barrier to participation, especially for grassroots organizations and other actors with fewer resources and legal expertise.

Despite existing limitations, certain institutional rules and the existence of judges receptive to third-party participants have created significant legal opportunities for *amicus curiae* involvement.

Among the 24 cases studied, we found participation in six, all corresponding to cases from 2015 onwards. In these cases, fifty actors from seven different sectors were involved: universities and academic centres (26), state actors (8), legal advocacy and human rights organizations (7), LGBTQ organizations (6), unions (1), private law firms (1), and private citizens (1) (Graph 5).

GRAPH 5 – **THE *AMICI CURIAE* PARTICIPATION**



Source: Elaborated by the authors.

Universities, especially law schools and their legal clinics, have been major repeat players in legal mobilization. Their active participation can be partly explained by their legal resources but also by the fact that the CCC has encouraged their involvement through direct invitations to intervene (Jaramillo, 2024; Romero Tobón, 2016). This is also the case for legal advocacy organizations. For example, universities such as the Universidad de los Andes and Universidad del Rosario, along with civil society organizations such as Colombia Diversa and *Comisión Colombiana de Juristas* (Colombian Commission of Jurists), have frequently been invited by the CCC to present their opinions in various litigation cases, including those explicitly related to LGBTQ rights.

Similar dynamics are observed with state actors. While the CCC often requests information from state authorities on a mandatory basis, at other times the request is more of a voluntary invitation to participate in the legal debate. All the state actors shown in Graph 5 intervened voluntarily, with the exception of the *Procuraduría General* (Inspector General's Office), which is legally required to participate in public action cases. However, we included this actor because, in addition to its mandatory intervention in case C-085/16, it also participated in T-478/2015.

Interestingly, alongside the usual suspects, some grassroots organizations have also acted as *amici curiae*. The lack of sophisticated legal formalities helps explain why actors with fewer legal resources were able to participate. In addition, these types of actors (one-shotters) often team up with repeat players to engage in legal mobilization, as was the case with *Hombres en Desorden*, a trans organization that co-filed an *amicus* brief with Colombia Diversa.

A total of 57 *amicus curiae* briefs were submitted to the Court. The case with the highest participation was T-478/2015, which received 32 *amicus* briefs. Several of these briefs were submitted by actors within Colombia Diversa's network, the organization coordinating the litigation. Regarding the position expressed, only six interventions were unfavourable: five in C-085/2016 and one in T-478/2015. However, even in the first case, some of the briefs did not oppose the rights in question (*e.g.*, the right to sex education), but rather contested specific demands made by the plaintiff.

Strictly speaking, the only two actors who opposed sex education or LGBTQ rights were the *Academia Colombiana de Jurisprudencia* (Colombian Academy of Jurisprudence—ACJ) and the Inspector General's Office. The former is a repeat player who has typically adopted a conservative position on SRR (see also Lehoucq, 2021). The *Procuraduría*, in turn, became one of the most influential and vocal actors against LGBTQ people and SRR during the time it was headed by Alejandro Ordóñez—"a fiercely conservative Catholic", as described by Albarracín and Lamaitre (2018, p. 33). During his term as Inspector General (2009-2016), Ordóñez used his office's vast resources and political power to encourage conservative-religious mobilization and to attempt, sometimes successfully, to block legal and political advances favouring sexual and gender minorities (Malagón Penen, 2015; Rodríguez Peñaranda, 2021).

Despite the presence of strong repeat players, legal mobilization against CSE was noticeably lower. Similarly to the case of Brazil, the anti-gender movement in Colombia has been more active and organized in the political field than in the judicial arena. The LOS—particularly the availability of liberal judges and a solid legal framework recognizing fundamental rights—helps to explain why conservative groups did not find the CCC to be an appealing venue for advancing their political goals.

4. A Comparative Look at the Cases

Brazil and Colombia are standout cases of rights expansion processes through courts, especially when it comes to LGBTQ rights. When it comes to CSE, the similarities between the cases lie in the protective positions the courts have had about the CSE issue. The differences, however, are notable. While both courts demonstrate a willingness to address CSE and display a stance in favour of it, differences in the LOS and in the interplay between the LOS and the broader socio-political context—especially concerning the configuration of power and access to the judicial arena—help to elucidate the disparate moments these countries face with regard to legal mobilization around CSE.

While Brazil has not been able to establish CSE programs through legislation, Colombia has issued different laws and other norms to implement sex education programs, protect LGBTQ students, and use sex education to prevent child abuse. The gender ideology frame played an important role in the Brazilian political debate and—mobilized by relevant conservative actors in the political arena—contributed to a stalemate situation at the federal legislative level and to advances against CSE at the state and municipality levels. In Colombia, although gender ideology was also mobilized by conservative-religious groups, without enough allies among the political and judicial elites, its use did not have the same power to prevent legal progress for CSE.[16]

These conflicts in the political arena influence the differences in the cases brought before the constitutional court in each country. In Brazil, the decisions are resisting conservative advances in the legislative arena, whereas in Colombia they are developing CSE and protecting the rights of LGBTQ students. While the vast majority of the Colombian cases address the concrete rights of the parties involved and focus on respecting sexual orientation and gender identity, the Brazilian cases are abstract constitutional review cases that involve norms aimed at turning gender and sexuality into forbidden topics. Additionally, the Colombian Court decided the first cases on these issues in the 1990s, whereas all the decisions

16 In this paragraph, as well as throughout the article in general, we refer to formal changes in the legal framework, as our focus does not include evaluating the implementation of laws or court decisions.

from the Brazilian Court have been issued from 2017 onwards, with a peak in 2020—a year marked by the covid-19 pandemic and a clash between the STF and then-President Jair Bolsonaro, openly against SRR.

Moreover, in line with Hilson's (2002) argument, we found that the relationship between legal and political opportunities influenced the choice to resort to the courts. In Brazil, pro-CSE actors—facing setbacks in the political arena, a deadlocked federal legislative arena and defeats at other legislative levels—turned to the STF, which had already shown an inclination to decide in favour of LGBTQ rights. Mobilizing the STF paid off, as in all nine cases we analysed, the court recognized the unconstitutionality of regulations that sought to limit CSE in schools.

The institutional design of constitutional courts in Brazil and Colombia also has accentuated differences, especially in terms of access. Both countries adopt hybrid constitutionality review models, conducting both concrete and abstract constitutional reviews. However, when it comes to who can bring cases directly to the constitutional courts, in Brazil, standing is restricted to a list of specific actors, further limited by some court interpretations, while in Colombia, access is open to all, with very few formalities (Caldeira, 2020; Uprimny; García Villegas, 2004). The criteria adopted in Brazil by the legislation and the STF's interpretation can be restrictive even to *amici curiae*. Requirements include national coverage, representativity, thematic relevance, representation by lawyers, and adherence to formal rules, in addition to the court's unpredictable schedule (Almeida, 2019; Côrtes, 2018; Gomes, 2020).

The restrictions actors face in the Brazilian context, as well as the patterns they must follow, have an isomorphic effect on legal mobilization through courts. Briefs must keep strong legal features rather than serving as instruments for the voices of organized civil society movements to be heard in the constitutional debate. In the Brazilian legal culture, it is expected that *amicus curiae* interveners present a legal discourse, and this is incorporated even by civil society organizations when mobilizing the STF (Côrtes, 2018).

The Brazilian conservative actors, despite being well-organized in the political arena and capable of achieving results at the municipal and state legislative levels, are not as successful when it comes to the debates before the STF. The actors in favour of CSE, on the other hand, are more numerous and often associate in clusters to provide their contribution and overcome the access limitations. As the possibilities for civil society organizations to bring abstract review cases to STF are also limited, mobilization for CSE has been more focused on taking opportunities created when official actors and political parties bring cases to the Court, allowing them to join the debate and mobilize against the conservative advances in the legislative arena.

Regarding official actors and the importance of understanding who holds positions of power, we highlight the roles played by the Inspector General's Office in Colombia and the Public Prosecutor's Office in Brazil. While headed by the conservative Catholic Alejandro

Ordóñez, the Inspector General's Office became one of the few actors against CSE to join the constitutional debates in Colombia and one of the most influential actors in this debate in general, by using the office's resources and political power to do so. The Brazilian Public Prosecutor's Office, in turn, played an opposite, yet extremely relevant role, being responsible for filing most of the abstract constitutional review complaints arguing for the unconstitutionality of laws that aimed at prohibiting CSE in schools.

Nevertheless, in Colombia, the LOS created favourable conditions for those seeking to bring their cases to court and act as *amicus curiae*. With regard to the former, the judicial system established broad standing rules, allowing anyone, regardless of institutional affiliation or professional qualifications, to bring a claim directly before the CCC or, in the case of *tutelas*, to have their claim reviewed by this court. This broad and easy access, coupled with "rights-friendly judges" (Wilson; Gianella, 2019, p. 141), imposed a relatively low resource threshold for legal mobilization, especially for *tutelas*.

Thus, individuals and civil society organizations did not need to form alliances with political parties, authorities, or other powerful repeat players in order to go to court. In the case of CSE, this led to a more decentralized and unstructured legal mobilization, based mostly on individual claims brought by one-shotters rather than litigation by well-supported structures. As Wilson and Gianella (2019) argue, such individual and uncoordinated mobilization can be counterproductive for social movement organizations, as forming alliances and building strong support structures is crucial for the success of rights struggles in the long run. However, this more individual, decentralized mobilization can also positively broaden the rights agenda by leading courts to address demands that have not historically been central to the LGBTQ movement's agenda (Jaramillo, forthcoming).

Civil society actors have also found considerable opportunities to participate as *amicus curiae*. However, similarly to what occurs in Brazil, short deadlines, an unpredictable judicial agenda, and the common perception of *amicus curiae* briefs as sophisticated legal documents have created *de facto* barriers. Thus, while grassroots organizations and other actors with fewer resources have managed to participate in judicial debates, it is primarily legal experts—such as law schools and legal advocacy organizations—who have played a leading role.

Conclusion

In this article, we approached the legal mobilization around CSE in Brazil and Colombia by focusing on the LOS and actors who choose to bring cases to the countries' constitutional courts or participate as *amici curiae*. We argue that the legal opportunity structure in the countries, especially the configuration of power and the accessibility of the courts, has shaped their legal conflicts on CSE.

Our findings are consistent with previous studies on legal mobilization and legal change that show that a favourable LOS can foster litigation strategies. Institutional rules that provide

affordable and easy access to the courts, for example, can act as an incentive for more active and extensive use of litigation (Albarracín Caballero, 2011; De Fazio, 2012; Wilson; Rodríguez-Cordero, 2006; Uprimny; García Villegas, 2014). On the other hand, remarkably open courts enable litigation regardless of well-developed strategies and coordination (Wilson; Gianella, 2019), while access barriers do not necessarily prevent actors from litigating, as they can mobilize, associate, and create strategies to forge opportunities (Andersen, 2005).

In our study, both countries have mechanisms that enabled legal mobilization around SRR and CSE. Nonetheless, the differences in the level of accessibility, particularly the more flexible standing rules of the CCC, make this court notably more open to civil society participation as compared to the STF. This applies both to who can bring cases before the court and who can participate as *amicus curiae*.

Further, while the openness of the Colombian Court led to plural yet decentralised and uncoordinated mobilization, in Brazil, a set of institutional features created significant access barriers, leading to more isomorphic legal characteristics in complaints and interventions. Particularly in Brazil, where the obstacles were more prominent, the existence of allies and the use of organizational associative capacity were relevant for developing litigation strategies.

However, access is not all that matters. Other studies highlight the configuration of power within the judiciary as a key factor, especially in understanding the ideological spectrum of the actors who approach the courts (Jaramillo Sierra; Alfonso Sierra, 2008; Lehoucq, 2021). In both Brazil and Colombia, the pro-CSE sectors have found in the more liberal and rights-oriented orientation of the judges an incentive to resort to the courts to defend their objectives. For the same reason, in both cases, this configuration has influenced conservative groups to be less inclined to use litigation actively, instead focusing their efforts on the political arena, where they have found more political opportunities to advance their objectives.

Moreover, although both courts have made decisions in favour of CSE, the interplay between the configuration of power in the political arena and the superior courts has played an important role in the cases that have been decided. In Brazil, the strong influence of the conservative mobilization against the so-called gender ideology in political arenas, particularly during the Bolsonaro administration, enabled conservative advances at the municipal and state levels, making resistance to these conservative advances a priority for the legal mobilization before the STF. In Colombia, on the other hand, conservative strategies could not stop advances in favour of CSE, leading legal mobilization to focus mostly on securing incremental rights for students. Therefore, while in Brazil the Court has taken on a resistance role, the Colombian Court has assumed a role in expanding rights.

REFERENCES

ALBARRACÍN CABALLERO, Mauricio. Corte constitucional y movimientos sociales: el reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humano*s, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 7-33, 2011.

ALBARRACÍN CABALLERO, Mauricio; LEMAITRE RIPOLL, Julieta. The Crusade Against Same-Sex Marriage in Colombia. *Religion and Gender*, [*s.l.*], v. 8, n. 1, p. 32-49, 2018.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. Capacidades institucionais dos *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 678-707, 2019.

ALMEIDA, Eloísa Machado de; BARBOSA, Ana Laura Pereira; FERRARO, Luíza Pavan. *Agenda antidiscriminação no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. (Coleção Pesquisa Direito GV).

ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the Closets and Into the Courts*: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.

BOESTEN, Jelke. *Sexual Violence Against Minors in Latin America*. Belgium: European Parliament's Subcommittee on Human Rights, 2016.

BONILLA, Daniel. Same-Sex Couples in Colombia: Three Models for their Legal and Political Recognition. *In*: PIERCESON, Jason; PIATTI-CROCKER, Adriana; SCHULENBERG, Shawn (eds.). *Same-Sex Marriage in Latin America*: Promise and Resistance. Lanham: Lexington Books, 2013. p. 111-130.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543. 2020*.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. 2019.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275*. 2018.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*. 2011a.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 123*. 2011b.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. Concentrated Judicial Review in Brazil and Colombia: Which (or whose) Rights are Protected? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 1, Jan./Apr. 2020.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. *Revista Publicum*, [*s.l.*], v. 3, n. 1, p. 157-189, 2017.

COLOMBIA. Ministerio de Educación Nacional. *Resolución 3353*. Por la cual se establece el desarrollo de programas y proyectos institucionales de Educación Sexual en la Educación Básica del País. Bogotá: Ministerio de Educación Nacional, Jul. 2, 1993.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la corte constitucional. *Diario Oficial*, Bogotá, n. 40012, Sep. 4, 1991a.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. *Diario Oficial*, Bogotá, n. 40165, Nov. 19, 1991b.

COLOMBIA DIVERSA. *Informe – Situación de Derechos Humanos*: Personas LGBT 2021. Bogotá: Colombia Diversa, 2022.

CORRÊA, Sonia (ed.). *Anti-Gender Politics in Latin America*: Summaries of Country Case Studies. Rio de Janeiro: Associacao Brasileira Interdisciplinas de Aids, 2020.

CÔRTES, Ana. *Em busca de diálogo e reconhecimento no STF*: a atuação como *amicus curiae* nos casos relativos a pessoas trans. 2018. 180 p. Dissertation (Master in Law) – Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018.

CÔRTES, Ana de Mello. A participação de organizações da sociedade civil em ações do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. *In*: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Direito e mobilização social*. 1st ed. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. (Coleção Pesquisa Direito GV). p. 107-125.

CÔRTES, Ana de Mello; BUZOLIN, Lívia Gonçalves. Paths Towards LGBT Rights Recognition in Brazil. *Sexuality Research and Social Policy*, [*s.l.*], v. 21, p. 1206-1219, 2024.

DE FAZIO, Gianluca. Legal Opportunity Structure and Social Movement Strategy in Northern Ireland and Southern United States. *International Journal of Comparative Sociology*, [*s.l.*], v. 53, n. 1, p. 3-22, 2012.

DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES JR., Osmar P. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's "Supremo Tribunal Federal". *Journal of Law, Economics, and Organization*, [*s.l.*], v. 31, n. 3, p. 534-567, 2015.

EPP, Charles. R. *The Rights Revolution*: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

GALANTER, Marc. Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, [*s.l.*], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GIANELLA, Camila. "Seksualundervisning i skolene: En latinamerikansk slagmark". *Bistands Aktuelt*. Jan. 3rd, 2019. Available at: https://www.panoramanyheter.no/amerika-helse-utdanning-og-forskning/seksualundervisning-i-skolene-en-latinamerikansk-slagmark/204022. Accessed on: Sep. 23, 2024.

GIANELLA, Camila; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; DEFAGO, Angelica Peñas. What Causes Latin America's High Incidence of Adolescent Pregnancy? *CMI Brief*, Bergen, v. 16, n. 9, 2017.

GLOPPEN, Siri. Conceptualizing Abortion Lawfare. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 3, e2143, 2021.

GLOPPEN, Siri. Analytical Framework: Studying Lawfare. *In*: LANGFORD, Malcolm; GLOPPEN, Siri (orgs.). *International Lawfare and Sexual and Reproductive Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming.

GOLDFARB, Eva S.; LIEBERMAN, Lisa D. Three Decades of Research: The Case for Comprehensive Sex Education. *Journal of Adolescent Health*, [*s.l.*], v. 68, n. 1, p. 13-27, 2021.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRUSKIN, Sofia *et al.* Desert, Rainforest, or Jungle: Navigating the Global Sexual Rights Landscape. *In*: CORREA, Sonia; PARKER, Richard (eds.). *Sex Politics*: Trends and Tensions in the 21st Century – Critical Issues. Rio: Sexuality Policy Watch, 2018. p. 8-36.

HILSON, Chris. New Social Movements: The Role of Legal Opportunity. *Journal of European Public Policy,* [*s.l.*], v. 9, n. 2, 238-255, 2002.

"I BECAME Scared, This Was Their Goal". Efforts to Ban Gender and Sexuality Education in Brazil. *Human Rights Watch*, May 12th, 2022. Available at: https://www.hrw.org/report/2022/05/12/i-became-scared-was-their-goal/efforts-ban-gender-and-sexuality-education-brazil. Accessed on: Aug. 29, 2024.

JARAMILLO, Isabel C. The Story of the Recognition of Sexual Identity as a Source of Harm in Colombian Constitutional Law. *In*: JARAMILLO, Isabel C.; CARLSON, Laura (eds.). *Trans Rights and Wrongs*: A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons. Cham: Springer International Publishing, 2021. p. 437-450.

JARAMILO, Juliana. Legal Mobilization Networks and the LGBT Rights Revolution in Colombia (1992-2022): Using Litigation and *Amicus Curiae* Briefs in Rights Struggles. *Journal of Human Rights Practice*, Oxford, forthcoming. Available at: https://doi.org/10.1093/jhuman/huae030.

JARAMILLO, Juliana. La movilización legal *desde arriba*. La Corte Constitucional de Colombia y la participación de *amicus curiae* en el litigio por los derechos LGBT. *Oñati Socio-Legal Series*, Oñati, v. 14, n. 3, p. 759-785, 2024.

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

KOROLCZUK, Elzbieta. The Fight Against 'Gender' and 'LGBT Ideology': New Developments in Poland. *European Journal of Politics and Gender*, Bristol, v. 3, n. 1, p. 165-167, 2020.

LEHOUCQ, Emilio. Legal Threats and the Emergence of Legal Mobilization: Conservative Mobilization in Colombia. *Law & Social Inquiry*, Cambridge, v. 46, n. 2, p. 299-330, 2021.

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El derecho como conjuro*: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Universidad de los Andes: Siglo del Hombre Editores, 2009. (Derecho y Sociedad).

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Cómo se construyen los derechos*: narrativas jurisprudenciales sobre la orientación sexual. Bogotá: Universidad de los Andes: Legis Editores, 2016.

MACHADO, Maria das Dores Campos. O discurso cristão sobre a "ideologia de gênero". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 2, e47463, 2018.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing Abortion in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, Sept./Dec. 2018.

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 26, n. 77, p. 97-112, Oct. 2011.

MALAGÓN PENEN, Lina. Movimiento LGBT y contra movimiento religioso en Colombia. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 162-184, 2015.

MONTERO, Adela. Educación sexual: un pilar fundamental en la sexualidad de la adolescencia. *Revista Médica de Chile*, Santiago, v. 139, n. 10, Oct. 2011.

PERES, Ana Cláudia. *Educação sexual*: que programas e políticas públicas são mais eficazes quando o assunto é sexo na adolescência? São Paulo: Fiocruz, 2020.

RIOS, Roger Raupp; MELLO, Lawrence Estivalet de. A ofensiva neoliberal ao direito da antidiscriminação: a expansão da liberdade protegida no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte dos EUA. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 1874-1903, Jul. 2023.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Gênero e seus/suas detratores/as: "ideologia de gênero" e violações de direitos humanos. , São Paulo, v. 18, n. 43, p. 622-636, Sept./Dec. 2018.

RODRÍGUEZ PEÑARANDA, María Luisa. El caso Sergio Urrego y las resistencias homofóbicas como pretexto populista de la derecha. *In*: RODRÍGUEZ PEÑARANDA, María Luisa Rodríguez; ESTÉVEZ JIMÉNEZ, Daniel Ricardo; LEÓN PEÑUELA, Fabián Andrés (eds.). *Altas cortes y transformación social*. (Des)obediencia a las órdenes judiciales: ¿Qué pasa después de la decisión judicial? Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2021. (Colección Gerardo Molina). p. 171-217.

ROMERO TOBÓN, Juan Fernando. *Las acciones públicas de inconstitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2016.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). *International Technical Guidance on Sexuality Education*: An Evidence-Informed Approach. Paris: UNESCO, 2018.

UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. *In*: SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.). Emancipación social y violencia en Colombia. Bogotá: Norma, 2004. p. 463-514.

WILSON, Bruce; RODRÍGUEZ-CORDERO, Juan Carlos. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics. *Comparative Political Studies*, [*s.l.*], v. 39, n. 3, p. 325-351, 2006.

WILSON, Bruce; GIANELLA, Camila. Overcoming the Limits of Legal Opportunity Structures: LGBT Rights' Divergent Paths in Costa Rica and Colombia. *Latin American Politics & Society*, Cambridge, v. 61, n. 2, p. 138-163, 2019.

Ana de Mello Cortes

Researcher at the Department of Government, University of Bergen. Fellow at the CMI-UiB Centre on Law & Social Transformation (LawTransform). Affiliated researcher at the University of Coimbra Institute for Legal Research. PhD candidate in Law at the University of Coimbra. Holds a Bachelor's Degree in Law from the University of São Paulo and a Master's Degree in Law and Development from the Fundação Getulio Vargas.

ana.cortes@uib.no

Juliana Jaramillo

PhD candidate in Development Studies at the Interdisciplinary Center of Development Studies, Universidad de los Andes (Colombia). Holds a Bachelor's and a Master's degree in History from the Universidad Nacional de Colombia.

j.jaramilloj@uniandes.edu.co

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 14.09.2023
Aprovado: 30.04.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202433

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.
Lívia Gonçalves Buzolin e Siri Gloppen (*Editoras convidadas*)

1 University of Cape Town, Private Law, Rondebosch, Western Cape, South Africa

2 University of Bergen, Anthropology, Jekterviken Bergen 5020, Norway
https://orcid.org/0000-0002-0561-5886

Systemic Barriers and Unfairness: Access to Justice in Zimbabwe and Beyond

BARRERAS SISTÉMICAS E INJUSTICIA: ACCESO A LA JUSTICIA EN ZIMBABUE Y MÁS ALLÁ

BARREIRAS SISTÊMICAS E INJUSTIÇA: ACESSO À JUSTIÇA NO ZIMBÁBUE E ALÉM

Wesley Maraire[1,2]

Abstract
Citizens in plural legal and cultural former colonies like Zimbabwe do not have effective access to justice. This is because the formal justice system is marred with obstacles that either prevent people from entering and navigating the system or impede them from obtaining outcomes that are aligned with their normative conceptions of justice. Post-independence justice reform efforts have failed because they attempt to resolve obstacles in isolation of each other, and the obstacles are almost never analysed as inherent within the formal justice system itself, i.e., as systemic problems. That every justice system has risks for the intended users is uncontroverted, and this article specifically focuses on systemic obstacles to access to justice. I demonstrate inherent and unacceptable risk of unfairness in the formal justice system by discussing four examples from the demand and supply sides. A multi-pronged research approach, involving a comprehensive literature review, media reports and my experience and observations within the Zimbabwean justice system are used. Furthermore, case law examples are also utilised, but going beyond erroneous individual cases, and unpacking the under-theorised yet broader social consequences of the cases on citizens and the formal justice system.

Keywords
Access to justice; justice delivery; legal system; law reform; inherent unfairness.

Resumen
Los ciudadanos de antiguas colonias con sistemas legales y culturales plurales, como Zimbabue, no tienen acceso efectivo a la justicia. Esto se debe a que el sistema de justicia formal está marcado por obstáculos que impiden que las personas ingresen y naveguen en el sistema u obtengan resultados alineados con sus concepciones normativas de justicia. Los esfuerzos de reforma de la justicia posteriores a la independencia han fracasado porque intentan resolver los obstáculos de forma aislada unos de otros, y los obstáculos casi nunca se analizan como inherentes al propio sistema de justicia formal, es decir, como problemas sistémicos. Es indiscutible que todo sistema judicial presenta riesgos para sus usuarios previstos, y este artículo se centra específicamente en los obstáculos sistémicos al acceso a la justicia. Demuestro riesgos inherentes e inaceptables de injusticia en el sistema de justicia formal analizando cuatro ejemplos desde una perspectiva de oferta y demanda. Son utilizados un enfoque de investigación multifacético, que incluye una revisión exhaustiva de la literatura, informes de los medios y mi experiencia y observaciones en el sistema de justicia de Zimbabue. Además, también se utilizan ejemplos de jurisprudencia, pero yendo más allá de casos individuales erróneos, y revelando las consecuencias sociales poco teorizadas, aunque más amplias, de los casos para los ciudadanos y el sistema de justicia formal.

Palabras clave
Acceso a la justicia; provisión de justicia; sistema legal; reforma legislativa; injusticia inherente.

Como citar este artigo
MARAIRE, Wesley. Systemic Barriers and Unfairness: Access to Justice in Zimbabwe and Beyond. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2433, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202433

Resumo
Os cidadãos de ex-colônias com sistemas jurídicos e culturais plurais como o Zimbábue não têm acesso efetivo à Justiça. Isso ocorre porque o sistema de justiça formal está marcado por obstáculos que impedem as pessoas de entrar e navegar no sistema ou de obter resultados que estejam alinhados com as suas concepções normativas de justiça. Os esforços de reforma da Justiça pós-independência falharam porque tentam resolver os obstáculos isoladamente uns dos outros, e os obstáculos quase nunca são analisados como inerentes ao próprio sistema de justiça formal, ou seja, como problemas sistêmicos. É incontestável que todo sistema judicial apresenta riscos para aqueles que o pretendem utilizar. Este artigo centra-se especificamente nos obstáculos sistêmicos ao acesso à Justiça. São demonstrados riscos inerentes e inaceitáveis de injustiça no sistema de justiça formal, discutindo quatro exemplos da perspectiva da oferta e da demanda. São utilizados uma abordagem de investigação multifacetada, que envolve uma revisão abrangente da literatura, relatos dos meios de comunicação social e a minha experiência e observações no sistema de justiça do Zimbábue. Além disso, também são utilizados exemplos de jurisprudência, mas indo além dos casos individuais errôneos, desvendando as consequências sociais pouco teorizadas, ainda que mais amplas, dos casos para os cidadãos e para o sistema de justiça formal.

Palavras-chave
Acesso à Justiça; prestação de justiça; sistema jurídico; reforma legislativa; injustiça inerente.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

A constitution regulates the most important activities of the state, such as recognising and upholding citizens' rights, including the right of access to justice, a human right, according to Zimbabwe's Constitution, henceforth referred to as the Constitution (Zimbabwe, 2013). However, what is the purpose of enshrining rights within a constitution if large sections of the population cannot vindicate them? This concern leads to a further enquiry: can a formal justice system dominated by legal positivism truly provide access to justice and deliver outcomes that align with citizens' normative conceptions of justice and fairness? These questions lie at the heart of socio-legal discourse, urging us to scrutinise the efficacy of legal frameworks in ensuring equitable access to justice.

Access to justice is the ability for citizens to vindicate their rights through a normatively fair and functional legal system (UNDP, 2015). This understanding emphasises procedural fairness (ensuring a just process) and material fairness (providing substantive outcomes and social justice implications) (Galanter, 1981). Significantly, ensuring equal and effective access to justice is a fundamental tenet of a functioning democracy. Nevertheless, the concept itself is multifaceted and contested (Smith, 2010). While some define it solely as access to general law courts (Zimbabwe, 2013, sec. 69(3)), a broader perspective recognises the importance of both formal and informal institutions in achieving a sense of justice (UNDP, 2015).

This article makes a unique contribution to the socio-legal discourse by shifting the focus from individual barriers to a systemic examination of access to justice in countries with plural legal justice systems, such as Zimbabwe. This is a crucial yet understudied aspect of socio-legal dynamics. Previous reforms attempting to improve access to justice within the context of legal pluralism in Zimbabwe, such as the provisions of the Legal Aid Act of 1997 (Zimbabwe, 1997), the pre-trial conference established by Order 26 r 182 of the High Court Rules in 1971 (Zimbabwe, 1971), and the provisions of the Arbitration Act of 1996 (Zimbabwe, 1996), have been insufficient because they fail to address the inherent incompatibility between the colonial-based formal system and the customary law and living

1 The author wrote this article in part while a PhD Candidate at the University of Cape Town and Research Fellow at the Centre on Law & Social Transformation, Bergen. He acknowledges the Rights and Gender Research Group at the Chr. Michelsen Institute (CMI) for their valuable feedback on earlier versions of this paper, and the colleagues within the South-South Network for their support. He extends his gratitude to the two anonymous reviewers for their constructive critiques and positive reinforcement, which contributed significantly to the publication of this article. He also acknowledges the support from LawTransform (the CMI-UiB Centre on Law & Social Transformation in Bergen, Norway) and the Research Council of Norway (project # 322644).

customary law practices of culturally distinct groups (Brinks, 2019; Tamale, 2020). This gap highlights the need for a more holistic approach that tackles systemic deficiencies and integrates the strengths of both formal and informal justice mechanisms. The failure to evaluate the combined effects of obstacles inherent within the makeup of the justice system has resulted in the failure of the reform efforts to extend access to justice for the majority of the populace (Sibanda, 2019).

It is crucial to acknowledge Zimbabwe's significant transition with the adoption of its 2013 Constitution, replacing the Lancaster House Constitution of 1979. However, a critical gap remains—a dearth of legal literature specifically addressing access to justice at the systemic level in Zimbabwe. Such scholarship is essential to inform policymakers, law students and the public, enabling comprehensive justice system reviews and reforms that transcend individual barriers. This paper addresses an analytical and theoretical gap in the literature and aims to inspire a fresh wave of access to justice reforms. It does so by highlighting the systemic or institutional biases and injustices pervading the formal justice system, using the unacceptable risk of unfairness analytical framework. This framework explores situations where inherent risks within the justice system design could render valid claims futile or pointless.

Although valuable contributions from previous research by Sithole (1997), Tsanga (2003), Stewart (2000) and Moyo (2018) highlight specific challenges to the justice system, they fail to fully address the interconnected and holistic nature of systemic barriers that prevent citizens from effectively navigating the justice system. This article builds upon these contributions by examining how these various limitations—from the exclusion of customary law to procedural inefficiencies—collectively create a system that is inherently inaccessible for many citizens. This article highlights systemic obstacles preventing citizens from gaining access to justice and achieving a meaningful sense of justice even when they obtain such access. The article does so by transcending individual barriers.

Zimbabwe was selected because it is a former colony with coexisting legal traditions, exemplifying the systemic inequalities within plural cultural and legal systems. Thus, Zimbabwe is a springboard for a broader discussion on access to justice within plural cultural and legal countries, particularly former colonies. By examining its specific challenges, a more universal struggle for fairness across the developing world is illuminated. This emphasis on generalisability highlights a critical global issue, not simply a challenge unique to Zimbabwe. Similar patterns are observed elsewhere, as this analysis demonstrates. A review of legal, sociological, political and anthropological literature across former colonies reveals a pattern: countries with plural cultural and legal traditions often struggle to ensure equitable access to justice (Brinks, 2019; Tamale, 2020; Braconnier De León, 2015; Helbling; Kälin; Nobirabo, 2015; Sibanda, 2019).

To achieve the article's objectives, a multi-pronged research approach has been employed. First, a comprehensive review of relevant academic literature, case law and media coverage is

conducted to illuminate existing scholarship and analyse how the justice system is portrayed in public discourse. Second, by drawing on the author's persona; experience and observations within the Zimbabwean justice system, the article aims to provide a nuanced understanding of citizens' practical challenges. This research design offers a valuable combination of theoretical grounding and practical insights.

The subsequent sections provide an overview of the Zimbabwean justice system before delineating the concept of access to justice as theorised globally and how it finds local expression in Zimbabwe. In section 4, the article presents the analytical framework supporting its central argument on Zimbabwe's lack of access to justice as a systemic problem from both the demand and supply sides. In sections 5 and 6, it is demonstrated how the obstacles to access to justice are deeply entrenched in the justice system by selecting and discussing four (among many) barriers to access to justice. From the demand side (section 5), the article proffers that the obstacles manifest within a formal justice system that (i) is dominated by legal positivism and, therefore, not designed according to people's way of life and (ii) lacks pluralistic equality. From the supply side (section 6), the article posits that the obstacles emanate from (i) the rigid and complex rules of procedure and (ii) the cost of litigation in courts of general law. The obstacles prevent entry into the system and impede citizens from obtaining outcomes that align with their normative visions of justice.

Lastly, in section 7, the article concludes by analysing the challenge of access to justice within the socio-economic environment in Zimbabwe, where 38.2 per cent of the population is below the poverty line, translating to a purchasing power parity of US$1.90 per person per day and a Gini coefficient of 50.3 per cent (World Bank, 2022).

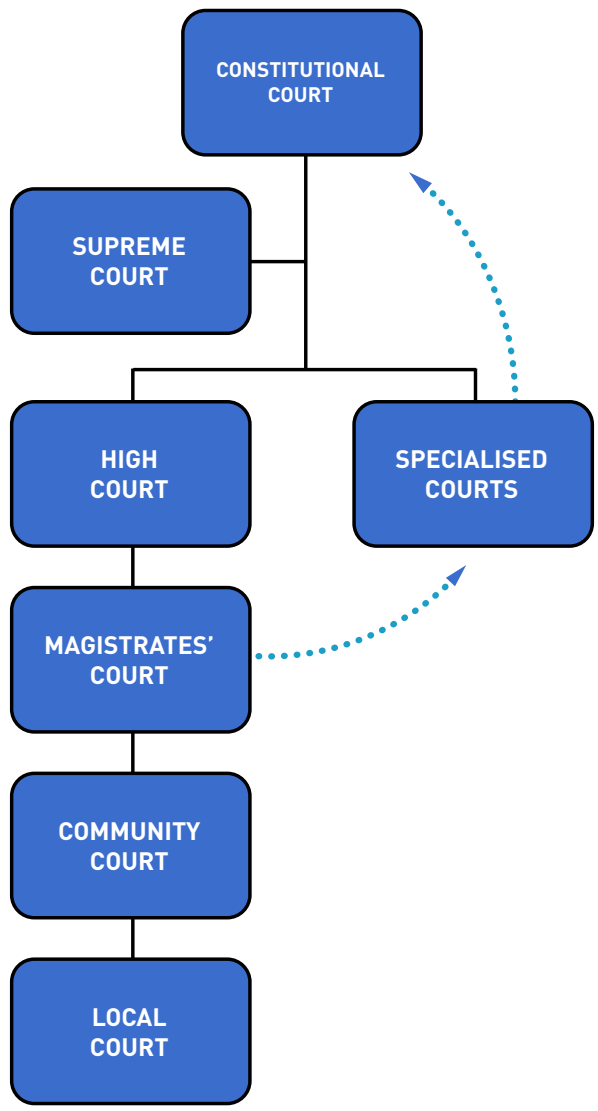
1. Brief Overview of the Justice System in Zimbabwe

Zimbabwe's justice system comprises a multifaceted framework of state and non-state institutions, with the judiciary playing a central role. The Constitutional Court, the highest court, and the Supreme Court, the final appellate court except for matters under the Constitutional Court, together form the apex of the judicial hierarchy (Zimbabwe, 2013, sec. 166(i); sec. 168). The High Court, overseeing civil and criminal cases, supervises magistrates' courts and handles extraterritorial crimes affecting Zimbabwe (*S v Mharapara*, 2017). Magistrates' courts, the lowest tier, determine jurisdiction based on location, crime type and potential penalties (Zimbabwe, 1931, sec. 49 (1)(*a*)(*b*)(*c*); Madhuku, 2010, p. 62-63). Attorneys and advocates constitute the legal profession, regulated by the Law Society of Zimbabwe under the Legal Practitioners Act of 1981. Alternative dispute resolution mechanisms such as mediation, conciliation, and arbitration (Zimbabwe, 1996; 1985) supplement the formal justice system, particularly in commercial and labour matters.

The Constitution recognises customary law courts (Zimbabwe, 2013, sec. 162(*g*); sec. 174), governed by local leaders who are appointed by the Minister of Justice. Established to

offer justice in rural areas according to African customs, these courts have limited jurisdiction, requiring the defendant's consent to have their case heard. They primarily handle civil disputes involving customary law, with monetary restrictions (Zimbabwe, 1990, sec. 16(*b*)(1)). Legal representation is prohibited, and judgments are enforced through registration with magistrates' courts. Appeals progress from local to community courts to magistrates' courts, and finally to the Supreme Court (Ncube, 1989; Coldham, 1990). Figure 1 is a simplified diagram of Zimbabwe's court hierarchy.

FIGURE 1 – **ZIMBABWE'S COURT HIERARCHY**



Source: Elaborated by the author.

During colonial rule (1889-1980), Zimbabwean communities maintained traditional dispute resolution practices alongside the imposed common law system. Despite this, customary practices remained informal, and thus, they were not recognised within the official state jurisprudence. Over time, Zimbabwe integrated "modified" customary law into the formal system, albeit with limited jurisdiction and authority, limiting its instances to mostly

ceremonial status. For example, local courts are reduced to cases related to witchcraft. It is important to distinguish between colonial-era legislated customary law, subject to the repugnancy test, and living customary law, which has evolved organically over time (Tamale, 2020). The repugnancy test assessed if a law contradicted *higher* colonial legal principles (Mikano, 2015).

Alongside formal and customary legal institutions, the justice system also comprises law enforcement agencies. One such agency is the Zimbabwe Republic Police (ZRP), which ensures public order and conducts criminal investigations. The National Prosecuting Authority (NPA) represents the state in criminal proceedings, handling evidence presentation. The Legal Aid Directorate, part of the Ministry of Justice, Legal and Parliamentary Affairs, offers legal aid and advice to the indigent, ensuring access to justice. The Zimbabwe Prisons and Correctional Services (ZPS) focus on custody, rehabilitation and reintegration. Following this overview, the subsequent section discusses access to justice, both generally and within Zimbabwe's context.

2. Situating Access to Justice Within a Global and Local Perspective

There is no single, universally accepted definition of the concept of access to justice because, like the term "justice" itself, the definition of "access to justice" is widely accepted as fluid, with different individuals attaching different meanings to it (Smith, 2010, p. 8-9). The debate on access to justice has divergent aspects, first appearing as a phrase in the 19th century (Paterson, 2011, p. 60). As a concept, however, access to justice gained wider prominence in the 1970s through various initiatives by diverse stakeholders who explored it in books, articles and reform reports (Cappelletti; Garth, 1977, p. 6, 64, 68-69). Much of the access to justice literature addressed state-sanctioned dispute resolution processes, the measurement of justiciable problems, and how people react to them, as well as the challenges associated with the provision of legal aid to the indigent (Cappelletti; Garth, 1977, p. 6, 64, 68-69). Progressively, new aspects of the access to justice debate emerge consistently, although in certain cases, old conceptions are presented as new ones (Paterson, 2011, p. 61). The new debates manifest as three issues, centred on geographic access, legal education and simplification of laws (Paterson, 2011, p. 61).

The lack of consensus on the precise definition of access to justice notwithstanding, I agree with Cornford (2016) that we simply cannot accept such an important concept to maintain a nebulous characterisation. Therefore, in this article, access to justice is accepted as an interpretive concept. Dworkin's scholars take interpretation and interpretive concepts to be central to his work (Guest, 2012, p. 66, 76). Cornford (2016, p. 27) provides that "[a]n interpretive concept is something assumed to be desirable but whose exact nature is in dispute, the proponents of different interpretations being activated by competing moral, aesthetic or political outlooks". In this article, access to justice as an interpretive

concept is derived from the normative definitions that the individuals employing it bestow upon it.

The growing body of academic work from various jurisdictions, including India, Canada, Australia and Ethiopia, among others, demonstrates the interpretive and contextual nature attached to access to justice (UNDP, 2015; Kohlhagin, 2006; Akin Ojelabi, 2010; Roberge, 2013). The working definition of access to justice in this article is thus "the ability of people to seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice and in conformity with human rights standards" (UNDP, 2015). Within the broad definition of access to justice is the recognition of formal and informal justice institutions as important mechanisms providing people with a sense of justice depending on their unique context. This definition builds on the idea that access to justice should not be limited to general law courts and litigation because "ultimately, access to justice is not just a matter of bringing cases to a font of official justice, but of enhancing the justice quality of the relations and transactions in which people are engaged" (Galanter, 1981, p. 161-162).

The definition above implies that for access to justice to conform with human rights standards, it must include elements of social justice, going beyond the provision of legal services to citizens. Therefore, the justice system user should be the central focus around whom the justice system revolves, a position accepted by Hamnett (1975, p. 10) as such, when stating that "the ultimate test is not, 'what does this judge say?' but rather 'what do the participants in the law regard as the rights and duties that apply to them?'". This means that citizens ought to be provided with a sense of normative justice, that is, satisfaction with both the path toward and the outcomes from processes they participate in, either when they bring or defend meritorious claims.

Significantly, "normative justice" means that citizens ought to be satisfied with the processes when entering the justice system and while interacting with others within the system. It also means that citizens must be satisfied with the outcomes generated through participation in the justice system, even when the verdict is against them. The contention of this article is that satisfaction with the process may be achieved if they are aligned with local people's norms and customs. There is a general acceptance in the academy that there are aspects of justice and other goods that are worth having but cannot be attained by merely granting people legal rights. Therefore, the legal system must be used as a means of redistributive change (Galanter, 1974). Interestingly, this is the case in the United States, where the law recognises poverty as a classification in the same manner as it recognises race (*Goldberg v John Kelly*, 1970). Expanding on the global access to justice discussion, the subsequent section delves into its local manifestation in Zimbabwe.

2.1. Access to Justice in the Zimbabwean Context

Zimbabwe has a restricted definition of access to justice. The Constitution says: "Every person has the right of access to the courts, or to some other tribunal or forum established by

law for the resolution of any dispute" (Zimbabwe, 2013, sec. 69(3)). By limiting dispute resolution platforms to only those established by law, the Constitution effectively dismisses over 80 per cent of the population that relies on living customary law institutions (Sibanda, 2019). Although Zimbabwe is a signatory of the 1948 Universal Declaration of Human Rights (1948) and the African Charter on Human and Peoples' Rights (1982, 21 ILM 58), which define access to justice as a human right, the concept does not find full expression in the country because it is equated with access to court. Paragraphs 14 and 15 of the UN Declaration of the High-level Meeting on Rule of Law also support efforts to ensure access to justice as a core component of rule of law (United Nations, 2012). Evidently, Zimbabwe needs a broader meaning of access to justice, so that it can be inclusive of all those remedies offered by other bodies which are not courts of law, but can perform a dispute resolution function (Francioni, 2007, p. 68).

Stewart (2000) conducted an empirical study in Zimbabwe highlighting the predominance of social justice (as an expression or concept of fairness in society) in how people find meaning within the concepts of justice and access to justice (Stewart, 2000, p. 5). The concept of social justice advocates for equal access to dignity, wealth, opportunity, health and other privileges existing in society. For that reason, acceptance of normative interpretation and consideration of context in discussing access to justice presupposes effective access to institutions that make the rights of citizens real instead of symbolic and illusory, whether formal or informal. At the same time, I acknowledge that perfect equality is utopian and differences between parties may never be completely eradicated (Cappelletti; Garth, 1977, p. 186). The question that faces contemporary scholars, policymakers and society is how far to push towards this utopian ideal and how many of the barriers to effective access to justice can and should be tackled at any given time.

As mentioned in the introductory section, the contention of this article is that access to justice debates and reform efforts have been misguided. As such, they have been rendered ineffective because they examine and attempt to solve barriers in isolation of each other. This article also contends that the debate lacks collective insight on the impact of these collective barriers, which are intrinsically interconnected. Most importantly, until now, the obstacles have almost never been evaluated as a problem inherent in the system. For example, solutions such as legal aid in response to the high cost of obtaining justice, while noble, has failed, as such solutions are essentially a band-aid to a much deeper problem of economic and organisational poverty, as well as socio-economic inequality.

Legal aid, particularly in its classic form, is impractical and inadequate because lawyers are costly and scarce (Sithole, 1997), and, crucially, ill-equipped to deal with the plural legal systems that prevail in most former colonies (Maru, 2010, p. 83). In Latin America, efforts to include marginalised people in general law institutions and processes have also failed because even when they are well-meaning, such as in the case of legal aid, they often achieve "partial justice at best" (Brinks, 2019, p. 348). According to Brinks (2019), the legal framework

fails citizens because it is not compatible with the aspirations and normative understandings of those it governs, therefore, the justice system is only a means of social control rather than a source of legal agency.

Furthermore, in former colonies like Zimbabwe, where the formal justice system was designed as a tool for colonial repression and adopted virtually intact at independence, it traps Indigenous people like a spider web (Ncube, 1997). This metaphor aptly captures the system's inherent inaccessibility. The complex procedures, unfamiliar language and power imbalances leave many citizens feeling entangled and disadvantaged (Matsikidze, 2014). In addition, the system's failure to recognise customary law practices creates a sense of alienation and reinforces the feeling of being trapped within a web not designed for their needs. Although the law of the land says everyone is equal, most people get stuck in the web for various, interconnected reasons that lie embedded within the system itself. The barriers are endemic, which as some commentators have argued (Armstrong; Sandell, 2011; Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020), makes it pointless for laypersons to even try to access the formal justice system.

3. Inherent and Unacceptable Risk of Unfairness in the Justice System

A Google search of the word "futility" yields a description of a noun that means, "pointlessness or uselessness". The Meriam-Webster online dictionary traces the word to French and Latin etymology, where it means "serving no purpose" (Merriam Webster, 2023). Access to justice is jeopardised when there is a risk that individuals may be unable to bring or defend meritorious claims (Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020, p. 563). However, for a risk to qualify as unacceptable in a justice system, it should have the potential of rendering claims futile or pointless. Futility in this instance includes loss of liberty and property, as well as self-help (Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020; Helbling; Kälin; Nobirabo, 2015). The cost of futility affects more than the individual claimant but society broadly. Therefore, the risk of futility (localised for the plural cultural and legal system operating in Zimbabwe and used in this article as "inherent and unacceptable risk of unfairness") is the central framework for evaluating access to justice (Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020, p. 564), a framework that anchors the analytical foundation of this article.

Futility as a concept was captured in 2017 the United Kingdom Supreme Court case of *R v Lord Chancellor*, when the court struck down Employment Tribunal fees as unlawful because they infringed on the constitutional right of access to court (*R (UNISON) v Lord Chancellor*, 2017). The Fees Order implemented by the Coalition Government in 2013 had, according to the Supreme Court, made it irrational or futile for workers to pursue claims because the fees were unaffordable, which effectively prevented access to court (Bogg, 2018, p. 510).

The implication of the UNISON case goes beyond the United Kingdom as it supports a core principle of justice—equality. The case, therefore, serves as a benchmark for evaluating

the acceptability of risks and fairness within justice systems across different countries. Thus, it is possible to extrapolate reasoning in the discussion above and apply it to the discourse on access to justice in Zimbabwe, a former British colony using the English common law system. Jurisprudence from British courts, "accept[ed] the principle that a system will be unlawful where it carries, inherent within it, an unacceptable risk of illegality" (Armstrong; Sandell, 2011, p. 248). Armstrong and Sandell (2011) provide a list of cases concerning vulnerable adult protection, such as *R (Royal College of Nursing) v Secretary of State for Health 2010* and the DPP's guidance on child prosecutions, *R (E) v DPP* (2010). They trace the systemic risk, pointing back to Baroness Hale's speech in *R (Wright) v Secretary of State for Health* (2009). Similarly, Powell (2017) traces cases back to *R (Brooke) v Parole Board* (2008).

As will be discussed below, the crucial difference between the British legal system, and thus the UNISON case with Zimbabwe, is legal pluralism in the latter nation. That is, common law (Roman-Dutch law and English common law), operating side by side with customary law and living customary law, is replete with socially appropriate and normatively accepted plural processes of dispute resolution, such as those employed among contending family members. Prior to analysing the inherent and unacceptable risk of unfairness in the Zimbabwe justice system, it is critical to outline the defining features of the framework as a method of evaluating access to justice. The central question is: Can the Zimbabwe justice system, as it is currently designed, and its functions operate fairly in accordance with citizens' normative visions of justice?

3.1. Characteristics of Inherent and Unacceptable Risk of Unfairness

The premise for arguing that an unacceptable risk of unfairness in a justice system is unlawful stems from the legal basis that rational decision-makers that are focused on the public good would (perhaps) not adopt an inherently unfair system. Moreover, no democratic system may be designed to be systemically unfair. An inherently unfair justice system is characterised by a high probability of illegalities and prevents justice seekers from accessing the system itself or obtaining outcomes they consider normatively fair, once they have accessed the system (Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020, p. 580).

In fact, a rational decision-maker, focused on the public good and operating in a democratic society, may be more concerned with the prevention of potential harm that may occur. Importantly, an inherent and unacceptable risk of unfairness is assessed squarely with the potential consequences associated with these risks and the two may not be separated (Armstrong; Sandell, 2011, p. 251). The unacceptability of such risks imports a proportionality test because "it may be irrational to take even a low (or moderate) chance of a low (or moderate) level of harm if there is an obvious safeguard [solution] that could easily be deployed" (Armstrong; Sandell, 2011, p. 251).

Measuring an inherent and unacceptable risk of unfairness in a justice system, however, is not an exact science. Like the concept of access to justice, it is nebulous and defies precise

definition in the literature. This article, therefore, proposes that an inherent and unacceptable risk of unfairness may be viewed as having a descriptive and a normative aspect. The descriptive aspect relates to the demand-side of the justice system and "denotes the general subject of the extent to which citizens are able to gain access to the legal services necessary to protect and defend their legal rights" (Cornford, 2016, p. 28). While the normative aspect relates to the supply-side of the justice system and stands for an "ideal" of equal access, entailing a duty on the state to guarantee equal capacity to each citizen to protect their legal rights (Cornford, 2016, p. 28).

Given the definition of access to justice adopted herein, the descriptive and normative aspects go beyond legal rights and require conformity with international human rights standards that include social justice elements. This is aligned with the ethnographic work conducted in Zimbabwe, in which laypersons have insisted on social justice in their definitions of justice and access to justice (Stewart, 2000). Accordingly, what counts as an inherent and unacceptable risk of unfairness in a justice system may be context specific. So, while many jurisdictions make declarations of equality under the law (Zimbabwe, 2013, sec. 56), evaluating inherent and unacceptable risks of unfairness will differ, depending on the specific context.

There are two broad sets of measurements for assessing the risk of unfairness within a justice system (Armstrong; Sandell, 2011; Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020, p. 574). Firstly, to be unacceptable, the risk must impede the public from defending or pursuing meritorious claims. Secondly, the risk must inhere in the system and exclude human errors as well as individual aberrations. That is to say, the inherent and unacceptable risk must go beyond a single case and should be revealed through a review of the entire justice system and not only individual cases. In other words, the risk should be embedded in the justice system—so that it goes beyond demonstrating bad decisions, such as those made by individual judges and magistrates. Thus, this article focuses less on how huge a risk is or how detestable the decisions or judgments are, regardless of their prevalence.

Adams-Prassl and Adams-Prassl make a distinction between a system that is badly managed and one that is inherently bad and unfair (Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020, p. 574). By making this distinction, they demonstrate the existence of laws, policies and institutions driving the risk of unfairness. In sections 5 and 6, this article will provide four examples to evidence the inherent and unacceptable risks of unfairness, which have led Zimbabwe to consistently fail to ensure access to justice for citizens, starting with the demand side.

4. Demand Side: Inherent and Unacceptable Risk of Unfairness

The demand side of access to justice focuses on how the justice system is designed and operates with citizens bringing or defending meritorious claims. A wide range of obstacles to accessing justice from the demand side in Zimbabwe exists, collectively leading to negative consequences for justice seekers (Sithole, 1997; Stewart, 2000; Tsanga, 2003; Moyo, 2018).

Two systemic barriers to access to justice are sufficient to demonstrate the inherent and unacceptable risk of unfairness in the Zimbabwe justice system. As mentioned above, when discussing the analytical framework, the factors identified and utilised herein are not confined to exceptional circumstances because they are systemic. It is, therefore, unnecessary to establish that the system would otherwise operate unlawfully in each case, or even in most cases (Armstrong; Sandell, 2011, p. 251). What should occupy our minds is whether the risk is inherent in the system, acceptable or unacceptable, and the consequences of such risks to society (Armstrong; Sandell, 2011, p. 251).

Countries that were previously colonised tend to have plural legal systems. Zimbabwe is no exception and is, therefore, a microcosm of postcolonial, plural cultural and legal countries. It follows then that access to justice means that citizens in postcolonial countries should have plural legal choices of fora for bringing or defending their claims. As a starting point, plurality of mechanisms in the formal justice system is an obvious safeguard that protects society from even low risk of harm they may experience in the current positivist framework. Failure to have effective and practical dispute resolution processes outside of litigation and general law court makes access to justice theoretical and illusory. Two points illustrate this: (i) the system is established, from the outset, with the dominance of legal positivism in the justice system (ii) the system lacks plural equality and does not reflect the social reality of Zimbabwean society. These two systemic barriers will be discussed in detail in the following subsections, which outline the exclusionary nature and pluralistic inequality within the current formal justice system.

4.1. The Legal Positivist Justice System Is Exclusionary by Design

In Zimbabwe, the dominant approach in the definition of state law is the positivist view, which is applied when ascertaining what the law says in most situations (Madhuku, 2010, p. 2). Using this narrow legal sense, justice is achieved when the population has capacity and a fast, effective way to defend or protect their meritorious claims. Emphasis is placed on fairness and balance of the outcome, that is, the right to be heard and the right to an impartial determination (Chan, 2007, p. 1). There are two premises related to the objective of the justice system. The first is the ideal of equal access and the second is the centralised monopoly of the administration of justice by the state, meant to achieve uniformity (Cornford, 2016, p. 28). These are the features that informed the colonial justice system in Rhodesia (now Zimbabwe), which is still in use. The characteristics are exogenous and are not related to Zimbabwean communities' way of life. Yet, we know that disputes are related to people's way of life (Maraire, forthcoming). The social structure of a society, therefore, determines the types and characteristics of disputes and how they are settled (Ndlovu; Ndlovu, 2012, p. 169; Maraire, forthcoming).

Furthermore, an ethnographic study conducted in Zimbabwe by Stewart (2000) revealed that many of the research participants were more concerned with social justice elements such as social and economic security, rights to health, education and access to decent housing.

This is supported by the literature which connects social rights, social justice, and access to justice (Cappelletti; Garth, 1977, p. 7; Smith, 1997, p. 9). These elements are inextricably linked and resonate with the lived realities in Zimbabwe, despite the existence of legal positivism. Still, sentiments of social rights and social justice contrast the idea of substantive law, procedural fairness and equitable results that dominate the justice discourse in scholarship and in legal practice.

Predictably, the legal system defines law, justice and access to justice in one way, while the population defines and lives it in a different manner. This is not unique to Zimbabwe. For example, state law and procedures also do not adequately reflect the moral and cultural values of the members of formerly colonised Indigenous communities in Latin America (Sieder; Flores, 2012, p. 29). Notwithstanding the commonalities, justice cannot be achieved if it does not stem from the social realities of the population it seeks to serve. Surely, citizens ought to determine what is just and unjust. As mentioned above, access to justice as an interpretive concept is derived from the normative definitions that the people using it bestow upon it. If we take this to be true and correct, a system that is designed in a manner that is contrary to people's way of life is, therefore, inherently exclusionary and unacceptably unfair. From this perspective, the design of the justice system is itself an example of the unfairness Lord Reed referred to in the UNISON case (*UNISON v Lord Chancellor*, 2017), which leads to futility.

Importantly, even though initiatives like legal aid, interpreters and small claims courts, among others, are introduced in former colonies characterised by plural legal systems, their implementation is unlikely to fundamentally alter the system (Braconnier De León, 2015, p. 26-29). This is because such initiatives fail to provide Indigenous people with "legal agency", which is the capacity to influence or manage the justice system (Brinks, 2019, p. 353). While these initiatives may offer practical support in some instances, they do not empower citizens to actively shape or manage the legal framework. This is a critical challenge facing justice systems in countries like Zimbabwe.

Moreover, focussing on addressing individual barriers to access to justice, rather than tackling the obstacles as a systemic problem, fails to equalise the conditions under which citizens can influence the legal framework or contest the outcomes, even if they manage to access the system. This is a high risk, with a high level of harm for society, as its members are forced to continue using an imposed colonial system even after attaining independence. The consequence is alienation from the system because, from an Indigenous people's perspective, the justice system is still being used as a tool for social control, and, therefore, fails the proportionality test of enabling self-help (Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020, p. 563; Helbling; Kälin; Nobirabo, 2015). Decolonising the justice system is essential to realign formal legal structures and citizens' lived experiences, thereby supporting the broader decolonial agenda aimed at dismantling colonial legacies that perpetuate marginalisation, ultimately restoring human dignity (Maraire, forthcoming).

5. Lack of Pluralistic Equality

The primary means of obtaining formal justice in Zimbabwe is through the general law court system. For that reason, there is no pluralistic equality in the justice system. An inherent and unacceptable risk of unfairness exists for people who have a colonial system imposed on them, and who subsequently see and experience it as something unfamiliar (Stewart, 2000; Sibanda, 2019). In much of Western literature and legal practice, access to justice is equivalent to access to court. This is problematic in Zimbabwe, where most disputes are resolved through traditional African dispute resolution (TADR) platforms. Resolving disputes within these platforms, for example the family, local or community court, does not have the force of law.

In addition, the Constitution provides that "every person accused of an offence has the right to a fair and public trial within a reasonable time before an independent and impartial court" (Zimbabwe, 2013, sec. 69(1)). Currently, the law limits dispute resolution to predominantly general law court through litigation. Courts are, however, institutions of law, meaning judges and magistrates are bound by the law. The net effect is that courts lack initiative, which render futile any attempt to defend or bring meritorious claims. This occurs, for example, in instances where the law at hand reflects structural injustice. The point is made clear by Ebrahim JA in a dissenting judgment in *Minister of Lands v Commercial Farmers Union*:

> During argument, the view was expressed that justice was on the applicants' side, but the law was on the respondent's side. Admittedly law and justice do not always coincide. Examples of oppressive and unjust laws can be found in many countries. But this does not mean that the courts, which are sworn to uphold the law can ever allow their personal, subjective view of what constitutes justice to override the clear provisions of the law. It is not the function of the courts to support the government of the day, or the would-be government of tomorrow. It is not their function to support the state against the individual or the individual against the state. The courts' duty is to the law and to the law alone. Judges, as individuals, have their own political, legal, and social views and opinions. But it is the sworn duty of every judge to apply the law, whatever he or she may think of the law. If a law is patently unjust, the courts can seek to better matters as far as possible, within the law, but they may never subvert the law. The remedy for an unjust law lies, not with the courts, but with the legislature *(Minister of Lands v Commercial Farmers Union 2001*, 457 (S):490F-491B).

Instead of empowering, the legal principle of *stare decisis* cripples the judiciary in some instances and contributes to the inaccessibility of justice by the population. While certainty and predictability are central to rule of law, justice that produces outcomes citizens consider normatively fair should be the goal. After all, an efficient and accessible justice system

that is predictable is only a means to an end, and the end itself is the achievement of effective access to, firstly, the system and, secondly, outcomes citizens consider fair.

In plural legal countries like Zimbabwe, the formal justice system is rooted in colonial legal positivism. This dominant legal theory emphasises the law as a set of positive rules, distinct from morality or social norms (Hart, 1961). However, this clashes with the existing normative conceptions of justice and access to justice held by many citizens (Stewart, 2000). This inherent discrepancy renders the system purposefully exclusionary. This is not a theoretical concern. We can see the real-world consequences of this disconnect in historical cases like Apartheid South Africa (Dugard, 1971), where legal positivism was implicated in the judiciary's inadequate defence of civil liberties. Comparable concerns are observable in Latin America, where numerous studies have shown that over 97 per cent dissatisfaction with the formal justice system (Braconnier De León, 2015; Brinks, 2019; Gómez, 2007). These cases illustrate how legal positivism, with its emphasis on formal rules over social context and customary practices, can perpetuate exclusion and undermine citizens' access to justice.

Moreover, legal structures rooted in a predominantly colonial tradition, incongruent with the people's way of life, are presided over by a judiciary that, despite training, continues to exhibit bias against Indigenous people (Braconnier De León, 2015, p. 46). This bias has culminated in citizens losing confidence in the system (Gómez, 2007, p. 19), ultimately avoiding it for the resolution of disputes. Matsikidze (2014) reviewed many court cases in Zimbabwe at the magistrates' court and interviewed several litigants who abandoned their cases because they felt they could not obtain justice. Zimbabwe, akin to other former colonies like Uganda, exemplifies this pattern, with a mere 5 per cent of the population opting to use the formal justice system (Tamale, 2020, p. 139), and over 80 per cent using non-state platforms, which they consider to be more socially and culturally appropriate (Sibanda, 2019, p. 53). The outcome is a predictable consequence of an intrinsically inequitable system, rendering the pursuit of rights pointless or futile.

The Zimbabwean example serves as a microcosm for other postcolonial nations grappling with similar legal pluralism challenges. A potential remedy lies in amending section 69 of the Constitution to explicitly acknowledge the pluralistic nature of Zimbabwean society and fully incorporate TADR beyond symbolic recognition (Zimbabwe, 2013, sec. 69). This is an obvious safeguard against the inherent risk of unfairness posed by the pluralistic inequality in the current system.

6. Supply-Side: Inherent and Unacceptable Risk of Unfairness

A critical, inherent and unacceptable risk of unfairness question from the supply-side of justice is concerned with the path to justice. That is, once citizens make the decision to either bring or defend a meritorious claim, can the justice system facilitate the resolution of the

dispute in a normatively acceptable manner? Several factors must be considered: such considerations include opportunity to provide verbal communication in a language one understands, access to legal representation and provision of legal aid for those who cannot afford legal and court fees (Oliveira, 2004, p. 386). The justice system must or ought to allow sufficient and meaningful representation by citizens, regardless of social status or education level. Failure by the system to provide adequate opportunity for self-representation means that there is an inherent and unacceptable risk of unfairness (Armstrong; Sandell, 2011; Adams-Prassl; Adams-Prassl, 2020). The availability and timing of oral hearings is important to access the justice system and to obtain outcomes that have the force of law, as well as meet citizens' normative conceptions of justice.

As discussed above, the concept of access to justice is inherently interpretive, evolving based on the normative understanding of justice within a particular context. It has been oftentimes presumed to be synonymous with the achievement of substantive justice, emphasising the ability to obtain a fair and just outcome (Grossman; Sarat, 1981, p. 125). The critical distinction that is often missed in existing scholarship is that access to justice primarily focuses on enhancing the chances of people obtaining substantive justice for themselves. For this to happen, people must first gain access to the justice system; then and only then can they have a chance of obtaining the justice they seek. Still, once they have accessed the justice system, the barriers, which exist in every system, should not inhere a risk that will render bringing or defending meritorious claims futile. Below, two systemic barriers are discussed—the complexity of adjectival law and the expenses associated with obtaining justice—, both of which are central to justice system design, but systematically impede citizens from accessing justice.

6.1. Rigid and Complex Procedures

General law courts tend to have highly structured and complex adversarial procedures, which are understood and utilised by highly trained lawyers and expensive expert witnesses, all of whom serve a vital function within public law litigation (Cappelletti; Garth, 1977, p. 239). Adversarial and complex procedures that are only understood by highly trained lawyers place severe limits on the accessibility of justice for rational claims made by ordinary citizens (Cappelletti; Garth, 1977, p. 239). The reason for that is that self-actors can rarely, if ever, successfully carry through a motion or defend a meritorious claim. The *Mandava v Chasweka* case (2008) illustrates the stringent rules of procedure of the Zimbabwean justice system. In her judgment, Makarau scolded both the clerk and the magistrate for allowing a mixture of procedures, that is, the action procedure and the application/motion procedure, which should be used separately (Zimbabwe, 1932; Magistrates' Court, 2021). Makarau referred the matter for trial *de novo*, with conditions that the parties should file pleadings in accordance with the rules of the lower courts.

The judge further referred the case to the Chief Magistrate to conscientise magistrates countrywide that flexibility and informality are not permissible and would not be allowed

to stand. While the plaintiff had a genuine case involving property rights, she could not obtain justice because she filed incompetent papers, which deviated from the civil procedure and magistrates' court rules (Statutory Instrument 2021-153 of the Magistrates' Court Rules [Magistrates' Court, 2021, No. 3]). Like the *Magaya v Magaya* case, which equated the status of women to that of teenage boys and deprived a female sibling of property, the judges in both cases correctly enunciated the law by deliberately ignoring the issue of whether their interpretation of the law enhanced justice or impeded it (*Magaya v Magaya*, 1999). The 2013 Constitution has since rectified the provisions that led to the *Magaya v Magaya* judgment. However, it is necessary to continue referencing the case because it illustrates the long-standing tradition of judges correctly enunciating the law at the expense of impeding justice. Taken from the *Minister of Lands v Commercial Farmers Union* dissenting judgment cited above, it is clear that a judge pays little attention to the attainment of justice if they apply the law. Moreover, the judges, and by extension the justice system, do not ask the pertinent question: have the parties achieved what they sought to obtain from engaging in the proceedings?

The current justice system in Zimbabwe ignores the principles of orality and simplicity (Oliveira, 2004), which are key to realising justice and facilitating access to justice. Futility is, therefore, in this instance, an outcome of the rigid and complex procedures—an inherent and unacceptable risk of unfairness that is at the core of the formal justice system. Needless to say, complex legal procedures are critical to legal practice. That is not, however, the question this paper is seized with, rather, it is moved by the fact that a legal framework designed in such a way deliberately excludes Indigenous people, who do not seek the same substantive notions of justice provided by the imposed formal and colonial positivist system. Formerly colonised people seek a different legal framework and justice system, one that closely reflects their normative framework (Brinks, 2019, p. 349).

7. Justice Through the Courts Is Expensive

There is no access to justice where the legal system is financially inaccessible, where citizens can afford neither the lawyers nor the fees required to execute decisions made in their favour. Justice is expensive. A NewsDay article on 30 July 2015 cited several examples which cast doubt on the state of justice in Zimbabwe (Chinhamo, 2015). One of the stories was that of a woman whose water supply was cut off by the municipality. After successfully receiving legal aid to bring a spoliation application, she did not have the water turned back on because she could not afford the US$10 court fees as well as a further US$70 Messenger of Court service fee (Chinhamo, 2015). This case makes apparent the reality that the fees charged by lawyers, by the courts, Messenger of Court and Sherriff are disproportionately burdensome for the poor.

In such circumstances, disputants find that ultimately, the justice trail ends in a piece of paper, as they cannot afford to execute the judgment. Even after spending large sums of

money, cases are typically decided not on their merits but on the brilliance of the lawyers. For many, the financial burden factor in the justice system is exemplary of futility. In a country where close to 40 per cent of the population live below the poverty line (World Bank, 2022), it is futile for many to even attempt to access the formal justice system.

The cost barrier is compounded by, for example, the opportunity cost for self-employed people, especially in the informal sector, which makes up over 89 per cent of the economy (Saungweme; Matsvai; Sakuhuni, 2014). This dilemma—choosing between pursuing a case or basic necessities like feeding one's family—exposes a critical access barrier often overlooked in broader discussions. The situation is direr for breastfeeding mothers who are self-employed, without help at home because courts are by no means baby friendly. A breastfeeding mother pursuing a case in court must find childcare because she cannot bring the child into court, highlighting the intersection of economic hardship and social realities that disproportionately affect marginalised groups.

Beyond the immediate cost barrier, the examples from Zimbabwe illuminate the inherent and unacceptable risk of unfairness within the justice system itself. The denial of a fundamental right, namely access to water (Zimbabwe, 2013, sec. 77), to a vulnerable population underscores the limitations of the formal system in protecting those most in need. This specific example demonstrates how access to justice issues are intricately linked to broader social justice concerns. Zimbabwe's situation exemplifies the chilling effect that inherent unfairness can have on access to justice. When citizens perceive (perhaps rightly so) the system as stacked against them, they are less likely to pursue even legitimate claims, further perpetuating a cycle of injustice. These implications transcend Zimbabwe and provide additional understanding of access to justice in other former colonies characterised by diverse cultural and legal systems. By shedding light on the structural barriers to accessing justice, this article has introduced a previously absent theoretical and analytical dimension to the literature on access to justice.

Conclusion

In conclusion, this analysis of Zimbabwe's justice system, a microcosm for many postcolonial nations with plural cultural and legal systems, reveals how inherent unfairness within a system rooted in a singular legal tradition systematically denies access to justice. Futility or pointlessness means that rational people who are focussed on the public good are unable to pursue or defend meritorious claims. The examples highlighted herein represent only a fraction of the barriers to accessing justice, contributing to a theoretical understanding of access to justice within the specific context of plural cultural and legal countries, formerly colonised and imposed with an alien legal framework contrary to their way of life.

From a Western perspective, access to justice revolves around two distinct but interdependent factors, substantive justice and procedural justice, as discussed by Cappellettti and

Garth (1977), Sithole (1997) and Chan (2007). Although relevant to Zimbabwe, properly addressing access to justice necessitates a third pillar: the incorporation of cultural norms. A country may boast world-class substantive and procedural justice, however, if dispute resolution fora are limited to foreign, adversarial, elitist systems that are removed from the populace, access to justice remains unattainable. Mere access to court, often equated with access to justice (Galanter, 1981; UNDP, 2015) from a colonial positivist perspective in Zimbabwe, is at best restricted and at worst non-existent for segments of society burdened with obstacles, such as childcare responsibilities or inability to afford legal representation and associated court fees, and suffers from exclusive reliance on general law devoid of cultural norms and values (Stewart, 2000).

The comprehensive analysis presented herein demonstrates the glaring disparity between the enshrined right to access to justice in Zimbabwe's Constitution and the lived experiences of many citizens. Despite the acknowledged status of access to justice as a fundamental human right, inherent limitations within the Zimbabwean justice system erect systemic barriers that effectively obstruct access for a significant portion of the population, resulting in 80 per cent of the population relying on non-state platforms for dispute resolution. These barriers encompass complexities within adjectival law, financial hurdles, the dominance of legal positivism and a failure to reflect the plural equality of Zimbabwean society.

This article significantly contributes to the field by applying the analytical framework of inherent and unacceptable risk of unfairness to the context of access to justice in plural legal systems. Previous scholarship predominantly focused on identifying individual barriers within the system, often within specific legal fields like family law (Moyo, 2018; Matsikidze, 2014; Stewart, 2000; Tsanga, 2003; Sithole, 1997). By employing a systemic lens, this article fills a theoretical gap on access to justice in Zimbabwe and other countries with plural cultural and legal systems, revealing how the design of the formal justice system itself, rooted in a singular legal tradition, engenders inherent and unacceptable risks of unfairness across all legal matters. Consequently, citizens perceive the pursuit of even legitimate claims as futile or pointless, perpetuating a cycle of legal marginalisation.

This article drew upon a diverse data set comprising case law, legal and sociological literature on access to justice and plural legal systems, as well as media reports documenting specific access to justice challenges, including firsthand observations and experiences within the Zimbabwean justice system. This multi-pronged approach facilitated a nuanced understanding of the systemic limitations contributing to the inherent and unacceptable risk of unfairness within the system. These barriers engulf the entire justice system and transcend a single field of law, like family law, which previous studies predominantly focused on when identifying challenges to access to justice.

While personal familiarity with Zimbabwe informed the initial selection, a closer examination reveals a broader significance. Similar patterns of inherent and unacceptable risk of unfairness within the justice system emerge upon reviewing case law and literature across

former colonies characterised by plural cultural and legal systems, spanning the legal, sociological, political and anthropological realms. That is to emphasise that the author is not under any illusion that these challenges to access to justice are unique to Zimbabwe. In fact, they are pervasive across many countries, as discussed throughout this article.

The choice of analysing and theorising systemic barriers to access to justice in Zimbabwe transcends mere convenience. A single-country analysis facilitates a granular examination of the specific challenges within a particular legal and socio-economic context. Zimbabwe's unique characteristics, such as its extensive informal sector and colonial legacy, provide valuable insights into how these factors intersect and shape access to justice issues. For instance, the denial of a fundamental right, such as access to water, serves as a poignant contextual example that illustrates the consequences of systemic barriers, enhancing relatability and bolstering the analytical impact of this article.

Moreover, the Zimbabwean example transcends its immediate context by serving as a microcosm for other developing nations grappling with similar challenges. The prevalence of informality, social justice concerns and systemic limitations within these nations' legal systems requires a comparative lens. By analysing Zimbabwe's landscape, this article identifies these systemic issues and lays the groundwork for further investigations into access to justice challenges within other postcolonial nations with plural legal systems. Thus, the Zimbabwean experience serves as a cautionary tale, spotlighting how inherent unfairness within the system discourages even legitimate claims, thereby perpetuating injustice.

Finally, it bears mention that it is unrealistic to expect general law courts to be simple, fast, inexpensive and staffed with active decision-makers, given the complexity of contemporary laws. The question of access to justice does not interrogate the necessity of courts and lawyers in contemporary society per se but rather explores how society can preserve general law courts while creating (by accepting plurality of disputing and settlement processes) or embedding more accessible fora for dispute and settlement within the purview of state jurisprudence. These areas merit further research, promising both theoretical insights and practical impacts on the formal justice system and legal scholarship in Zimbabwe, as well as in other former colonies characterised by plural cultural and legal systems.

REFERENCES

ADAMS-PRASSL, Abi; ADAMS-PRASSL, Jeremias. Systemic Unfairness, Access to Justice and Futility: A Framework. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 40, n. 3, p. 561-590, 2020. DOI:10.1093/ojls/gqaa017

AKIN OJELABI, Lola. *Improving Access to Justice through Alternative Dispute Resolution:* The Role of Community Legal Centres in Victoria, Australia. Research Report. La Trobe University, 2010. Available at: http://hdl.handle.net/1959.9/510832. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

ARMSTRONG, Nick; SANDELL, Adam. Unlawful Systems: The Concept of Unacceptable Risk. *Judicial Review*, [*s.l.*], v. 16, n. 3, p. 248-252, 2011.

BOGG, Alan. The Common Law Constitution at Work: R (on the Application of UNISON) v Lord Chancellor. *The Modern Law Review*, [*s.l.*], v. 81, n. 3, p. 509-526, 2018. DOI: https://doi.org/10.1111/1468-2230.12343

BRACONNIER DE LEÓN, Ana-Isabel. *Diagnóstico de situación de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial en Guatemala*: el acceso a la justicia desde una perspectiva indígena y de género. Guatemala: Asociación de Abogados y Notarios Mayas de Guatemala, 2015.

BRINKS, Daniel M. Access to What? Legal Agency and Access to Justice for Indigenous Peoples in Latin America. *The Journal of Development Studies*, [*s.l.*], v. 55, n. 3, p. 348-365, 2019. DOI:10.1080/00220388.2018.1451632

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, Buffalo, v. 27, n. 2, p. 181-292, 1977.

CHAN, Gary K.Y. The Right of Access to Justice: Judicial Discourse in Singapore and Malaysia. *Asian Journal of Comparative Law*, [*s.l.*], v. 2, n. 1, 2007. DOI: 10.2202/1932-0205.1036

CHINHAMO, Obert. Access to Justice Costly for the Poor. *NewsDay* [online], Jul. 30, 2015. Available at: https://www.newsday.co.zw/news/article/104551/access-to-justice-costly-for-the-poor. Accessed on: Nov. 4th, 2024.

COLDHAM, Simon. Customary Law and Local Courts Act, 1990 of Zimbabwe. *Journal of African Law*, [*s.l.*], v. 34, n. 2, p. 163-165, 1990. Available at: https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-african-law/article/abs/customary-law-and-local-courts-act-1990-of-zimbabwe/F1DB341382E9FE529235008A91CDD0BE. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

CORNFORD, Tom. The Meaning of Access to Justice. *In*: PALMER, Ellie; MARIQUE, Yseult; GUINCHARD, Audrey (eds.). *Access to Justice:* Beyond the Policies and Politics of Austerity. London: Bloomsbury Publishing, 2016.

DUGARD, John. The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty. *South African Law Journal*, [*s.l.*], v. 88, n. 2, p. 181-200, 1971.

FRANCIONI, Francesco. The Rights of Access to Justice under Customary International Law. *In*: FRANCONI, Francesco (ed.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, [*s.l.*], v. 13, n. 19, p. 161-162, 1981.

GALANTER, Marc. Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*, [*s.l.*], v. 9, p. 95-96, 1974.

Goldberg v John Kelly. 1970.

GÓMEZ, Jesús. *Acceso de los indígenas a la justicia oficial en Guatemala*: percepción y recomendaciones desde las/los usuarios. Guatemala: Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia, 2007.

GROSSMAN, Joel B.; SARAT, Austin. Access to Justice and the Limits of Law. *Law & Policy*, Denver, v. 3, n. 2, p. 125-140, 1981. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.1981.tb00239.x

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3rd ed. Stanford: Stanford University Press, 2012.

HAMNETT, Ian. *Chieftainship and Legitimacy*: An Anthropological Study of Executive Law in Lesotho. London: Routledge, 1975.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HELBLING, Jürg; KÄLIN, Walter; NOBIRABO, Prosper. Access to Justice, Impunity and Legal Pluralism in Kenya. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, [*s.l.*], v. 47, n. 2, p. 347-367, 2015. DOI: 10.1080/07329113.2015.1080430

KOHLHAGIN, D. *Alternative Dispute Resolution and Mediation*: The Experience of French-Speaking Countries. Presentation to the Ethiopian Arbitration and Conciliation Center, 17-18 April, 2006.

MADHUKU, Lovemore. *An Introduction to Zimbabwean Law*. Oxford: African Books Collective, 2010.

MAGISTRATES' COURT. *Statutory Instrument n. 2021-153*, Magistrates' Court Rules, 2021.

Magaya v Magaya. 1999. Case Nr. 210/98.

Mandava v Chasweka. 2008. High Court (HC).

MARAIRE, Wesley. The Pursuit of an African ADR Philosophy. *Journal of African Law*, [*s.l.*], forthcoming.

MARU, Vivek. Allies Unknown: Social Accountability and Legal Empowerment "International Assistance and Cooperation" and Health and Human Rights Obligations beyond Borders: Health and Human Rights in Practice. *Health and Human Rights*, Massachusetts, v. 12, n. 1, p. 83-94, 2010.

MATSIKIDZE, Rodgers. *The Civil Procedure in the Magistrates Court of Zimbabwe*: A Denial of Justice to Self Actors? 2014. Master's thesis – University of Zimbabwe, Harare, 2014. Available at: http://thesisbank.jhia.ac.ke/3158/. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

MERRIAM-WEBSTER. *Futility*. 2023. Available at: https://www.merriam-webster.com/dictionary/futility. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

MIKANO, Kiye. The Repugnancy and Incompatibility Tests and Customary Law in Anglophone Cameroon. *African Studies Quarterly*, Gainesville, v. 15, n. 2, p. 85-106, 2015.

Minister of Lands v Commercial Farmers Union. 2001, Case Nr. 457 (S) (2) ZLR. Supreme Court (SC).

MOYO, Admark. Standing, Access to Justice and the Rule of Law in Zimbabwe. *African Human Rights Law Journal*, Pretoria University Law Press (PULP), Pretoria, v. 18, n. 1, p. 266-292, 2018. DOI:10.17159/1996-2096/2018/v18n1a13

NCUBE, Welshman. Lawyers Against the Law? Judges and the Legal Profession in Rhodesia and Zimbabwe. *The Zimbabwe Law Review (ZLRev)*, Harare, v. 14, p. 108-126, 1997. Available at: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/6937. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

NCUBE, Welshman. Customary Law Courts Restructured Once Again: Chiefs and Headmen Regain Their Judicial Functions. *The Zimbabwe Law Review (ZLRev.)*, Harare, v. 7, p. 9-18, 1989. Available at: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/6686. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

NDLOVU, Sambulo; NDLOVU, Lindiwe. Mediation as Conflict Resolution in Traditional Ndebele Society'. *Africana*, Boston, Jul., 2012. Available at: https://africanajournal.org/mediation-as-conflict-resolution-in-traditional-ndebele-society/. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Mauro Cappelletti and The Brazilian Procedural Law. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. / UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, 2004.

PATERSON, Alan. *Lawyers and the Public Good*: Democracy in Action? Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

POWELL, Frederick. Structural Procedural Review: An Emerging Trend in Public Law. *Judicial Review*, [*s.l.*], v. 22, n. 1, p. 83-104, 2017. DOI: 10.1080/10854681.2017.1307559

R (Brooke) v Parole Board. 2008. Case Nr. 1950, [2008] 1 Weekly Law Reports (WLR).

R (E) v DPP. 2010. Case Nr. 20, [2011] 6 WLUK. High Court (HC).

R (UNISON) v Lord Chancellor. 2017. Supreme Court (SC).

R (Wright) v Secretary of State for Health. 2009. Case Nr. 739 [2009], 1 Appeal Cases (AC).

ROBERGE, Jean-François. Perspectives on Access to Justice and Dispute Prevention and Resolution: The Canadian Experience. *Dutch-Flemish Mediation and Conflict Management Journal*, [*s.l.*], v. 17, n. 2, p. 13-27, 2013.

S v Mharapara. 2017. ZWMSVHC 26. High Court (HC).

SAUNGWEME, Talknice; MATSVAI, Simeone; SAKUHUNI, Rose. Econometric Analysis of Unemployment, Output and Growth of the Informal Sector in Zimbabwe (1985-2013). *International Journal of Economics and Research*, [*s.l.*], v. 5, n. 2, p. 1-9, 2014.

SIBANDA, Samukeliso. *An Analysis of Traditional Leadership, Customary Law and Access to Justice in Zimbabwe's Constitutional Framework*. Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law Symposium. 2019.

SIEDER, Rachel; FLORES, Carlos Y. *Dos justicias*: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala. Guatemala City: F & G Editores, 2012.

SITHOLE, Ellen. *Towards a Theory and Practice of Access to Civil Justice for the Poor in Zimbabwe, Law and Dispute Resolution in a Pluralistic Society*. 1997. Thesis – University of Toronto, Ottawa, 1997. Available at: https://tspace.library.utoronto.ca/handle/1807/10962. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

SMITH, Roger. *Justice International Legal Aid Group Newsletter*. 2010. International Legal Aid Group.

SMITH, Roger. *Justice*: Redressing the Balance. 1997. Legal Action Group.

STEWART, Julie E. (ed.). *In the Shadow of the Law*: Women and Justice Delivery in Zimbabwe. [*S.l.*]: Women and Law in Southern Africa Research Trust, 2000.

TAMALE, Sylvia. *Decolonization and Afro-Feminism*. Quebec: Daraja Press, 2020.

TSANGA, Amy S. *Taking Law to the People*: Gender, Law Reform, and Community Legal Education in Zimbabwe. Harare: Weaver Press, 2003.

UNITED NATIONS (UN). General Assembly. *Resolution A/RES/67/1. 24 September 2012*. [2012]. Available at: https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F67%2F1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False. Accessed on: Aug. 27th, 2024.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Programming for Justice*: Access for All. 2015. Available at: https://www.undp.org/asia-pacific/publications/programming-justice-access-all. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

WORLD BANK. The World Bank in Zimbabwe. Oct. 2022. Available at: https://www.worldbank.org/en/country/zimbabwe/overview. Accessed on: Sep. 24th, 2024.

ZIMBABWE. *Constitution of Zimbabwe Amendment (No. 20) Act,* 2013. Harare: 2013.

ZIMBABWE. *Legal Aid Act of 1997*. [1997].

ZIMBABWE. *Arbitration Act, No. 7 of 1996*. [1996].

ZIMBABWE. *Customary Law and Local Courts Act, No. 2 of 1990*. [1990].

ZIMBABWE. *Labour Act, No. 3 of 1985*. [1985].

ZIMBABWE. *Order 26, rule 182 of the High Court Rules*. 1971.

ZIMBABWE. *Magistrates Court Act, No. 1 of 1931*. [1932].

Wesley Maraire

Research Project Manager & Communications Lead, University of Bergen (Global Research Programme on Inequality, Habitable Air: Urban Inequality in the Time of Climate Change), Bergen.

wesley.maraire@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 24.10.2023
Aprovado: 28.05.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202434

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.
Lívia Gonçalves Buzolin e Siri Gloppen (*Editoras convidadas*)

1 Tilburg University, Public Law and Governance, Tilburg, North Brabant, Netherlands

2 Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Germany
https://orcid.org/0009-0005-1457-5301

Climate Change and Inequality: Pushing the Boundaries of Judicialization

CAMBIO CLIMÁTICO Y DESIGUALDAD: AMPLIANDO LOS LÍMITES DE LA JUDICIALIZACIÓN

MUDANÇA CLIMÁTICA E DESIGUALDADE: EXPANDINDO OS LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO

Thalia Viveros Uehara[1,2]

Abstract
The increasing reliance on social rights in Latin America's climate litigation is often seen as reflecting the interplay between the climate crisis and the region's socioeconomic challenges. In light of this pressing convergence, this paper examines whether and how the intended outcomes of such litigation actually address the complex realities of the most vulnerable. Taking a nuanced understanding of the climate vulnerabilities exacerbated by Latin America's steep inequalities, the paper challenges the prevailing assumption that ensuring a healthy and safe climate is *de facto* and *sufficiently* beneficial for populations living in poverty and social exclusion. More specifically, it explores the potential of constitutional remedies, predominant in the region's climate litigation, to comprehensively redress the socio-ecological challenges faced by such groups, who disproportionately bear the brunt of climate change. Using Ecuador and Mexico as comparative case studies, the paper provides an overview of the legal opportunities and constraints of the remedial architecture within each country's constitutional protection mechanisms in realizing this vision. The analysis calls for a reimagined approach to constitutionalizing—and thus litigating—the climate crisis. It proposes adding a multidimensional perspective to the collective scope of remedies in line with the specific human rights duties to be addressed—be it the duty to respect, protect, and fulfill. Through this exploration, the paper suggests broadening current legal frameworks.

Keywords
Climate litigation; constitutional justice; inequality; integral reparations; Latin America; social rights.

Resumen
El creciente énfasis en los derechos sociales en los litigios climáticos de América Latina suele ser visto como un reflejo de la interacción entre la crisis climática y los desafíos socioeconómicos de la región. Ante esta convergencia apremiante, este artículo examina si y cómo las sentencias de dichos litigios abarcan las complejas realidades de los sectores más vulnerables. Adoptando una comprensión matizada de las vulnerabilidades climáticas sintomáticas de las pronunciadas desigualdades de América Latina, el análisis cuestiona la suposición predominante de que garantizar un clima saludable y seguro es de facto *y* suficientemente *beneficioso para las poblaciones que experimentan pobreza y exclusión social. Más específicamente, este artículo explora el potencial de los remedios constitucionales, predominantes en los litigios climáticos de la región, para abordar de manera integral los desafíos socio-ecológicos que dichos grupos enfrentan, en quienes recaen desproporcionadamente las consecuencias del cambio climático. Utilizando a Ecuador y México como estudios de caso comparativos, el trabajo ofrece una visión general de las oportunidades y restricciones legales de la arquitectura remedial de los mecanismos de protección constitucional de cada país para concretar esta visión. El análisis aboga por un enfoque re-imaginado de la constitucionalización –y, por ende, del litigio– de la crisis climática. Propone añadir una perspectiva multidimensional sobre el alcance colectivo de los reme-*

Como citar este artigo
VIVEROS-UEHARA, Thalia. Climate Change and Inequality: Pushing the Boundaries of Judicialization. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2434, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202434

dios en consonancia con las obligaciones específicas de derechos humanos en juego –ya sea el deber de respetar, proteger y cumplir. A través de esta exploración, el trabajo aspira a ampliar los horizontes legales en curso.

Palabras clave
Litigio climático; justicia constitucional; desigualdad; reparaciones integrales; América Latina; derechos sociales.

Resumo
A crescente ênfase nos direitos sociais na litigância climática da América Latina é frequentemente vista como um reflexo da interação entre a crise climática e os desafios socioeconômicos da região. Diante dessa convergência urgente, este artigo examina se e como os resultados pretendidos dessa litigância realmente abordam as realidades complexas dos mais vulneráveis. Adotando uma compreensão matizada das vulnerabilidades climáticas exacerbadas pelas acentuadas desigualdades da América Latina, é questionada a suposição predominante de que garantir um clima saudável e seguro é de facto *e* suficientemente *benéfico para as populações que vivem em pobreza e exclusão social. Mais especificamente, este artigo explora o potencial dos remédios constitucionais, predominantes na litigância climática da região, para enfrentar de maneira integral os desafios socioecológicos enfrentados por tais grupos, que suportam de modo desproporcional as consequências das mudanças climáticas. Utilizando o Equador e o México como estudos de caso comparativos, o artigo oferece uma visão geral das oportunidades e das restrições legais da arquitetura de remediação dentro dos mecanismos de proteção constitucional de cada país na realização dessa visão. A análise defende uma abordagem reimaginada para a constitucionalização – e, consequentemente, litigação – da crise climática. Propõe-se adicionar uma perspectiva multidimensional sobre o alcance coletivo dos remédios em consonância com os deveres específicos dos direitos humanos que estão sendo abordados – seja o dever de respeitar, de proteger e de cumprir. Por meio dessa exploração, o artigo visa ampliar os horizontes legais em curso.*

Palavras-chave
Litigância climática; justiça constitucional; desigualdade; reparações integrais; América Latina; direitos sociais.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

The climate crisis affects us all. The eight billion individuals inhabiting our planet are susceptible to its myriad consequences; however, about half of them face heightened climate vulnerability due to poverty and social exclusion—with nearly 30% living in Latin America (Gonzalez, 2021; World Bank, 2023). These segments of the population, in addition to being exposed to climate change-related hazards, also lack the resources, services and infrastructure necessary to withstand sudden meteorological events, such as heatwaves or floods, as well as slow-onset impacts, like rising food prices or emerging diseases (Castellanos *et al.*, 2022; Magrin *et al.*, 2014; Moser *et al.*, 2010).

The warming of our planet and the vast disparity in resource distribution that currently separates the haves from the have-nots are deeply intertwined (UN General Assembly, 2022). The interplay of these two elements embodies complex socio-ecological challenges visible both globally and nationally. From a global perspective, Latin America is considered the most unequal region in the world (Gasparini; Cruces, 2021, p. 13). Though accounting for only 8.3% of global emissions, it is particularly vulnerable to the impacts of climate change, especially the 33.7% of its population living in poverty (Bárcena *et al.*, 2020, p. 47; Socioeconomic [...], [*n.d.*]). These differentiated global climate vulnerabilities become even clearer at the local level within Latin America's 33 constituent countries (Castellanos *et al.*, 2022; Magrin *et al.*, 2014). The richest households contribute more carbon emissions than those in the lowest deciles, accounting for over a quarter of the total national fuel expenditures (Bárcena *et al.*, 2020, p. 60; Bruckner *et al.*, 2022). However, those in the lowest deciles are hit the hardest by climate change. They are more vulnerable, for example, to natural disasters because they lack a cushion of assets or savings and do not have access to credit or insurance to cope with such catastrophic events (Bárcena *et al.*, 2020, p. 95; Moser *et al.*, 2010).

Against this backdrop of pronounced vulnerability differentials, Latin American countries have witnessed a surge in climate litigation. Following the 2015 adoption of the Paris Agreement, climate litigation in this region has emerged in response to the perceived failures of the

1 The author is deeply grateful for the invaluable guidance of Siri Gloppen and Lívia Gonçalves Buzolin. She acknowledges the support from LawTransform (the CMI-UiB Centre on Law & Social Transformation in Bergen, Norway) and the Research Council of Norway (project # 322644). This article is also made possible by the TransLitigate project (ERC-2021-STG 101039648), funded by the European Union. Views and opinions expressed are, however, those of the author only and do not necessarily reflect those of the European Union or European Research Council. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for the views expressed here.

Executive and Legislative branches to address the causes and effects of the climate crisis through policy and legislation (Auz, 2022a; Rodríguez-Garavito, 2020a). This has generated significant hope and momentum among civil society groups seeking climate action (Auz, 2022a). Two aspects of this litigation wave are particularly notable in the regional context. Firstly, many commentators have highlighted the distinctive use of human rights within these lawsuits, emphasizing their connection with the region's ongoing social challenges (Gloppen; Vallejo, 2013; Setzer; Vanhala, 2019; Setzer; Benjamin, 2020). Specifically, these lawsuits primarily anchor on the right to a healthy environment and other social rights, such as the right to health (Auz, 2022b; Rodríguez-Garavito, 2020b; Savaresi; Auz, 2019; Setzer; Benjamin, 2020; Viveros-Uehara, 2022; 2023a). Secondly, there is a noticeable reliance in these lawsuits on constitutional protection mechanisms, which are remedies typically provided by most constitutions, offering expedient and accessible legal avenues (Viveros-Uehara, forthcoming).

Notwithstanding the high expectations accompanying the recent surge in climate litigation, the novelty behind this surge also means that there has been limited scholarly focus on assessing whether and how this judicial phenomenon addresses the complex realities faced by the most vulnerable (Setzer; Vanhala, 2019). The global implications of climate change, along with the international political agenda's heightened visibility of reducing greenhouse gas emissions to prevent further global warming (climate mitigation), articulate with the region's localized social challenges in the context of litigation (Gloppen; Vallejo, 2013; Setzer; Vanhala, 2019; Setzer; Benjamin, 2020). Yet, an incomplete understanding of the relationship between climate change and inequality might led many to wonder: *how could ensuring a healthy and safe climate be anything but beneficial for populations living in poverty and social exclusion*? This question, often taken for granted, is challenged by the present paper. Using a nuanced perspective on climate vulnerabilities as a foundational basis, the paper draws a link between the *intended* outcomes of climate litigation *as indicated by the written judgments* and the realities faced by those at the lowest rungs of the inequality ladder. As such, this paper does not seek to ascertain the impacts of judicial enforcement of social rights on either claimants or society at large. Such an endeavor to scrutinize the direct or indirect effects of rulings would necessitate evaluating their compliance (Gloppen, 2008, p. 26; Rodríguez-Garavito, 2011, p. 1679). Rather, the focus of this paper's analysis is to determine whether the *expected* outcomes, as per the explicit content of court decisions, comprehensively addresses the socio-ecological complexities that exacerbate individuals' vulnerability to climate change—an anticipatory approach that is not uncommon in the climate litigation literature (Batros; Khan, 2022; Wewerinke-Singh, 2018; 2019).

Although the paper may seem limited to written judgments, it avoids being confined to legal formalism. On the contrary, it explores the interplay between the architecture of constitutional remedies and judgments, positioning this exploration as a necessary preliminary

step in the multifaceted process of converting judicial rulings into tangible actions. The study specifically examines the legal architecture of constitutional remedies, which represents the starting point from which judges conceive the possible extent of redress available to claimants (Brinks; Gauri, 2014, p. 379; Landau; Dixon, 2019, p. 111). Scholarship on Latin American courts, rooted in the tradition of legal realism, has consistently highlighted the importance of remedial structure as one of several determinants for arguments of claimants and deliberations of judges (Botero; Brinks; Gonzalez-Ocantos, 2022; Brinks; Blass, 2018; Gauri; Brinks, 2008; Gloppen *et al.*, 2010). For this stream of literature, the structure of remedies lays a groundwork that enables the transition from what the late legal scholar Roscoe Pound famously termed "law in the books" to "law in action" (Pound, 1910). That said, this paper does not simplistically assume that judgments are complied with exactly as written. Rather, it adopts the premise that the manner in which judgments are crafted is primarily facilitated by the structure of constitutional remedies, which forms the cornerstone for mandating specific legal obligations and, thereby, ensuring their implementation.

This study employs climate lawsuits in Ecuador and Mexico as case studies in which social rights have been articulated with climate change-related concerns.[2] The countries belong to a group of seven Latin American nations experiencing an increase in climate change litigation since 2015. These lawsuits typically focus on reducing greenhouse gas emissions that contribute to climate change or mitigating risks intensified by it (Auz, 2022b; Rodríguez-Garavito, 2020a). By October 2023, Ecuadorian courts had presided over two such cases, while Mexico had seen 27. Notably, all cases in Ecuador and 26 in Mexico were brought using constitutional protection mechanisms: the *acción de protección* in Ecuador and the *amparo* in Mexico (Aida, 2023; Sabin Center, 2023a). The prominence of such mechanisms in these countries' climate litigation is not casual, but symptomatic of the New Latin American Constitutionalism (NLAC) paradigm, a hallmark of both nations' legal systems.

The comparative inquiry of using both countries sheds light on the similarities and variances in their legal frameworks (Andreassen, 2017, p. 244). While Ecuador and Mexico are influenced by NLAC and grapple with significant population inequalities, there are notable differences in their legal approaches. Ecuador's *acción de protección* offers a wider scope for legal recourse, enabling comprehensive reparations for social rights violations. Conversely, Mexico's *amparo*, while significant, provides more constrained opportunities for redress. This contrast creates a rich comparative space, reflecting each system's strengths and weaknesses,

2 As a methodological note, this analysis is derived from the author's doctoral research on the right to health, drawing upon case records and interviews generously provided by actors directly involved in the selected cases during 2022 and 2023 (Viveros-Uehara, 2023b).

and illuminates the potentials and boundaries of their remedial architectures in addressing the socio-ecological challenges that contribute to vulnerability disparities. The findings suggest that a comprehensive remedial design could be developed by embedding a multidimensional perspective into collective remedies, significantly facilitated by integral reparations.

The paper is structured as follows: Section 1 casts a socio-ecological lens on vulnerability within the context of the region's climate litigation, situating this scholarly enquiry within the epistemic grounds provided by the socio-legal literature on Latin American courts and the judicial enforcement of social rights. Sections 2 and 3 delve into the cases of Ecuador and Mexico, spotlighting their climate lawsuits and the architecture of their distinct constitutional protection mechanisms. Section 4 provides a reflection on the potential and constraints of confronting the climate change-inequality nexus using judicial means. Lastly, Section 5 offers some concluding remarks.

1. Connecting the Dots: Inequality, Vulnerabilities and Climate Litigation

The anthropogenic increase in the global temperature is closely tied to the unequal distribution of resources so characteristic of our era (UN General Assembly, 2022). A primary indication of how the climate crisis intertwines with inequality is the pronounced vulnerability disparities observed across populations (Gonzalez, 2021, p. 79; UN General Assembly, 2022, par. 47). As climate vulnerabilities are determined not only by the exposure to climate change, but also by the resources and infrastructure available to prepare for and weather such impacts, the unequal distribution of these latter assets due to discrimination and exclusion makes some populations more vulnerable than others (UN General Assembly, 2022, par. 47). Specifically, people living in multidimensional poverty, characterized by low income and limited access to essential services, are more susceptible than those in higher deciles. For instance, urban dwellers living in risk-prone areas or in homes constructed of weaker materials are less likely to withstand a typhoon unscathed compared to those who have the means to construct cement-based homes (Moser *et al.*, 2010). Thus, addressing this heightened vulnerability requires a twofold approach. Firstly, it involves our relationship with the natural environment, specifically through the ecological measure of halting the harmful emission of greenhouse gases to mitigate future temperature rises. Secondly, and equally importantly, it must ensure the availability and accessibility of social resources and infrastructure, essential for both prevention and adaptation, to everyone.

Since 2015, Latin America has seen a significant increase in pro-climate cases where the human rights framework plays a pivotal role (Auz, 2022b). Notably, constitutional remedies have been widely used in tandem with social rights arguments, including that of the right to health. This right has been strategically invoked in nearly half of these lawsuits to gain standing and emphasize contextual social challenges, such as that of equitable access to quality healthcare (Viveros-Uehara, 2022; 2023a). A prime example, which drew significant

media attention, is the case of *Future Generations v. Ministry of Environment and Others* case (25 Voces [...], 2018). Filed in 2018 by a group of children and youth before the District Court of Bogotá, this *tutela* (Colombia's hallmark constitutional remedy) targeted various Colombian government ministries, states, and local authorities for their failure to protect the Amazon (Sabin Center, 2023b).

The potential of the human rights framework to address the region's social challenges is not limited to the recent surge in climate litigation. In the 1980s and 1990s, many Latin American countries reformed their constitutions to include social rights provisions and constitutional protection mechanisms. They bestowed constitutional rank upon human rights treaties by incorporating them into a "constitutional block," thereby enshrining the framework of duties to protect, respect and fulfill that stem from the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Góngora-Mera, 2017, p. 238). These constitutional reforms were driven by the hope that courts could counteract the entrenched exclusion of certain groups to the lowest tiers of inequality, a situation the standard political systems seemed incapable of addressing (Couso, 2006; 2022; Von Bogdandy, 2017). As a result of such constitutional transformation—the aforementioned NLAC—there was a marked increase in the constitutional adjudication of social rights. Various civil society groups and NGOs mobilized to combat exclusion (Couso, 2006; 2022; Von Bogdandy, 2017). Given this socio-legal backdrop, it is thus unsurprising that the region has become a hotspot for a significant number of human rights-based climate cases, ranking second only to North America and Europe (Setzer; Higham, 2021, p. 32).

The longstanding trajectory of judicial enforcement of social rights in Latin America has been a fertile area for scholarly research. This field has generated a substantial body of work—contrasting sharply with the relatively limited research on climate litigation—which has distinctively moved away from legal formalism. Scholarship on Latin American courts particularly provides multifaceted accounts of how judiciaries have become symbols of the transformative potential of constitutional law across the countries of the region, translating the written constitutional aspirations into broader cultural and societal changes (Botero; Brinks; Gonzalez-Ocantos, 2022; Brinks; Blass, 2018; Gauri; Brinks, 2008; Gloppen *et al.*, 2010). Early seminal works, such as those by Siri Gloppen, Bruce M. Wilson, Roberto Gargarella and others in 2010, provided a conceptual framework for studying the exercise of judicial accountability, emphasizing the courts' socio-political and legal contexts as key factors beyond the mere analysis of judgments in setting the law into action (Gloppen *et al.*, 2010, p. 11).

Cognizant of such contextual factors, particularly Latin America's pronounced inequalities, scholarship on this region's courts has further examined the effects of judicial enforcement of social rights on inequality (Brinks; Gauri, 2014). Within this academic realm, perspectives differ: some scholars contend that litigation of social rights has ameliorated the living conditions of marginalized groups, whereas others assert that it has exacerbated poverty

(Bergallo, 2011; Gargarella *et al.*, 2006; Rodríguez-Garavito, 2011; Parra-Vera, 2016; Yamin; Parra-Vera; Gianella, 2011; Yamin, 2022; Silva; Terrazas, 2011; Yamin; Gloppen, 2011). However, this paper does not evaluate the compliance with judgments, nor their broader societal effects (Gloppen, 2008, p. 26; Rodríguez-Garavito, 2011, p. 1679). Instead, this paper steps back to examine whether the remedial structures within constitutional protection actions permit the redressing of the intertwined ecological and social dimensions of climate vulnerability. This emphasis on remedial architecture is consistent with a widely recognized view in the scholarship concerning Latin American courts, which regards such normative structure as a pivotal factor influencing judicial intervention outcomes (Brinks; Gauri, 2014, p. 379; Gloppen, 2008, p. 26; Landau; Dixon, 2019, p. 111). It is important to note that, according to this body of literature, while the architecture of constitutional protection mechanisms is not *the* sole determinant, it is by no means secondary (Gloppen *et al.*, 2010, p. 30). Bearing this in mind, this analysis avoids asserting that any particular architecture of remedies will always result in specific outcomes—as there are several other important socio-political factors mediating that relationship. Rather, it aims to investigate a spectrum of remedial options that might or might not immediately arise from the *status quo* architecture of protection mechanisms.

In assessing the implications of the legal architecture of remedies on inequality, social rights litigation scholarship tends to adopt the measurement of collective redress as a positive indicator of reducing inequality. Put differently, lawsuits that result in remedies extending beyond a solely individual scope, benefitting not only claimants but also non-claimants, are perceived as more likely to circumvent the "anti-poor" bias of courts and, thereby, promote equality (Brinks; Gauri, 2014, p. 379). The collective effects of lawsuits are typically observed in cases involving public goods, such as the climate and some environmental components, which pertain to the state's duties to *respect* and *protect* rights. For instance, litigation that seeks to compel government enterprises to restrain from or to implement measures that prevent private projects from releasing pollution particles into the air is considered to automatically benefit everyone's health. After all, if restraining from (duty to respect) or ceasing (duty to protect) activities that induce climate change produce collective benefits, many wonder: *how could ensuring a healthy and safe climate be anything other than beneficial for populations living in poverty and social exclusion?* However, when considering the social context underlying vulnerability disparities, as previously detailed, the collective scope alone seems insufficient to fully grasp the complexities inherent to the climate change-inequality nexus.

As this paper will further illustrate using the cases of Ecuador and Mexico, by solely focusing on the ecological dimension of climate vulnerability (mitigating carbon dioxide emissions), climate litigation may neither *de facto* nor *sufficiently* yield optimal outcomes for groups experiencing poverty and social exclusion. In essence, what is collectively beneficial does not necessarily bridge vulnerability disparities. In addressing climate change-related vulnerabilities in the Ecuadorian and Mexican contexts, the issue increasingly involves not

only the protection of public goods, but also, *concurrently* and *complementarily*, the provision of either individual or collective goods. These include the recognition of property rights or access to medicines, which fall under the state's duty to *fulfill*. Consequently, the paper proposes incorporating a multidimensional lens into the "collective" scope of remedies, which emphasizes the significance of both ecological and social dimensions, namely, a safe environment and climate, as well as access to life-sustaining resources and infrastructure. Considering that the provision of such remedial possibilities depends, among other relevant factors, on the architecture of remedial measures (Brinks; Gauri, 2014, p. 379), the paper explores how this multidimensionality can be facilitated. The comparative inquiry that follows will illustrate the potential of integral reparations toward achieving this aim. In other words, if constitutional protection mechanisms permit integral reparations, such provisions bring litigation closer to achieving robust remedies that align with the specific human rights duties being addressed, whether they concern protection, respect or fulfillment (Muñoz Acevedo, 2023, p. 382; Tushnet, 2008).

2. Ecuador: The Untapped Potential of Integral Reparations

Despite constituting a mere 0.1% of global annual carbon dioxide emissions (Worldometer, [*n.d.*]), the present and projected impacts of climate change on Ecuador are significant (Castellanos *et al.*, 2022; Magrin *et al.*, 2014). Due to alterations in temperature, predominantly induced by the El Niño Southern Oscillation (ENSO), Ecuadorians currently face an increased vulnerability to disease outbreaks. The emergence of malaria and the proliferation of cholera bacteria are predominantly affecting coastal regions (Magrin *et al.*, 2014, p. 1535). Furthermore, a projected 1.5°C temperature increase is expected to result in a threefold surge in hydrological hazards across the nation, such as floods and landslides, thereby jeopardizing human lives and infrastructure (Castellanos *et al.*, 2022, p. 1693).

At the same time, over the past decade, Ecuador has experienced a surge in inequality, leading to reduced life expectancy, income indicators and access to vital resources—such as education and healthcare—which has mostly impacted the 33% of the country's population that resides in multidimensional poverty (UNDP, 2022; World Bank, [*n.d.*]). While this segment contributes to just one-tenth of global carbon emissions (Bruckner *et al.*, 2022), they bear the most significant risk from climate change due to their limited resources to manage its effects. For instance, in the context of healthcare access, a conspicuous geographical pattern has been identified within the country, which strongly correlates with unequal distribution of essential social infrastructure and the presence of marginalized populations. This tendency is especially prominent in the Amazon, central Andean highlands and the north-central coastal regions of the country, which are primarily inhabited by Indigenous and ethnic groups that have historically faced discrimination (Peralta *et al.*, 2019, p. 10).

Ecuador's well-documented inequalities are not unknown to the country's constitutional system, which adopted a new constitution in 2008 with the express purpose of advancing the realization of social rights, especially for its most marginalized populations (Salazar, 2022, p. 179). In line with the broader NLAC, the Ecuadorian constitution affords international human rights law a prominent place within its framework, introducing several mechanisms for guaranteeing rights (López-Zambrano, 2018, p. 158). One of the most innovative mechanisms is the *acción de protección* (protection action), enshrined in Article 88, which serves to safeguard fundamental rights through an accessible, expeditious and efficient process.

Crucially, the protection action ensures integral reparations in line with Article 86, paragraph 3 of the nation's Constitution. Every judicial authority—from local first-instance judges to provincial appellate courts and the Constitutional Court—is inherently empowered to preside over such actions (Salazar, 2022, p. 199). Hence, they possess the mandate to order comprehensive, tangible and intangible reparations (Aguirre Castro; Alarcón Peña, 2018). Leveraging this unique remedial framework, domestic courts have rendered rulings with profound ramifications for social rights protection, notably in addressing violations within impoverished scenarios (Maniglio; Casado Gutiérrez; Chávez Vallejo, 2020, p. 153). For instance, in judgment No. 074-16-SIS-CC concerning the non-adherence to *acción de protección* No. 139-2010, a representative for a group of children sought the defense of their health rights due to a rare disease diagnosis. Here, the Constitutional Court, acknowledging the infringement of the claimants' rights, directed the provision of health services, medical treatment and medication distribution as comprehensive reparative actions (Aguirre Castro; Alarcón Peña, 2018, p. 138).

In Ecuador, the *acción de protección* is a significant tool in the realm of climate litigation. Claimants in the two cases presented to Ecuadorian courts by 2023 have utilized this instrument (Aida, 2023; Sabin Center, 2023a). These cases targeted various governmental entities over the climate change-inducing and environmentally harmful effects tied to the extractive and fossil fuel sectors. Among the two prevailing suits (one of which was dismissed), the *Herrera Carrion and others v. Ministry of the Environment* case is remarkable for its emphasis on social rights, underscoring the nexus between climate change and inequality.

In February 2020, a group of girls brought forth a protection action against the Ministries of Energy and Environment and the Attorney General's Office at the Cantonal Court of Lago Agrio. They contested the approval of gas flaring in the vicinity of their homes. Grounding their argument on the right to a healthy environment, water and other social rights, such as the right to health and food, they asserted that such operations considerably intensified climate change and negatively affected public well-being (Herrera Carrion and others v. Ministry of the Environment, 2021, par. 6.1). Though their claims were initially rejected by the primary court in 2021, the Sucumbíos Provincial Court of Justice eventually provided the petitioners with comprehensive redress for the violation of their rights.

The progression of this case distinctly illustrates how arguments grounded on social rights in claimants' pleas reflect the complex interrelation between climate change and inequality. Gas flares, which the young challengers are opposed to, not only intensify global warming, affecting everyone, but also pose a higher risk to inhabitants of nearby areas. The young petitioners highlighted their heightened vulnerability to the cumulative effects of climate change and direct contamination from such extractive endeavors as a result of their socioeconomic status and young age. Testimony from the Ecuadorian Anthropologists' Collective during the trial further corroborated this claim (Herrera Carrion and others v. Ministry of the Environment, 2021, par. 6.3.3):

> We see that the flare stacks affect the rights of children and adolescents [...]The venting and burning of gas do not take into account the polluting repercussions of both practices, which impact six indigenous nationalities and more than 30,000 settler individuals. These activities stand in stark contrast to the high poverty rates in the area. Sucumbíos and Orellana are the poorest provinces in the country, despite being the source of the nation's greatest wealth [...] Furthermore, there is limited investment in healthcare, with only two hospitals, both of which lack oncology specialists. When people have cancer and go to the doctor, they are immediately referred to Quito [...] In addition to cancer, there are other associated diseases related to respiratory issues, skin problems, and a range of issues affecting children and adolescents [who] cannot receive treatment in the area and generally have to travel to Quito, especially for oncological cases, incurring significant expenses.

Relevant to this analysis is the claimants' assertion that their right to health had been violated due to the government's inability to both *protect* and *fulfill* this right—omissions that heightened their vulnerability on both ecological and social dimensions. They contended that these violations emerged not only from the harmful effects of pollutants released by gas flaring, operated by a private entity (the ecological dimension), which the responsible Ministries did not prevent from occurring through proper regulation, but also from the state's failure to enact positive measures in the social landscape, underscoring existing inequalities. Such initiatives would encompass providing essential health services to address ongoing health problems exacerbated by these climate change-inducing activities. The claimants highlighted the disparity in their access to quality healthcare, compared to urban centers like Quito.

The Sucumbíos Provincial Court of Justice determined that the Ecuadorian state had infringed upon the claimants' rights to a healthy environment and overall health. As a result, it directed the government to enforce six remedial actions, with four pertaining to the duty to protect in relation to the ecological aspect of vulnerability and only one addressing the obligation to fulfill concerning the claimants' differentiated social circumstances (Herrera

Carrion and others v. Ministry of the Environment, 2021, par. 9.9). In terms of the duty to protect, the court ordered the defendants to progressively eradicate gas flaring and to curtail the issuance of new permits. Pertaining to the duty to adopt positive measures, the court mandated the Ministry of Health to lead research and undertake a health study to gauge the degree of impact of hydrocarbon activities on populations residing in proximate areas. If this study identifies a significant number of affected individuals, it decrees the establishment of a clinical oncology unit.

At first glance, the Provincial Court's verdict in favor of the claimants might depict this case as a successful one, bearing collective benefits that seemingly position it as favorable to, or abstract it from, the question of inequality. By mitigating global temperature rise through halting climate change-inducing gas flaring, the Court's directives appear to benefit both the claimants and the broader non-claimant population, collectively. This could lead some to quickly dismiss any chance of the case amplifying vulnerability differentials. However, does this "collective" measuring stick consider the disproportionate vulnerability that the claimants and the local community face due to entrenched poverty and exclusion? A nuanced assessment through the socio-ecological vulnerability lens reveals that the collective is neither *de facto* nor *sufficiently* in favor of those who lack essential resources and infrastructure.

Even though the Provincial Court recognized the state's infringement on social rights, it primarily mandated actions related to the duties to protect. The obligation to fulfill, crucial for addressing deprivations stemming from poverty, was not comprehensively addressed. The Court directed the state to take positive steps to ascertain the health ramifications of gas flaring. If these consequences were found to be significant, the state would then oversee the establishment of an oncology unit in the affected area. However, these redress measures were contingent upon a "significant" number of cancer diagnoses, effectively overlooking the state's immediate obligation to ensure non-discriminatory provision of essential healthcare services. Such services would tackle other respiratory and skin conditions, notably affecting younger demographics, in alignment with international human rights law.[3]

From this perspective, the authority that the Ecuadorian constitution bestows upon domestic courts—allowing them to prescribe comprehensive, tangible and intangible reparations as articulated in Article 86—is not being fully utilized to mitigate local inequality patterns that exacerbate the claimants' vulnerability to climate change. Unlike judgments on

3 Particularly, claimants referred to Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and Article 10 of the San Salvador Protocol, in which the right to health is enshrined (Herrera Carrion and others v. Ministry of the Environment, 2021, par. 6.1.7). Ecuador ratified both of these international instruments in 1969 and 1993, respectively.

social rights unrelated to climate change, which have dictated reparations in relation to the state's duty to fulfill essential services for broad population segments (Aguirre Castro; Alarcón Peña, 2018; Maniglio; Casado Gutiérrez; Chávez Vallejo, 2020), such reparations in climate litigation remain largely uncharted territory.

3. Mexico: Pushing the Boundaries of Social Rights Adjudication

Mexico accounts for 1.23% of the world's annual carbon dioxide emissions, ranking it among the top 15 global emitters and the second in Latin America, with Brazil in the lead (Worldometer, [*n.d.*]). However, a significant disparity exists in the carbon footprint among the Mexican population. Approximately 43.9% of them (55 million people), primarily Indigenous groups, live in poverty, facing greater challenges in accessing quality education, healthcare and adequate housing than the national average (Coneval, 2020). This segment represents a portion of the global populace which, in total, contributes to only about 16% of global emissions (Bruckner *et al.*, 2022). Yet, their precarious social conditions heighten their vulnerability to the impacts of climate change.

Socioeconomic inequalities among the Mexican population have been linked to the distribution of vector-borne diseases such as dengue and chikungunya. Climate change exacerbates the prevalence of these diseases, causing poorer and less-educated individuals to face twice the risk of infection (Hickle *et al.*, 2022, p. 1969; Parry *et al.*, 2019, p. 6). Moreover, impoverished urban regions, unlike their wealthier counterparts, often suffer from a lack of public services and are typically situated in flood-prone areas. Limited mobility and information access in these areas further hinder effective responses to climatic extremes (Hickle *et al.*, 2022, p. 1953; Romero-Lankao *et al.*, 2014, p. 232).

The vulnerability differentials evident in the Mexican population have their roots in persistent inequality patterns dating back to 1917, when the nation's Constitution was put into effect. This charter—Mexico's fifth and its prevailing legal compass—sought to redress economic marginalization and severe land monopolization by initiating redistribution and establishing social rights in the aftermath of the Mexican Revolution (1910-1917) (Pou Giménez, 2022, p. 204). In line with the NLAC, the Constitution has experienced gradual amendments since the late 1990s, integrating a range of rights associated with indigenous communities, third-generation rights and environmental issues (Pou Giménez, 2022, p. 207). Notably, Mexico's 2011 human rights reform introduced transformative shifts in the realms of constitutional interpretation and safeguarding.[4] It granted ratified human rights treaties

4 Reference to the 2011 human rights reform encompasses two constitutional amendments published in the *Official Journal of the Federation* on June 6 and June 11, 2011, respectively.

an interpretative stature on par with rights delineated in the Constitution. Furthermore, it reformed the writ of *amparo*—a constitutional defense mechanism encapsulated in Articles 103 and 107. This mechanism empowers citizens to lodge grievances with federal judges when they believe public authorities have infringed upon their constitutional rights.

While the 2011 reform was intended to relax the *amparo*'s standing rules and simplify other procedural requirements, the legal architecture of this mechanism remains restrictive and intricate. As a result, it does not yet serve as an "effective mechanism" for rights protection (Lara Chagoyán, 2020, p. 65; Pou Giménez, 2022, p. 223). Various commentators point out that this complexity is a primary obstacle to providing comprehensive remedies during the adjudication of social rights—position that contrasts with more progressive regional counterparts like Colombia and Ecuador (Acuña, 2019, p. 45; Brinks; Blass, 2018, p. 36; Torres Domínguez, 2022).

Nevertheless, in the realm of Mexico's climate litigation, the *amparo* has gained prominence. It has been used in 26 out of 27 cases filed through October 2023 (Aida, 2023; Sabin Center, 2023a). Out of the ten cases adjudicated so far, seven have resulted in favorable outcomes for the claimants. In the majority of these cases (four of which have publicly accessible records), both litigants and courts underscored the right to a healthy environment and social rights, especially the right to health. However, even with the emphasis on social rights, these cases predominantly address the ecological aspects of vulnerability without delving into the inherent inequalities of the climate crisis. Instead, they challenge regulatory oversights in energy production. For example, in the *Greenpeace Mexico v. Ministry of Energy* case, analyzed by Viveros-Uehara (2023a), the international environmental NGO contested two policies in the electricity sector that could hinder the development of renewable energy sources. Greenpeace Mexico argued that diminishing the use of renewable energy would increase polluting emissions, adversely affecting public health, and thus infringing on the right to health. The argument underscored the state's duties to respect and protect such a right but overlooked its obligation to fulfill conditions that reduce specific groups' vulnerability to climate change impacts.

In addressing regulatory failures—such as in the Greenpeace case—the *amparo* offers redress either in the form of restitution, when positive duties are violated, or by mandating authorities to respect the infringed rights in the case of negative duties (Article 77 of the Amparo Law). That is, when regulations do not align with human rights standards, suggesting that the state has neglected its duty to respect the rights emphasized by claimants, the effects of the *amparo* include rendering such laws and policies null and void. While the nullification of regulations that contribute to climate change may seem to offer collective benefits by mitigating the rise in global temperature, key cases in Mexico's climate litigation landscape have not yet tackled the heightened vulnerabilities faced by marginalized communities. To address the deep-rooted socioeconomic disparities contributing to these vulnerability disparities, the fulfillment of social rights is essential. This involves taking positive

measures to offer the resources and infrastructure necessary to cope with the repercussions of climate change. Nonetheless, the *amparo*'s ability to provide comprehensive redress in this pivotal direction is still restricted, even if it is gradually and incrementally improving (Pou Giménez, 2021).

Mexico's past experiences with social rights litigation unrelated to climate change provide valuable insights in this regard, given the limited role that social rights have played in the country's climate litigation so far. This trajectory clearly illustrates the current limitations of the *amparo* to redress differentiated vulnerabilities. For example, Torres Domínguez (2022) notes that many cases involving these rights, despite granting collective redress to claimants, prove to be ineffective due to a lack of mechanisms for integral reparations. While Pou Giménez (2021, p. 673) has noted that a literal exegesis of the Amparo Law, particularly of Articles 74 and 77, does not actually impede strong remedies, the Supreme Court has, in some instances, established the impossibility of decreeing integral reparations in *amparo* cases—as illustrated by the Supreme Court's thesis 706/2015 (Torres Domínguez, 2022, p. 133).

Furthermore, systematic inadmissibility of indirect *amparo* lawsuits due to the lack of standing of petitioners, despite their legitimate interest as members of vulnerable communities, also presents challenges in social rights litigation in Mexico (Torres Domínguez, 2022). A prime example illustrating both obstacles—the impossibility of integral redress and issues regarding standing—is the *amparo* filed by members of the Mini Muma Indigenous community against the state's failure to provide essential health services. In 2007, with the support of the *Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan* (a local NGO), claimants from a community in the southern state of Guerrero, affected by poverty-related diseases, filed a constitutional protection mechanism against the state's refusal to provide a healthcare facility, the absence of which had led to numerous deaths. After the adjudicating district court made significant efforts to justify the claimants' standing, it ruled in their favor, mandating the construction of the health facility (Acuña, 2019, p. 37). However, the court did not extend its ruling to mandate immediate healthcare, nor did it award pecuniary compensation to those community members already experiencing health concerns.

Such prevalent limitations are not insurmountable. The Supreme Court's adoption of remedial innovations for *amparo* cases pertaining to social rights in recent years, especially following the 2011 human rights reform (Pou Giménez, 2022, p. 673), indicates that expanding the boundaries of judicialization often hinges on surmounting interpretative challenges. Notably, in the cases of *Laguna del Carpintero* (AR 307/2016) and *Rio Sonora* (AR 640/2019), the Court offered strong remedies that addressed the Mexican government's duty to take positive measures to respect and fulfill social rights. In the *Laguna del Carpintero* case, residents of the Tampico Municipality opposed in 2016 a municipal project which threatened local mangroves (Aida, 2023). The Supreme Court not only instructed municipal and federal environmental authorities to refrain from continuing with the project (duty to respect)

but also mandated the restoration of the ecosystem and its environmental services, offering detailed guidelines for execution (duty to fulfill) (LCCP; DPCP v. Ministry of the Environment, 2018, p. 76). In the *Rio Sonora* case, communities impacted by a toxic mining spill in 2013 argued that they had not been consulted about the remedial measures enacted by the Executive Branch. In its ruling, the Supreme Court set forth several explicit positive actions to compensate the plaintiffs for their infringed rights, including the organization of a public meeting to listen to the testimonies of the aggrieved parties and the release of a new directive pertaining to the remedial actions (Lares Domínguez v. Ministry of the Environment, 2020, par. 147).

Nevertheless, while forging an interpretative path toward stronger remedies, particularly in line with the human rights duty to fulfill, the intermittent nature of these innovations by the nation's apex court underscores the rigorous process a case must undergo to yield such an outcome. Considering the formalist and centralized legal culture in Mexico, lower-tier courts are unlikely to pursue groundbreaking interpretations that extend beyond the explicitly permitted scope of the *amparo*'s remedial structure (Lara Chagoyán, 2020, p. 67), unless such explorations are directly facilitated by the *amparo* framework itself. Thus, it remains an unconventional approach. This implies that for climate litigation through the *amparo* to innovatively address the socioeconomic challenges central to the nation's vulnerability disparities, a protracted journey to the Supreme Court is frequently deemed unescapable.

4. Climate Change Litigation Reimagined: Embracing Multidimensional Remedies

The vulnerabilities arising from the convergence of the climate crisis with Latin America's deep-rooted inequalities become evident in climate litigation. This means that advocating for climate action in each country's courts is rarely detached from the localized social challenges that make certain population groups more vulnerable. Within this unprecedented and complex legal landscape, social rights stand out as indicators of significant vulnerability disparities. Claimants not only demand the cessation of activities that induce climate change or pollution but also, crucially, seek access to remedies in line with the state's positive obligation to fulfill previously inadequate—or even absent—individual or collective goods, such as essential services and infrastructure.

The examined lawsuits in Ecuador and Mexico highlight two factors relevant for the legal architecture of constitutional protection mechanisms to comprehensively address the complex challenges faced by the most climate-vulnerable groups through litigation. Firstly, conceiving of comprehensive redress for such challenges entails embedding a multidimensional perspective into collective remedies. By adopting a detailed understanding of the socio-ecological dimensions of vulnerability, this paper has shown that, while the collective scope of remedies—often presented in social rights literature as the most promising means of circumventing the courts' anti-poor bias—is significant, it does not, *de facto* and

sufficiently, minimize vulnerability disparities. Although securing judicial mandates that promote climate change mitigation may advantage the collective, even on a global scale, this approach can overshadow the significance of addressing more localized social challenges. This is particularly evident in relation to the duty to fulfill, as demonstrated in the case of *Herrera Carrion and others* in Ecuador. In this case, the court's ruling, which mandated only the discontinuation of gas flares and the provision of water, failed to fully restore the well-being of the claimants. While these measures are important, they barely addressed the severe health conditions already suffered by the affected parties, which were compounded by the long-standing state failure to fulfill healthcare access without discrimination in the claimants' Sucumbíos and Orellana provinces. Significantly, the ruling did not mandate urgent medical attention.

Secondly, the comparative analysis of Ecuador's and Mexico's constitutional protection mechanisms demonstrates that the explicit embeddedness of integral reparations within their legal architectures appears to bring litigation *closer* to a more collective and multidimensional remedial outcome. This particular remedial feature, intrinsic to Ecuador's *acción de protección* but notably absent in Mexico's *amparo*, guides cases in the former country towards more robust redress measures that engage a wider array of state duties, unlike those achieved in Mexico. At the same time, the comparison cautions that the remedies granted by the Sucumbíos Court in the Ecuadorian context are not yet comprehensive enough to significantly lift claimants out of their positions on the vulnerability spectrum. It therefore suggests that the mere availability of integral reparations within the legal structure does not invariably lead to the desired collective and multidimensional remedies. This is because, consistent with scholarship on Latin American courts, various other socio-political factors mediate the connection between the remedial framework and the actual outcomes delivered by the courts.

Yet, although not *the* only factor in how litigants and courts materialize "law in action," the embedding of integral reparations is certainly not entirely *meaningless*. This multifactor interplay, on the one hand, prompts for Ecuador a deeper examination of why, despite possessing a broad remedial architecture, courts may still show reluctance to fully tap into such potential and deliver comprehensive remedies that address the intricate socio-ecological complexities intertwined on the climate change-inequality nexus. On the other hand, in Mexico, where the limitations of climate litigation stem from the *amparo*'s inherent structure—as it does not readily accommodate the complex and emergent needs of the most vulnerable—it is imperative that the unprecedented realities created by climate change and inequality are first acknowledged and integrated within the framework of legal remedies. Here, the current remedial structure must evolve for the *amparo* to serve as an effective tool in both curbing harmful gas emissions and, *simultaneously* and *complementarily*, ensuring that impoverished populations gain access to previously unmet social rights. The Supreme Court of Mexico has made gradual, yet promising, advancements towards remedial innovation

through interpretation, indicating a departure from the *amparo*'s restricted, explicit structure and a shift towards stronger remedies. However, the sporadic nature of these innovations and their occurrence only when a case reaches the apex court highlight the challenges in making such remedies commonplace in climate litigation in lower courts. Therefore, in Mexico—unlike Ecuador—if climate vulnerabilities, which still disproportionately affect a significant chunk of the population living in poverty, are to be addressed through judicial means, the first obstacle is the *amparo*'s current remedial architecture.

Concluding Remarks

This paper has offered a preliminary view on one specific aspect that influences the outcomes of climate litigation, namely, the remedial architecture within constitutional protection mechanisms. As such, it has illuminated relevant avenues for future research and raised pertinent, interconnected questions. Given the increasingly unprecedented, intricate and pernicious interplay between the climate crisis and inequality, it has underscored the need for reimagining remedial possibilities and, consequently, the currently constrained remedial architectures. Surely, this alone will not lead to outcomes that consistently address the complex vulnerabilities engendered by climate change and inequality. As just one among the myriad determinants that influence the outcomes of the litigation process, it is plausible to consider potential backlashes against rights, even when collective and multidimensional remedies are facilitated by the architectures of constitutional protection mechanisms. However, even amidst conflicts between interest groups and the most vulnerable—a fundamental aspect of democratic societies—the expanded array of substantive rights could serve as a baseline that judicial decisions should not undermine. With this assured, it is more advantageous to establish remedial architectures that enable the realization of these rights through the use of constitutional protection mechanisms, rather than through restrictive structures that hinder the translation of such law in the books into tangible actions. The critical issue then becomes how the doctrinal interpretation of substantive rights stands up to the maelstrom of interest tensions.

Finally, as with all innovative endeavors, the notion of collective and multidimensional remedies might at first seem implausible within certain legal traditions. Established debates offer various arguments against such progress, including the counter-majoritarian critique of judicial power and the perception of judicial remedies as empty promises. While these perspectives contribute valuable insights that warrant consideration as the dialogue expands, it is crucial to recognize that the ways climate change intersects with the longstanding socioeconomic disparities in several Latin American countries are unprecedented and were, therefore, not foreseen in the crafting of constitutional tools. However, this mismatch is not foreign to the spirit of the NLAC, which aimed to evolve the law to guarantee participation and dignified living conditions for historically marginalized groups. Therefore, in confronting

emerging and highly interwoven challenges like the climate crisis and escalating inequalities, such aspirations can serve as the guiding light in steering climate litigation as a means to achieve climate justice.

REFERENCES

25 VOCES contra la deforestación. *Dejusticia*, Apr. 26th, 2018. Available at: https://www.dejusticia.org/25-voces-contra-la-deforestacion/. Accessed on: Oct. 10th, 2023.

ACUÑA, Juan Manuel. El caso Mini Numa: nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México. *In*: GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (eds.). *El juicio de amparo:* a 160 años de la primera sentencia. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019. (Tomo I). p. 31-50.

AGUIRRE CASTRO, Pamela; ALARCÓN PEÑA, Pablo. El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Foro: Revista de Derecho*, Quito, n. 30, p. 121-143, 2018.

ANDREASSEN, Bård A. Comparative Analyses of Human Rights Performance. *In*: ANDREASSEN, Bård A.; SANO, Hans-Otto; MCINERNEY-LANKFORD, Siobhán (eds.). *Research Methods in Human Rights*: A Handbook. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 222-252.

ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). *Plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe*. 2023. Available at: https://litigioclimatico.com/es. Accessed on: May 1st, 2023.

AUZ, Juan. Human Rights-Based Climate Litigation: A Latin American Cartography. *Journal of Human Rights and the Environment*, [*s.l.*], v. 13, n. 1, p. 114-136, 2022a.

AUZ, Juan. Two Reputed Allies: Reconciling Climate Justice and Litigation in the Global South. *In*: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (ed.). *Litigating the Climate Emergency*: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action. Cambridge: Cambridge University Press, 2022b. p. 145-156.

BÁRCENA, Alicia *et al*. *The Climate Emergency in Latin America and the Caribbean*: The Path Ahead – Resignation or Action? [*S.l.*]: UN Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), 2020.

BATROS, Ben; KHAN, Tessa. Thinking Strategically about Climate Litigation. *In*: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (ed.). *Litigating the Climate Emergency*: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 97-116.

BERGALLO, Paola. Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1611-1641, 2011.

BOTERO, Sandra; BRINKS, Daniel M.; GONZALEZ-OCANTOS, Ezequiel A. (eds.). *The Limits of Judicialization*: From Progress to Backlash in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

BRINKS, Daniel M.; BLASS, Abby. *The DNA of Constitutional Justice in Latin America*: Politics, Governance, and Judicial Design. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

BRINKS, Daniel M.; GAURI, Varun. The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights. *Perspectives on Politics*, Washington, v. 12, n. 2, p. 375-393, 2014.

BRUCKNER, Benedikt *et al.* Impacts of Poverty Alleviation on National and Global Carbon Emissions. *Nature Sustainability*, [*s.l.*], v. 5, p. 311-320, 2022.

CASTELLANOS, Edwin J. *et al.* Central and South America. *In*: PORTNER, Hans-Otto *et al.* (eds.). *Climate Change 2022*: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2022.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL (CONEVAL). *Pobreza en México*. Anexo Estadístico 2016-2020. 2020. Available at: https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx. Accessed on: May 1st, 2023.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL (CONEVAL). *Glosario CONEVAL*. [*N.d.*]. Available at: https://www.coneval.org.mx/quienessomos/Paginas/Glosario_CONEVAL.aspx. Accessed on: May 1st, 2023.

COUSO, Javier. Latin American New Constitutionalism: A Tale of Two Cities. *In*: MENDES, Conrado Hübner; GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 354-365.

COUSO, Javier. The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity. *In*: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (eds.).

Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor? Hampshire: Ashgate Publishing, 2006. p. 61-79.

GARGARELLA, Roberto *et al.* Courts, Rights and Social Transformation: Concluding Reflections. *In*: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*: An Institutional Voice for the Poor? Hampshire: Ashgate Publishing, 2006. p. 255-282.

GASPARINI, Leonardo; CRUCES, Guillermo. The Changing Picture of Inequality in Latin America. *UNDP LAC Working Paper Series*, n. 1. Background Paper for the UNDP LAC Regional Human Development Report 2021, 2021. Available at: https://www.undp.org/latin-america/publications/changing-picture-inequality-latin-america. Accessed on: Oct. 24th, 2024.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. (eds.). *Courting Social Justice*: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GLOPPEN, Siri. Litigation as a Strategy to Hold Governments Accountable for Implementing the Right to Health. *Health and Human Rights*, Boston, v. 10, n. 2, p. 21-36, 2008.

GLOPPEN, Siri *et al*. *Courts and Power in Latin America and Africa*. London: Palgrave MacMillan, 2010.

GLOPPEN, Siri; VALLEJO, Catalina. The Climate Crisis: Litigation and Economic, Social and Cultural Rights. *In*: DUGARD, Jackie *et al.* (eds.). *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 387-410.

GLOPPEN, Siri; VALLEJO, Catalina. Red-Green Lawfare: Climate Justice Discourse in Courtrooms. *In*: DUGARD, Jackie; ST. CLAIR, Asuncion Lera; GLOPPEN, Siri (eds.). *Climate Talk*: Rights, Poverty and Justice. Claremont: Juta Publishers, 2013. p. 208-235.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a *Ius Commune*. *In*: BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*: The Emergence of a New *Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

GONZALEZ, Carmen G. Racial Capitalism and the Anthropocene. *In*: ATAPATTU, Sumudu A.; GONZALEZ, Carmen G.; SECK, Sara L. (eds.). *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 72-85.

HERRERA Carrion and others v. Ministry of the Environment. No. 21201202000170. Court of the Sucumbíos Province, 2021. Available at: https://climatecasechart.com/non-us-case/herrera-carrion-et-al-v-ministry-of-the-environment-et-al-caso-mecheros/. Accessed on: Oct. 10th, 2023.

HICKLE, Jason A. *et al.* North America. *In*: PÖRTNER, Hans-Otto (ed.). *Climate Change 2022*: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

LANDAU, David E.; DIXON, Rosalind. Constitutional Non-Transformation? Socioeconomic Rights beyond the Poor. *In:* YOUNG, Katharine G. (ed.). *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. (Globalization and Human Rights). p. 110-133.

LARA CHAGOYÁN, Roberto. *El constitucionalismo mexicano en transformación*: avances y retrocesos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

LARES DOMÍNGUEZ v. Ministry of the Environment. Amparo en Revisión 640/2019. Mexico's Supreme Court of Justice, 2020. Available at: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2021-10/AR%20640-2019.pdf. Accessed on: Oct. 10th, 2023.

LCCP; DPCP v. Ministry of the Environment. *Amparo en Revisión 307/2016*. Mexico's Supreme Court of Justice, 2018. Available at: https://litigioclimatico.com/es/ficha/ciudadanas-vs-autoridades-por-danos-manglar-en-laguna-del-carpintero-mexico-n38. Accessed on: Oct. 10th, 2023.

LÓPEZ-ZAMBRANO, Alcides J. La acción de protección su eficacia y aplicación en el Ecuador. *Dominio de Las Ciencias*, Manta, v. 4, n. 1, p. 155-177, 2018.

MAGRIN, Graciela O. *et al.* Central and South America. *In*: FIELD, Christopher B. *et al.* (eds.). *Climate Change 2014*: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part B: Regional Aspects. Working Group II Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2014.

MANIGLIO, Francesco; CASADO GUTIÉRREZ, Fernando; CHÁVEZ VALLEJO, Gina. La justiciabilidad de los derechos sociales: el caso del derecho al hábitat y a la vivienda en Ecuador (2007-2017). *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Mexico City, v. 31, p. 143-174, 2020.

MOSER, Caroline *et al*. *Pro-Poor Adaptation to Climate Change in Urban Centers*: Case Studies of Vulnerability and Resilience in Kenya and Nicaragua. Washington D.C.: The World Bank, 2010.

MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz. *Health as a Human Right*: The Politics and Judicialisation of Health in Brazil. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz. Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1643-1668, 2011.

MUÑOZ ACEVEDO, Isidro Emmanuel. La defensa y remediación de los derechos sociales. Mexico City: Tirant lo Blanch, 2023.

OHDEDAR, Birsha. Climate Adaptation, Vulnerability and Rights-Based Litigation: Broadening the Scope of Climate Litigation Using Political Ecology. *Journal of Human Rights and the Environment*, Cheltenham, v. 13, n. 1, p. 137-156, 2022.

PARRA-VERA, Oscar. The Protection of Social Rights. *In*: GONZALEZ-BERTOMEU, Juan F.; GARGARELLA, Roberto (eds.). *The Latin American Casebook*: Courts, Constitutions, and Rights. London: Routledge, 2016. p. 147-171.

PARRY, Luke *et al*. The (In)Visible Health Risks of Climate Change. *Social Science & Medicine*, [*s.l.*], v. 241, 112448, 2019.

PEEL, Jacqueline; LIN, Jolene. Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. *Climate Law*, Cambridge, v. 9, n. 3, p. 679-687, 2019.

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. A Rights Turn in Climate Change Litigation? *Transnational Environmental Law*, Cambridge, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018.

PERALTA, Andrés *et al*. Developing a Deprivation Index to Study Geographical Health Inequalities in Ecuador. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 53, n. 97, p. 1-14, 2019.

POU GIMÉNEZ, Francisca. The Constitution of Mexico. *In*: MENDES, Conrado Hübner; GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 203-327.

POU GIMÉNEZ, Francisca. El amparo al servicio de los derechos sociales: orientación para la acción. *In*: COURTIS, Christian (ed.). *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*. Mexico City: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. p. 645-700.

POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. *American Law Review*, Boston, v. 44, p. 12-36, 1910.

RABASA SALINAS, Alejandra; DE WINDT, Claudia S. (eds.). *Antología judicial ambiental II*. El cambio climático en los tribunales: desarrollos y tendencias sobre justicia climática en el derecho comparado. San José, Costa Rica: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Human Rights: The Global South's Route to Climate Litigation. *American Journal of International Law*, [*s.l.*], v. 114, p. 40-44, 2020a.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Climatizing Human Rights: Economic and Social Rights for the Anthropocene. *SSRN Eletronic Journal*, 2020b.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011.

ROMERO-LANKAO, Patricia *et al.* Scale, Urban Risk and Adaptation Capacity in Neighborhoods of Latin American Cities. *Habitat International*, [*s.l.*], v. 42, p. 224-235, 2014.

SABIN CENTER. Climate Change Litigation Databases. 2023a. Available at: http://climatecasechart.com/. Accessed on: May 1st, 2023.

SABIN CENTER. Future Generations v. Ministry of the Environment and Others. 2023b. Available at: https://climatecasechart.com/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/. Accessed on: Oct. 10th, 2023.

SALAZAR, Daniela. The Constitutional History of Ecuador: Twenty Constitutions and Counting. *In*: MENDES, Conrado Hübner; GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 174-202.

SAVARESI, Annalisa; AUZ, Juan. Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries. *Climate Law*, [*s.l.*], v. 9, n. 3, 2019.

SETZER, Joana; BENJAMIN, Lisa. Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations. *Transnational Environmental Law*, Cambridge, v. 9, n. 1, p. 77-101, 2020.

SETZER, Joana; HIGHAM, Catherine. *Global Trends in Climate Change Litigation*: 2021 snapshot. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Centre for Climate Change Economics and Policy, 2021.

SETZER, Joana; VANHALA, Lisa C. Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance. *WIREs Climate Change*, [*s.l.*], v. 10, n. 3, e580, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded? *Law & Social Inquiry*, Malden, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.

SINDICO, Francesco; MBENGUE, Makane Moïse (eds.). *Comparative Climate Change Litigation:* Beyond the Usual Suspects. Cham, Switzerland: Springer International Publishing, 2021.

SOCIOECONOMIC Overview in the Context of the Pandemic. *PAHO*, [*n.d.*]. Available at: https://hia.paho.org/en/covid-2022/socioeconomic#:~:text=In%20Latin%20America%20and%20the%20Caribbean%2C%20poverty%20had%20been%20showing,%25)%20are%20in%20extreme%20poverty. Accessed on: Oct. 10th, 2023.

TORRES DOMÍNGUEZ, Guillermo. Amparo, DESC y reparaciones en México: revisión dialógica o justicia incompleta. *Jurídica Ibero*, Mexico City, v. 6, n. 12, p. 123-148, 2022.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

UN GENERAL ASSEMBLY. *Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (A/77/549)*. 2022. Available at: https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a77549-report-special-rapporteur-contemporary-forms-racism-racial. Accessed on: Oct. 10th, 2023.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Ecuador*. Inequality-adjusted HDI. 2022. Available at: https://hdr.undp.org/data-center/specific-country-data#/countries/ECU. Accessed on: Sep. 8th, 2022.

VILCHEZ MORAGUES, Pau de. *Climate in Court:* Defining State Obligations on Global Warming through Domestic Climate Litigation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022.

VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism. *In*: VON BOGDANDY, Aarmin *et al*. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*: The Emergence of a New *Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48.

VIVEROS-UEHARA, Thalia. Addressing Health Crises through Courts? Understanding Inequality in Latin America's Climate Litigation. *In*: TIGRE, Maria Antonia; MURCOTT, Melanie (eds.). *Climate Litigation in the Global South*. London: Routledge, forthcoming.

VIVEROS-UEHARA, Thalia. Litigating Climate Justice: The Right to Health and Vulnerable Populations in Latin America. *VRÜ Verfassung Und Recht in Übersee*, [*s.l.*], v. 56, n. 2, p. 321-350, 2023a. DOI: https://doi.org/10.5771/0506-7286-2023-2-321

VIVEROS-UEHARA, Thalia. Addressing Health Crises through Courts? Climate Litigation in Latin America, the Right to Health and Vulnerable Populations. 2023b. Dissertation (PhD in Global Inclusion and Social Development) – University of Massachusetts, Boston, 2023b. Available at: https://scholarworks.umb.edu/doctoral_dissertations/869/. Accessed on: Oct. 28th, 2024.

VIVEROS-UEHARA, Thalia. The Fundamental Rights to Life and Health in Climate Litigation: Insights from Latin America. *E-Publica Public Law Journal*, Lisbon, v. 9, n. 3, p. 147-179, 2022.

WEWERINKE-SINGH, Margaretha. Remedies for Human Rights Violations Caused by Climate Change. *Climate Law*, [*s.l.*], v. 9, n. 3, p. 224-243, 2019.

WEWERINKE-SINGH, Margaretha. State Responsibility for Human Rights Violations Associated with Climate Change. *In*: DUYCK, Sébastien; JODOIN, Sébastien; JOHL, Alyssa (eds.). *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*. London: Routledge, 2018. p. 75-89.

WORLD BANK. *Poverty and Inequality Platform*. 2023. Available at: https://pip.worldbank.org/home. Accessed on: Oct. 10th, 2023.

WORLD BANK. *Population, Total – Mexico, Ecuador (2021)*. 2022. Available at: https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=MX-EC. Accessed on: May 1st, 2023.

WORLD BANK. *Poverty Headcount Ratio at National Poverty Lines (% of Population) – Ecuador (2020)*. [*N.d.*]. Available at: https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.NAHC?locations=EC. Accessed on: May 1st, 2023.

WORLDOMETER. *CO_2 Emissions by Country (2016)*. [*N.d.*]. Available at: https://www.worldometers.info/co2-emissions/co2-emissions-by-country/. Accessed on: May 1st, 2023.

YAMIN, Alicia Ely. The Right to Health: The Potential and Limits of Catalysing Systemic Change through the Courts. *In*: MENDES, Conrado Hübner; GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 758-781.

YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (eds.). *Litigating Health Rights*: Can Courts Bring More Justice to Health? Harvard: Harvard University Press, 2011.

YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar; GIANELLA, Camila. Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise? *In*: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (eds.). *Litigating Health Rights*: Can Courts Bring More Justice to Health? Harvard: Harvard University Press, 2011. p. 103-131.

Thalia Viveros Uehara

Postdoctoral researcher at the Department of Public Law and Governance at Tilburg University. Senior Research Fellow at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Master in Environmental Policy and Regulation at the London School of Economics and Political Science. PhD in Global Inclusion and Social Development at the University of Massachusetts Boston. She has over a decade of professional collaboration with decision-makers, including Mexico's National Human Rights Commission, the Boston Human Rights Commission in the USA, and the Global Organization of Legislators for a Better Environment in the United Kingdom.

T.ViverosUehara@tilburguniversity.edu

viveros@mpil.de

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 13.10.2023
Aprovado: 28.05.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202435

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.
Lívia Gonçalves Buzolin e Siri Gloppen (*Editoras convidadas*)

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brazil
https://orcid.org/0000-0003-3375-9737

Young Brazilian Wives: Child Marriage, Girls' Marginalisation, and Agency

JÓVENES ESPOSAS BRASILEÑAS: MATRIMONIO INFANTIL, MARGINACIÓN DE LAS NIÑAS Y AGENCIA

JOVENS ESPOSAS BRASILEIRAS: CASAMENTO INFANTIL, MARGINALIZAÇÃO FEMININA E AGÊNCIA

Larissa Cristina Margarido[1]

Abstract
In Brazil, legal and political discussions on childhood and adolescence are usually guided by the ideal of pure, innocent, and vulnerable girlhood. This construction has historically served to both censor the exercise of child and adolescent sexual agency and legitimise the exclusion of unruly girls who do not correspond to the envisioned profile deemed worthy of protection. That is the case for Brazilian young wives, a large but invisible group of girls continuously neglected by child protection discourses, services, and policies in the country. This paper aims to introduce and explore the current scenario of child marriage in Brazil by overviewing the national legal norms surrounding the practice, summarizing two relevant locally produced qualitative pieces of research on the subject, carried out by Instituto Promundo and Plan International Brasil, analysing available national quantitative data on the extent and key characteristics of early marriage, specifically, IBGE's 2010 Demographic Census and the 2021 Civil Registry Statistics, and problematising what is understood as young wives' agency. Its main proposition is that a more nuanced, dynamic, and critical understanding of children's agency is needed for truly comprehending the practice of child marriage in Brazil and developing public services and policies that both prevent it and aid young wives in their daily lives.

Keywords
Child marriage; early marriage; vulnerability; girls marginalisation; agency.

Resumen
En Brasil, los debates jurídicos y políticos sobre la infancia y la adolescencia a menudo son guiados por el ideal de la pureza, inocencia y vulnerabilidad femenina. Esta construcción ha servido históricamente tanto para censurar el ejercicio de la agencia sexual por parte de niñas y adolescentes, como para legitimar la exclusión de aquellas que no corresponden al perfil idealizado que debe protegerse. Este es el caso de las jóvenes esposas brasileñas, un grupo grande pero invisible de niñas continuamente ignoradas por los discursos, servicios y políticas de protección infantil en el país. Este artículo tiene como objetivo presentar y explorar el escenario actual del matrimonio infantil en Brasil, analizando las normas legales nacionales que rodean la práctica, resumiendo los hallazgos de dos investigaciones cualitativas relevantes producidas localmente sobre el tema, realizadas por el Instituto Promundo y Plan International Brasil, analizando datos cuantitativos nacionales sobre el alcance y las principales características del matrimonio infantil, específicamente el Censo Demográfico de 2010 y la Estadística del Registro Civil de 2021, ambos elaborados por el IBGE, y problematizar lo que se entiende por agencia de las esposas jóvenes. La propuesta principal de este artículo es que necesitamos una comprensión más matizada, dinámica y crítica de la agencia infantil para comprender verdaderamente el matrimonio temprano en Brasil y desarrollar servicios y políticas públicas que lo prevengan y ayuden a las esposas jóvenes.

Como citar este artigo
MARGARIDO, Larissa Cristina. Young Brazilian Wives: Child Marriage, Girls' Marginalisation, and Agency. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2435, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202435

Palabras clave
Matrimonio infantil; matrimonio temprano; vulnerabilidad; marginación de las niñas; agencia.

Resumo
No Brasil, as discussões jurídicas e políticas sobre infância e adolescência são frequentemente orientadas pelo ideal da pureza, da inocência e da vulnerabilidade feminina. Historicamente, essa construção tem servido tanto para censurar o exercício da agência sexual de crianças e adolescentes quanto para legitimar a exclusão das meninas que não correspondem ao perfil idealizado que deveria ser protegido. Esse é o caso das jovens esposas brasileiras, um grupo grande, mas invisibilizado, de meninas continuamente negligenciadas por discursos, serviços e políticas de proteção infantil no país. Este artigo visa apresentar e explorar o cenário atual do casamento infantil no Brasil, analisando as normas legais nacionais que cercam a prática, resumindo os achados de duas pesquisas qualitativas relevantes produzidas localmente sobre o assunto, desenvolvidas pelo Instituto Promundo e pela Plan International Brasil, examinando dados quantitativos nacionais sobre a extensão e as principais características do casamento infantil, especificamente o Censo Demográfico de 2010 e as Estatísticas do Registro Civil de 2021, ambos produzidos pelo IBGE, e problematizando o que se entende por agência das jovens esposas. A principal proposição do presente artigo é que necessitamos de uma compreensão mais matizada, dinâmica e crítica da agência infantil para compreender verdadeiramente o casamento infantil no Brasil e desenvolver serviços e políticas públicas que tanto previnam a prática quanto ajudem as jovens esposas.

Palavras-chave
Casamento infantil; casamento precoce; vulnerabilidade; marginalização feminina; agência.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

The status of "child" and "adolescent" in Brazil is not, at least from the perspective of judicial and executive practices, a clear concept. In addition to fluctuating delineations of age applied to the concepts, there does not seem to be a consensus on the definition of the boundaries of childhood and adolescence, how much the adoption of certain behaviours by children and adolescents interferes with this definition and, consequently, what would justify their special protection by law.

When discussions – legal or political – on the topic arise, issues such as the (biological, emotional, and moral) developmental processes and, especially, children and adolescents' supposed inability to make informed decisions are usually raised. However, the discussions tend to be guided not only by the technical and professional training of the people involved, but also by their level of reproduction of the ideal of pure, innocent, and vulnerable childhood, especially when the childhood in debate is female (Lowenkron, 2015, p. 237).

Such an ideal is rooted in "the most pervasive and influential discourse around children and sexuality", which represents them as being asexual, immature, and powerless, "incapable of understanding or dealing with 'adult' concepts such as sexuality and desire" (Robinson, 2005, p. 68). As denounced by many authors, this discourse is a Western, colonial, white, patriarchal, and classist construction (Faulkner, 2011; Garlen, 2019; Castro, 2020; 2021) that has been "exported elsewhere through, among other things, media, colonialism, academia, international aid as well as development discourses" (Abebe, 2019, p. 83).

Affecting mainly girls, this construction does not account for perceptions anchored in local understandings and has historically served to both censor the exercise of child and adolescent sexual agency, justifying occasional violent control in the name of protection (Bettis; Adams, 2005 , p. 11; Lowenkron, 2016, p. 17), and legitimising the exclusion of unruly children who do not correspond to the ideal envisioned profile deemed worthy of being protected (Egan; Hawkes, 2009; O'Dell; Bronwlow; Bertilsdotter-Rosqvist, 2018; Garlen, 2019).

As explained by Mahati and Palmary (2018, p. 116), "by framing their vulnerability as essential to girlhood, rather than as a consequence of social and political structures", the restraint of girls' agency and their liability in case of disobedience – rather than their protection

1 This article results from the research carried out with the support of Fundação Getulio Vargas, through the Mario Henrique Simonsen Teaching and Research scholarship; the Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (Capes), through a doctoral stay scholarship from its Institutional Program for Internationalization (Capes-PrInt); the Center on Law & Social Transformation – LawTransform (CMI/UiB), in Bergen, Norway; and the Research Council of Norway (Project #322644). The author is immensely grateful to everyone who read and commented on previous versions and, in particular, to Lívia Buzolin, Siri Gloppen, Marit Skivenes, Lara Côrtes, Juliana Jaramillo, José Garcez Ghirardi, Natália Félix de Souza, Elizabeth Perry, Pantea Javidan, and Pedro Henrique Marchi Boschetti.

– are seen as adequate social and legal treatments. That is the case for Brazilian young wives, a large but invisible group of girls continuously neglected by child protection discourses, services, and policies in the country.

Given the scant academic awareness on the topic in Brazil, this paper aims to introduce and explore the current scenario of child marriage in the country by (i) overviewing the national legal norms surrounding the practice; (ii) summarizing two of the most relevant locally produced qualitative pieces of research on the subject, carried out by Instituto Promundo in 2014 (Taylor *et al.*, 2015) and by Plan International Brasil between 2017 and 2018 (Magalhães; Santiago; Debique, 2019); (iii) analysing available national quantitative data on the extent and key characteristics of early marriage, that is, IBGE's 2010 Demographic Census and the 2021 Civil Registry Statistics (IBGE, 2010; 2023); and (iv) problematising what is understood as young wives' agency.

By highlighting the complex and contradictory interactions between the ideal of pure female childhood and the real-life experiences of Brazilian girls, the paper's main proposition is that a more nuanced, dynamic, and critical understanding of young wives' agency is needed for truly comprehending the practice of child marriage in the country and developing public services and policies that both prevent it and aid married girls in their daily lives.

Following this introduction, section 1 presents the understanding and occurrence of child marriage in the international and Latin American and Caribbean scenarios. An overview of the legal norms surrounding child marriage in the country and their recent changes is developed in section 2. Section 3 summarises the findings of two locally produced qualitative studies on the subject. An analysis of national quantitative data findings of the extent and key characteristics of child marriage in Brazil is presented in section 4. Section 5 discusses understanding, types, and moral evaluations of children's agency. Finally, in the last section, brief recommendations for both recognising young wives' agency and preventing more child unions in Brazil are presented.

1. Child Marriage as a Rights Violation Practice

Internationally, child or early marriage is generally known to refer to marital unions (formal or not)[2] involving at least one spouse under the age of 18 (UNFPA, 2012, p. 11), and it is seen as a harmful, traditionalist practice (WHO, 1993). Even though the international human rights arena has seen it as a "problem" since the 1960s, denouncing such "forced" and

2 In other words, it includes both civil marriages and consensual unions.

"arranged" unions through multiple approaches – via parallels to slavery, condemnation of the sexual exploitation of girls, feminist critiques of patriarchy, negative consequences on reproductive health, and human rights preoccupations with consent and choice (Bunting; Engle, 2007, p. 324, 330) –, there had been virtually no attempts to examine the practice as a human rights violation in itself until very recently (Unicef, 2001, p. 2-3).

Most countries lack evidence to document the prevalence and trends in child marriage; there is very little data on marriages for people under 14 years of age, and even less for those under 10 (Unicef, 2001, p. 4). Nonetheless, a study conducted in 2010 revealed that, worldwide, over 67 million women had gotten married before their 18th birthday (UNFPA, 2012, p. 6), of which around eight million had become spouses while not yet 15 years old (UNFPA, 2012, p. 22). Specifically, for developing countries,[3] it is estimated that one in three girls will marry before the age of 18, and one in nine will do so before turning 15 years old (UNFPA, 2012, p. 6).

Early marriage, as child marriage can also be described, is considered a violation of the human rights of children and adolescents by various international treaties signed and ratified by Brazil, such as the Universal Declaration of Human Rights, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, the Convention on the Rights of the Child (CRC), and the Plan of Action resulting from the United Nations International Conference on Population and Development, held in Cairo, 1994. The eradication of this practice is also part of the United Nations Sustainable Development Goals.

Even so, investments to end early or child marriage are limited and the reduction of its incidence has been rather slow (Wodon *et al.*, 2019, p. 2), as many countries continue to fail to effectively protect children and adolescents from the practice, either for lack of national legislation establishing a minimum age of 18 to marry (UNFPA, 2012, p. 11); by defining exceptions that drop the age below 18; due to the absence of real application and inspection of rules; or because of the legislation's insufficiency in the absence of gender- and age-specific and transversal public policies (Wodon *et al.*, 2017, p. 1).

Albeit the region that has made the most progress in increasing legal protection against early marriage between 2015 and 2017 is Latin America and the Caribbean – with the share of girls not legally protected decreasing from 36.6% in 2015 to 22.7% in 2017 (Wodon *et al.*, 2019, p. 4) –, the proportion of illegal marriages of children and adolescents remains high, reaching 55.8% of unions of people under 18 years old (id., p. 6). In this region, child marriages are marked by informality and consensuality, involving mostly girls and adult men (Taylor *et al.*, 2015, p. 11).

3 Excluding China due to a lack of reliable data.

Worldwide,[4] Brazil is the fourth country with the highest absolute number of early marriages – in 2006, it was estimated that around three million women had been married before turning 18 (Taylor *et al.*, 2015, p. 11). In Latin America and the Caribbean, Brazil ranks as the third country with the highest percentage rates of child marriage (36%) (Girls Not Brides, 2017, p. 2).

Still, such unions remain extremely poorly disclosed. Even though child marriage generates relevant social, legal, economic, and health effects for part of the Brazilian population, there are very few attempts to examine it from a socio-legal perspective. This invisibility prevented the phenomenon from being treated as a problem in the public agenda and becoming a political priority for many years (Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 90).

In 2015, the Committee on the Rights of the Child urged Brazil to (i) conduct a comprehensive study on the causes of child marriage and its consequences on girls' rights to education, health, and development; (ii) design a strategy to eradicate the practice; and (iii) undertake comprehensive awareness-raising programmes on the negative implications of early marital union (CRC, 2015, p. 7). As of now, all recommendations have been disregarded by the government, and the theme has only recently entered the public sphere, albeit timidly, through public hearings organised by the Chamber of Deputies via committees focused on protecting women's rights[5] and via a public policy proposal by civil society's "Agenda 227" movement.[6]

2. Legal Norms Regarding Child Marriage in Brazil

First, it is important to clarify that there is more than one type of marital union in Brazil. The only inherently formal union is the civil marriage (Brazil, 2002, arts. 1,512 and 1,514 [Civil Code – hereinafter, the CC]). Among informal unions, there is the religious marriage,

4 Once again, China was not considered in such mapping due to a lack of information.

5 The first public hearing was held in November 2017 by the Commission for the Defence of Women's Rights at the request of federal deputies Erika Kokay and Carmen Zanotto (Brazil, 2017); the second was held in January 2022 by the External Commission on Domestic Violence Against Women at the request of federal deputies Tábata Amaral and Rosana Valle (Brazil, 2022); and the third was held in June 2023, again by the Commission for the Defence of Women's Rights, at the request of federal deputy Sâmia Bomfim (Brazil, 2023).

6 Agenda 227 is a non-partisan movement of Brazilian civil society that fights for the effective implementation and monitoring of public policy proposals for the protection of children and adolescents. One of its items (No. 83) aims to reduce early pregnancy and child marriage rates in Brazil and improve care for girls exposed to these violations (Agenda 227, 2022, p. 129).

which, if properly regularised, enjoys the same legal recognition as civil marriage (Brazil, 2002, arts. 1,515 and 1,516); the stable union, which refers to legally recognized family entities marked by public, continuous, and lasting coexistence that can be converted into civil marriage (Brazil, 2002, arts. 1,723 and 1,726); and the consensual union, in which the couple lives together in an informal and unregistered relationship. In Brazil, child marriage happens across all these union types.

In addition to the international treaties in force within the country, Brazilian law contains some regulations that propose to prohibit the occurrence of formal child marriages, as well as, until very recently, exceptions that allowed their realisation, which lead to several ambiguities and loopholes, especially concerning agency and consent (Taylor *et al.*, 2015, p. 29). These regulations are spread in a disorderly manner over three legal areas: Child Rights, Family Law, and Criminal Law.

Regarding the first area, because of the pressing ratification of the CRC, in 1991, the Statute of Children and Adolescents, known as ECA (Law No. 8,069/1990 [Brazil, 1990]), was enacted, which is the main legal reference in the country regarding child and adolescent rights. Notwithstanding, the only mention made of child marriage in the ECA refers to the competence of the Children and Youth Justice to supply the capacity or consent for marriage (art. 148) for children and adolescents whose rights are threatened or violated by the State, parents, or legal guardians (art. 98). The Youth Statute (Law No. 12,852/2013 [Brazil, 2013]), on the other hand, omits the issue.

As for Family Law, while the CC determines that the civil majority or adulthood is reached only upon an individual completing 18 (art. 5), it also establishes the marriageable age at 16. For adolescents aged 16 to 17, their marriage depends on the authorisation of both parents or legal representatives (art. 1,517) or a court order (art. 1,519);[7] as soon as the adolescents reach 18 years of age, they become capable of marrying without anyone's approval. It is important to note, however, that, until very recently, the CC stipulated two exceptions that allowed the marriage of adolescents under 16 years old (art. 1,520).

The first exception was applied when a sexual aggressor sought to avoid the imposition or fulfilment of a criminal penalty through marriage to the victim. This was connected to one of the sexual crimes' punishment extinguishing hypotheses under the CC (art. 107),

7 Such a norm is similar to the joint recognition, by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women and the Committee on the Rights of the Child, of the exceptional permission for children of at least 16 years old to marry, provided that the adolescent shows enough maturity and autonomy to do so and that such a decision is made by a judge based on legitimate exceptional grounds defined by law, without deference to culture and tradition (Cedaw; CRC, 2014, p. 7).

which was revoked in 2005 by Law No. 11,106 but not removed from the CC for another 14 years. The second exception, revoked in 2019 by Law No. 13,811, authorised the marriage of children and adolescents in the event of early pregnancy. Notwithstanding, between April 2019 (the month after this law came into effect) and December 2021, there were 364 girls and 30 boys under 16 involved in formal marriages across the country (IBGE, 2023).

Regarding the consequences of formal marriage, the most relevant one is the immediate reaching of the civil majority or adulthood by the minor spouse (art. 5). As for the possibilities of annulment of the union, the CC presents the cases in which (at least) one spouse had not reached, on the date of celebration, the marriageable age (art. 1,550) or if one spouse was 16 or 17 years old, but the union had not been permitted by their legal representatives (art. 1,550). Such possibilities, however, cannot be applied if the marriage resulted from early pregnancy (art. 1,551), even though, as previously highlighted, the exception that enabled child marriage was revoked in 2019.

Furthermore, there are no specific legal sanctions for those involved in child marriages. However, in 2009, Law No. 12,015 added article 217-A into the CC, introducing the crime of rape of a vulnerable person, which is the practice of a lewd act with a person under 14 years of age, regardless of the victim's consent or prior sexual experiences. This law arose from a suggestion by the Joint Parliamentary Inquiry Commission (CPMI), created in 2003 by the National Congress to investigate the networks of sexual exploitation of children and adolescents present in Brazil. According to the CPMI, individuals under 14 years of age do not have the discernment necessary for the practice of sexual acts; therefore, for their protection, they should be deemed legally incapable of sexual consent (Brazil, 2004, p. 330).

Additionally, at the executive level, federal plans relating to the protection and guarantee of the rights of children and adolescents, such as the National Plan to Combat Sexual Violence, the National Plan for Family and Community Coexistence, and the Decennial Plan, all under the responsibility of the National Council for the Rights of Children and Adolescents, remain silent on the issue.

Given these circumstances, the insufficiency of gender- and age-specific and transversal public programs and policies at federal, state, and municipal levels is not surprising. Although there are initiatives aimed, individually, at combating school truancy, preventing early pregnancy, and combating adult domestic violence, such initiatives are hardly transversal and disregard the specific needs of girls and the social context in which practices such as child marriage occur (Bruce, 2006). Likewise, there is a noticeable absence of specific initiatives aimed at educating children and adolescents about the risks of child marriage and supporting those who have already contracted into such unions (Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 81, 85).

3. What We Already Know (Qualitatively) about Child Marriage in Brazil

The few existing locally produced qualitative pieces of data on the reality of child marriage in Brazil come mostly from two relevant studies that aimed to contribute to the understanding of this practice in some states of the federation, identifying its causes and consequences with the aim to inspire interventions based on evidence.

The first of these studies, carried out by Instituto Promundo in 2014, focused on the low-income urban areas of Belém, Pará, and São Luís, Maranhão (Taylor *et al.*, 2015).[8] The second was carried out by Plan International Brasil between 2017 and 2018 in the municipalities of Salvador, Camaçari, and Mata de São João, in the state of Bahia, and in the municipality of Codó, Maranhão (Magalhães; Santiago; Debique, 2019).[9] Although carried out by different NGOs in distinct locations and periods, both studies presented similar diagnoses.

One of the findings of both studies was a common understanding – among young wives, their husbands, and family members – that the process of "becoming a woman" is linked to a girl's sexual initiation and/or puberty. Similarly, the participants' conceptions of marriage eligibility presented a gender bias: men must have a job and "responsibility" before getting married, while girls may marry when their bodies begin to show signs of puberty and/or during their period of sexual initiation. For most young wives and husbands, the notions of female maturity and responsibility are closely associated with the passage of girls into adulthood through marriage, assuming the responsibility of the house, children, household expenses, etc. (Taylor *et al.*, 2015, p. 50-51; Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 37--38, 42-43).

The predominantly informal and supposedly consensual nature of child unions was confirmed by both studies, as well as the preponderance of girls – around 15 years old – marrying men who are, on average, nine years older. Couples were often found to meet in informal, random circumstances, and the ensuing events in their relationships – in particular, pregnancy and marriage – were found to occur without much planning and within a short period of time (Taylor *et al.*, 2015, p. 13, 50; Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 64-67, 92-93).

8 The research team carried out 60 in-depth semi-structured interviews, 50 key informant interviews, 6 focus group discussions, and a quantitative household survey with 145 men and 150 girls (Taylor *et al.*, 2015, p. 12).

9 The study included collection and analysis of secondary data on child marriages and related topics at national and local levels; analysis of national legal and institutional frameworks around the topic; and the realisation of 84 semi-structured interviews with key informants and 30 focus group discussions with 218 participants (Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 12-13).

It is important to emphasize that young wives are victims of the patriarchal system and structural racism, and most of these girls were raised in a somewhat similar environment, having experienced the same difficulties: poverty; deficient education and/or school evasion; lack of sexual education, early sexual activity, and child pregnancy; weak family structures, sexual, and domestic violence; living in peripheral and vulnerable communities, with poor infrastructure and weak enforcement of public policies; and, consequently, very limited opportunities (Taylor *et al.*, 2015, p. 73-74; UN Women *et al.*, 2016, p. 7-11; Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 24-28; Wiedemann, 2021, p. 13).

Several overlapping factors motivate child marriage in Brazil, but some stand out (Taylor *et al.*, 2015, p. 59-72; Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 38-75). Regarding girls' family members, their desire is to, initially, control their sexuality, limit perceived "risky" behaviours, and, eventually, protect their reputation in case of an unwanted pregnancy or the loss of virginity. Concerning the girls studied, their motivations were found to be a search for financial security and aspirations to leave home and escape parental control and abuse. For the husbands, a preference for marrying girls and their disproportionate decision-making power in such marriages were detected. Finally, regarding external factors, the influence of religion (mostly Evangelical/neo-Pentecostal denominations) on gender attitudes and norms that enable child marriage, the role of the media, music, and television in spreading model behaviours that highly sexualize and objectify girls and women, and exposure to urban violence and limited mobility were highlighted.

The major consequences of child marriage identified by both studies were found to be the perpetuation of the cycle of domination and reproduction of gender roles, social norms, and marital inequality; early pregnancy and related maternal, newborn, and child health problems; girls' failure at school, truancy, and dropout rates; a disproportionate burden placed upon girls via care labour; girls' loss of freedom, mobility, and social networks; lack of professional development and financial dependence on their husbands; precarious and/or late entry into the labour market; greater chances of suffering intimate partner violence and abuse; emotional and psychological unpreparedness; difficulties to judicially separate/divorce and lack of legal protections to do so; and limitation of their life projects (Taylor *et al.*, 2015, p. 79-114; Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 37-66).

Concerning judicial separation[10] or divorce, Instituto Promundo's Brazilian study showed that the end of a marriage brings about fewer changes for men, who benefit from larger

10 A judicial separation is proposed by one or both spouses due to one or more acts that entail a serious violation of the marriage duties and make life together unbearable. When ratified, the judicial separation puts an end to the duties of cohabitation and reciprocal fidelity and the regime of property (arts. 1,572 and 1,576 of CC).

social networks than their former spouses and barely provide financially for their children. The girls, however, are left with few or no educational and employment prospects, limited social networks, complete responsibility for their children, and stigma of "being left by their man" (Taylor *et al.*, 2015, p. 112-113).

In other cases, judicial separation or divorce "is not even possible due to fear of the spouse acting violently, or the girl being unable to provide for herself and her children". In either case, girls' family members generally discourage separation, as they don't want to bear the economic and social burdens of supporting these young mothers and their children. According to Instituto Promundo's findings, "despite being considered old enough to bear children and marry, girls are largely considered not old enough to make other major decisions on their own, such as when to leave a marriage" (Taylor *et al.*, 2015, p. 113-114).

In examining the triple legislative, judicial decision, and institutional axis, which ought to provide protection and offer support to married children and adolescents, the aforementioned studies highlighted key insufficiencies. Regarding legislation, the inadequacy of enforcement and inspection of existing norms, as well as the norms' inability to consider the existing ambiguities and gaps were stressed. Regarding judicial decisions, the studies showed an absence of criticism and questioning by the judges who, having the legal decision-making power on the matter, hardly ever deny authorization to formal unions before the marriageable age, holding the girls fully accountable for the decision to marry and its consequences. Finally, regarding institutions, the studies revealed inadequate and often discriminatory provision of services; lack of professional training; lack of knowledge among girls of the existence of and access to such institutions; a caseload that exceeds the service capacity of the institutions; and the absence of gender- and age-specific transversal public policies on the subject (Taylor *et al.*, 2015, p. 114-116; Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 87).

4. What National Quantitative Data Tells Us about Child Marriage in Brazil

Considering the prevalence of child marriage in Latin America and the Caribbean, one could expect the region's countries to be concerned over their inclusion in the statistics, wether out of legitimate concern or due to pressure from international organisations and conventions. In general, to compute the prevalence of child marriage, countries rely on data from Demographic and Health Surveys (DHS) and Multiple Indicator Cluster Surveys (MICS) that provide information on women's age at their first marriage (Wodon *et al.*, 2019, p. 6).

Brazil has not yet taken part in any MICS and, even though the country's last national DHS was focused on child and women's health, it makes only a very brief mention of women's age when entering their first union (Ministry of Health, 2008). Therefore, it is not surprising that the relevant literature and the studies mentioned in the previous section cite only international estimations and fail to provide locally produced data.

To quantitatively identify the extent and key characteristics of child marriage in Brazil, I searched for the most recent and reliable sources of data on the subject, but found only two. The first is the 2010 Demographic Census (hereinafter, Census), carried out by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), which enables the identification of formal and informal child marriages among many populational groups. The second source is the IBGE's Civil Registry Statistics, which consider only formal marital unions in Brazil, that is, civil marriages.

Regarding the Census, even if Wondon *et al.*'s (2019, p. 6) concern that it might present lower responses compared to those achievable through the DHS or MICS is true, significant data has been collected on nuptiality, namely, the marital union's nature and marital status of people between 10 and 17 years old according to conjugality,[11] educational level, household monthly income, race, residence location, and sex (IBGE, 2010, p. 110-202). From all the available data, this paper will focus on the variables mostly mentioned in the previously cited national and international research on child marriage.

TABLE 1 – **INDIVIDUALS BETWEEN 10 AND 17 YEARS OLD COEXISTING WITHIN A MARITAL UNION IN BRAZIL, BY UNION NATURE, ACCORDING TO SEX, RACE, RESIDENCE LOCATION, AND MONTHLY HOUSEHOLD INCOME (2010)**

		MARITAL UNION NATURE		
VARIABLES		**ALL**	**FORMAL MARRIAGES**	**INFORMAL UNIONS**
ALL		655,935	68,601	587,334
SEX	GIRLS	554,091	56,241	497,850
	BOYS	101,846	12,361	89,485
RACE	WHITE	228,546	30,361	198,185
	BLACK[12]	409,735	37,024	372,711
	ASIAN	7,998	694	7,304
	INDIGENOUS	9,656	522	9,134

(continues...)

11 That is, whether people currently share, have or have never shared their household with their spouse or partner (IBGE, 2010, p. 33-34).

12 In this article, "Black" refers to the Brazilian Portuguese word *negro*, which comprises both the notions of "black" (*preto*) and "brown" (*pardo*) as used by the IBGE.

		MARITAL UNION NATURE		
VARIABLES		**ALL**	**FORMAL MARRIAGES**	**INFORMAL UNIONS**
RESIDENCE LOCATION	URBAN[13]	489,173	52,771	436,402
	RURAL	166,763	15,831	150,932
MONTHLY HOUSEHOLD INCOME[14]	NO INCOME	54,734	5,116	49,618
	UP TO 144.96 USD	51,682	3,641	48,041
	144.97 – 289.93 USD	102,356	9,061	93,295
	289.94 – 579.87 USD	179,261	18,646	160,615
	579.88 – 869.80 USD	100,690	10,924	89,766
	869.81 – 1,449.67 USD	98,403	11,310	87,093
	1,449.68 – 2,899.35 USD	55,104	7,254	47,850
	2,899.36 – 5,798.70 USD	10,291	1,762	8,529
	ABOVE 5,798.71 USD	2,795	827	1,968

Source: Adapted from IBGE (2010, p. 111-112, 182-183, 198-202).

As shown in Table 1, according to the Census, the number of girls involved in formal and informal marriages in Brazil is over five times higher than the number of boys – 4% of the female population aged 10 to 17 were in a marital union (1.36% of total married women) versus 0.73% of the male population of the same age (0.25% of total married men) (IBGE, 2010, p. 111; 2011, p. 114) –, which confirms the diagnosis that child marriage is a practice that affects mainly girls. What's more, it is interesting to notice that informal unions correspond to 89.5% of child marriages in the country versus 39.4% of marriages involving only adults (IBGE, 2010, p. 111), which also validates the consensus that child marriage is an informal practice.

The Census also displays the correlation between child marriage and race in Brazil. While marriages involving White children and adolescents represent 0.57% of this racial

13 Both urbanised and non-urbanised areas, within and outside the urban perimeters of cities (IBGE, 2010, p. 26).

14 The minimum wage brackets were used to calculate the monthly household income, according to the monthly minimum wage in effect in 2010, which was 510.00 Brazilian reais (IBGE, 2010, p. 40). Those values were subsequently converted to US dollars in accordance with the average exchange rate in 2010, which was 0.5685 USD per 1 BRL (Exchange Rates UK, 2023).

group's unions (encompassing 1.97% of its population between 10 and 17 years old), marriages involving Black children and adolescents represent 1.03% of those unions (encompassing 2.64% of this group's population), marriages involving Asian children and adolescents represent 0.83% of the unions (encompassing 2.99% of that population), and marriages involving Indigenous children and adolescents represent 3.06% of the unions (encompassing 6.6% of this group) (IBGE, 2010, p. 182; 2011, p. 132). Even if such results confirm the assessment that historically marginalised populations in Brazil – namely, the Black and Indigenous communities – are the main victims of rights violations, including child marriage, they also reveal that the Asian population is noticeably affected by such practices as well.

Regarding young wives' and husbands' residence locations, they represented 0.71% of total urban marriages, involving 2.17% of the local population between 10 and 17 years old, and 1.28% of total rural marriages, encompassing 3.28% of the local population of the same age (IBGE, 2010, p. 112; 2011, p. 114). Such results reveal that, even though children and adolescents residing in rural regions have a higher propensity to become involved in child marriages, such unions also happen in urban areas.

Finally, concerning monthly household income, there is a noticeable correlation between poverty and child marriage, with the incidence of marriages involving people aged 10 to 17 decreasing concurrently with an increase in income: such unions involving individuals with no income represented 2.02% of total marriages; those with a monthly income of up to 144.96 USD represented 1.66%; those with an income of 144.97 to 289.93 USD represented 1.88%; those with an income of 289.94 to 579.87 USD represented 1.11%; those with a monthly income of 579.88 to 869.80 USD represented 0.76%; and so on until the unions involving people with a monthly income above 5,798.71 USD, who represented only 0.08% of total marriages (IBGE, 2010, p. 198-202).

Focusing now on the Civil Registry Statistics, even though it contains information only on formal marital unions between spouses of different sexes – that is, only civil marriages, which represent only 10.5% of national child marriages (IBGE, 2010, p. 111) – celebrated between 2003 and 2021[15] by children and adolescents,[16] it specifies the nationality and marital status of spouses, place of registration (regions, states, and municipalities), and months of the marriages' occurrence and registration. Once again, this paper will target the variables mostly mentioned in the research on child marriage.

15 When conducting the survey on the IBGE's Automatic Recovery System platform on August 8th, 2023, 2021 was the last year with recorded data.

16 No specification is made regarding the starting age from which the data are collected, only the ending age is provided (17 years old).

Firstly, it is important to note that there has been a continuous decline in formal marriages involving children and adolescents in Brazil, both nationally (a reduction of 66.9%), and across all its regions (43.4% for the North, 75% for the Northeast, 67.5% for the Centre-West, 58.7% for the Southeast, and 71.2% for the South), between 2003 and 2021; however, a lack of complementary data does not allow for the formulation of viable hypotheses regarding the reasons for this occurrence. Nonetheless, in 2021, Brazil still registered 16,572 formal child marriages, which, if accounting only for unions involving girls, means that 45.4 girls were formally married per day (IBGE, 2023).

Going beyond absolute numbers – according to which the regions of Brazil with the highest rates of civil marriages for girls under 18 years of age in 2021 were the Southeast (5,197 unions) and the Northeast (4,713 unions) –, it is important to note that, in percentage terms, the regions with the highest levels of child marriages involving girls were the North (2.97% of total marriages) and the South (2.26% of total marriages) (IBGE, 2023).

The Civil Registry Statistics also show that, similar to the case in 2021, there is a tendency for girls to formally marry older men, which is not seen in the case of boys, who tend to marry women of a closer age (id.). While girls tend to marry men who are aged 20 to 24 (52%), followed by those aged 18 to 19 (23%) and those aged 25 to 29 (15%); boys tend to marry women who are within their same age group (47%), followed by those 18 to 19 years old (31%) and those aged 20 to 24 (17%).

TABLE 2 – **INDIVIDUALS AGED UP TO 17 YEARS COEXISTING IN A FORMAL MARITAL UNION IN BRAZIL ACCORDING TO SEX, PLACE OF REGISTRATION OF THE UNION, AND THE GIRL MARRIAGE PERCENTAGE COMPARED TO THE TOTAL NUMBER OF FORMAL UNIONS (2021)**

REGION OF BRAZIL	STATE	SEX		GIRL MARRIAGES COMPARED TO THE TOTAL NUMBER OF UNIONS
		GIRLS	BOYS	
NORTH	RONDÔNIA	745	48	6.16%
	ACRE	128	6	3.28%
	AMAZONAS	188	19	1.44%
	RORAIMA	45	0	2.05%
	PARÁ	942	60	2.73%
	AMAPÁ	31	0	1.11%
	TOCANTINS	177	11	2.5%

(continues...)

REGION OF BRAZIL	STATE	SEX		GIRL MARRIAGES COMPARED TO THE TOTAL NUMBER OF UNIONS
		GIRLS	BOYS	
NORTHEAST	MARANHÃO	725	69	3.39%
	PIAUÍ	194	22	2.28%
	CEARÁ	674	75	2.02%
	RIO GRANDE DO NORTE	198	26	1.51%
	PARAÍBA	384	32	2.4%
	PERNAMBUCO	955	84	2.18%
	ALAGOAS	392	44	2.86%
	SERGIPE	94	9	1.3%
	BAHIA	1,097	84	1.8%
CENTRE-WEST	MATO GROSSO	463	36	2.68%
	MATO GROSSO DO SUL	381	72	2.69%
	GOIÁS	763	64	2.52%
	DISTRITO FEDERAL	158	22	0.77%
SOUTHEAST	MINAS GERAIS	2,035	125	1.95%
	ESPÍRITO SANTO	456	28	1.98%
	RIO DE JANEIRO	440	28	0.58%
	SÃO PAULO	2,266	214	0.99%
SOUTH	PARANÁ	1,494	191	2.95%
	SANTA CATARINA	527	45	1.67%
	RIO GRANDE DO SUL	620	86	1.81%

Source: Adapted from IBGE (2023).

Finally, as displayed in Table 2, formal marital unions involving children and adolescents occur in all Brazilian states – and most municipalities (IBGE, 2023) –, even though the practice is particularly concentrated in the state of Rondônia (6.16% of that state's total marriages). However, when focusing on unions involving girls up to 15 years old – which have been declared unexceptionally illegal since 2019 –, the states that stand out are Paraná (where every 6.1 days a girl was formally married in 2021) and Mato Grosso do Sul (where every 19.2 days a girl was formally married in that same year).

5. Outline of Girl Marginalisation in Brazil

As previously mentioned, the modern ideal of pure, innocent, and vulnerable childhood usually guides legal and political discussions on female childhood and adolescence. When such an ideal is undermined by the admission of sexual and/or marital practices, the girls involved often have their child/adolescent status questioned, are deemed unworthy of the special protections afforded to children and adolescents, and held accountable for their "mistakes" as if they were adults.

In this regard, I highlight a collegiate decision from the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), handed down in March 2024, that deals with a case of continued rape of a vulnerable person that led to the pregnancy of a 12-year-old girl by a 20-year-old man, who was acquitted on the grounds that he was unaware of the illegality of his practice. In the words of the minister reporting on the case, Reynaldo Soares da Fonseca, it is imperative to recognize the exceptionality of "situations in which life is greater than the law", such as those "in which 12-year-old children enter into a union and, from that, babies are born", so that these families and, especially, the babies, are not further harmed (Brazil, 2024).

It is worth noting that such judgments are extremely influenced by gender, social class, race, ethnicity, and culture – factors that are amplified in a country marked by patriarchy, racism, and colonization, in which child marriage happens in a complex social scenario marked by many incongruencies. When focusing specifically on sexual practices, the gender of the children and adolescents gains even more relevance considering the patriarchal system's different processes of socialization and education for boys and girls. While boys' sexuality is generally valued and encouraged, not affecting their special legal protection because of age, girls' sexuality is a source of moral panic for families and public institutions (Magalhães; Santiago; Debique, 2019, p. 55).

Therefore, in Brazil, the understanding that "childhood is a culturally formed and socially constructed concept that is subject to constant change" (Betz, 2010, p. 13) and that girls' social class, race, ethnicity, and culture intersect to inform their experience of the world (Amoah, 2007) are notably absent, thereby perpetuating girls' marginalisation (Taefi, 2009, p. 346). The complexity of such a scenario can be further observed in the discussion around young wives' agency.

5.1. Recognizing Young Wives' Agency

One hallmark of child marriage in Latin America and the Caribbean is the alleged agency of the young wives, which contradicts the international children's rights advocacy discourse on the inherent lack of consent in early marriages (Unicef, 2001, p. 8; Equality Now, 2014, p. 13), whereupon, as highlighted by Karl Hanson (2016, p. 474), "even if girls under the acceptable age limit choose to marry, according to the current human rights regime, this choice cannot be, per definition, understood as an autonomous choice".

According to Laura Ahearn (2001, p. 7), agency refers to "the culturally constrained capacity to act". The author explains that agency "is a concept that *is itself context-dependent*", being "tied up with culturally and historically variable notions of personhood that can be influenced by such things as capitalism", Western development endeavours, colonialization, etc. (Ahearn, 2001, p. 54). It is important to recognise that agency is not synonymous with free will, as people's actions are always socially, culturally, and linguistically constrained, nor with resistance, since it "may also involve complicity with, accommodation to, or reinforcement of the status quo" (Ahearn, 2001, p. 55).

Concerning children's agency specifically, sociologists James and James (2012, p. 4) conceptualize it as their ability to have *some* control over their life direction and to play *some* part in the changes that take place in society. The amount and content of this "some" then becomes a central query of the Sociology of Childhood, which, even after its 1990s paradigm shift, has not abandoned its paternalistic approach nor its universality (Bordonaro; Payne, 2012).

More recently, however, examination of childhood in a historical context has shown that the experiences of children and adolescents are culturally specific, socially constructed, and contradictory (Bunting, 2005, p. 21). Such recognition gave rise to research on the variety of children's agency types, as well as on its ambiguity and ambivalence (Oswell, 2021, p. 35).

TABLE 3 – **TYPES OF AGENCY AND DESCRIPTION BY AUTHORS**

TYPE OF AGENCY	DESCRIPTION	AUTHOR
ACCOMMODATING	ACTIONS THAT DO NOT CHALLENGE TRADITIONAL NORMS BUT TRY TO ACCOMMODATE THEM AS A SUBTERFUGE.	MACLEOD (1992)
OPPORTUNISTIC	SELECTION OF THE ENDS TO SUIT THE AVAILABLE MEANS RATHER THAN THE REVERSE, RECOGNISING THE DIFFERENCE BETWEEN A PROMISING AND AN UNPROMISING OFFER.	JOHNSON-HANKS (2005)
TACTICAL	ACTIONS DESIGNED TO RESPOND TO THE CIRCUMSTANCES OF ONE'S IMMEDIATE ENVIRONMENT AND MAXIMISE THE EFFECTIVENESS OF THAT CONCRETE RESPONSE.	HONWANA (2006)
SUBTLE	INFORMAL STRATEGIES, OFTEN UNNOTICED, DESIGNED TO QUIETLY RESIST PREVAILING DOMINANT POWER RELATIONS.	BELL (2007)
THICK	HAVING THE LATITUDE TO ACT WITHIN A BROAD RANGE OF OPTIONS.	KLOCKER (2007)

(continues...)

TYPE OF AGENCY	DESCRIPTION	AUTHOR
THIN	DECISIONS AND EVERYDAY ACTIONS THAT ARE CARRIED OUT WITHIN HIGHLY RESTRICTIVE CONTEXTS, CHARACTERISED BY FEW VIABLE ALTERNATIVES.	KLOCKER (2007)
TRANSFORMATIVE	ONE'S ABILITY TO TRANSFORM AND REMAKE TRADITIONAL NORMS.	BAJAJ (2009)
EVERYDAY	DEALING WITH SITUATIONS OF THE SO-CALLED CRISIS AND VULNERABILITY THAT ARE FREQUENTLY PERCEIVED TO BE A PART OF EVERYDAY LIFE BY CHILDREN THEMSELVES.	PAYNE (2012)
OPPOSITIONAL	ADOPTION OF TRANSGRESSIVE BEHAVIOURS AND ENGAGEMENT IN DIRECTLY OPPOSITIONAL AND COMBATIVE SOCIAL PRACTICES.	MURPHY-GRAHAM AND LEAL (2015)

Source: Author's own elaboration.

As shown in Table 3, many types of agency have been empirically found present in the daily lives of children all over the globe. Their theorisation aims to amplify the contours of what is generally understood as children's capacity to understand and act, by highlighting the social and economic constraints that limit them (e.g., accommodating, thin, and everyday agency), the ability to resist such constraints (e.g., thick, transformative, and oppositional agency), and the complex space between both extremes (e.g., opportunistic and tactical agency).

These concepts have been drawn by the authors' "reluctance to be dismissive of the pressures placed on" children and adolescents, "by poverty and various socio-cultural factors, to enter (and to stay in) potentially appalling" situations (such as child marriages, child labour, sexual exploitation, among others), and, at the same time, recognition that "their agency in this process cannot be completely denied, as they understand and actively negotiate the expectations and power relations that surround them while making decisions aimed at improving their own lives and those of their families" (Klocker, 2007, p. 84-85).

All authors also recognize that children's agency can be modified "over time and space, and across their various relationships", contexts and structures so that such types seek to "convey a sense of the 'layering' or 'eroding' effects of the multiplicity of factors that affect" their agency (Klocker, 2007, p. 85).

It is important to note, however, that, as denounced by Lorenzo Bordonaro (2012, p. 422), even if unintentionally, these types of agency may paradoxically reinforce the moral distinction between what is appropriate or not for children to do. Such division is highly employed by the international children's rights advocacy discourse, which, in the name of protecting

children and adolescents against exploitation, deems their agency to engage in improper behaviour impossible by definition (Hanson, 2016, p. 474).

This is particularly true for girls involved in child marriage. Although, conceptually, both the decision to marry and the choice not to do so can be viewed as expressions of agency, this perspective does not hold when the individual in question is a girl. In such cases, she is often seen as lacking the recognised agency to make decisions that might, theoretically, not align with her best interests (Horii, 2020, p. 255, 260). Such judgment, however, does not protect her interests – adequately or at all – and, on the contrary, inhibits young wives from calling for help when they need it.

A survey by Taylor *et al.* (2019, p. S47) found that in Latin American and Caribbean countries – including Brazil –, the legal, social, and/or cultural systems of norms prescribing what girls and women should and should not do, and the reaction of such girls to these prescripts, lead to child marriages. The authors conclude that social norms that sustain child marriage interact with "girls' agency and the multiple actors influencing decisions about marriage, relationships, and sexuality" (Taylor *et al.*, 2019, p. S50). In Mowri *et al.*'s words (2020, p. 22), "consenting to marriage is almost never free of degrees of socio-cultural obligations, control of sexuality, persuasion, pressure, threat and force from different actors".

However, when listening to girls' perspectives, it becomes clear that, very often, "they themselves made the decision to marry", either for love, for belonging to the community, or for better life opportunities (Horii, 2020, p. 266). Therefore, recognition of their agency is fundamental for comprehending the practice of child marriage and proposing public services and programs that both prevent it and aid the girls who are already married, allowing them to "lead the lives they wish to live" (Horii, 2020, p. 266).

Acknowledging young wives' agency in a more nuanced, dynamic, and critical way, without neglecting the historical, cultural, social, and economic forces that influence their decisions, relies on a relational reconceptualization of children's agency, as suggested by Florian Esser (2016, p. 51). According to his approach, "agency cannot be separated from childhood, as an element of the generational hierarchy that defines that agency, and is itself defined through that agency", and it is simultaneously understood as a social phenomenon that must always be analysed in terms of concrete relationships of children (Esser, 2016, p. 58).

By being grounded in the conditions that factually and symbolically impact the occurrence and consequences of child marriage (Bunting, 2005, p. 33), such an approach allows for the recognition of (im)balances of power, structures, and institutional force between the agents, without silencing them (Horii, 2020, p. 261).

Final Remarks and Recommendations

Guided by the modern ideal of pure, innocent, and vulnerable childhood, children's rights advocacy discourse often tends to assume that young brides are "victims" in need of liberation

through induction into the progressive and morally proper social and legal norms. If, however, the girls claim that they do not need any help, even if internationally their agency is denied, in Brazil, they will be deemed as unworthy of the special protections afforded to children and adolescents. They will also be held accountable for their decisions as adults.

It is evident that legally prohibiting and morally condemning child marriage has not stopped thousands of Brazilian girls from getting into such unions. Now, it is time to recognise that it has hindered their access to help and support through public services and programs for fear of judgment and punishment. Even though there are relevant differences between giving in, consenting, and deciding, a more nuanced, dynamic, and critical understanding of children's agency in general – such as Esser's (2016) relational approach –, and young wives' agency specifically, is needed for truly comprehending the practice of early marriage in the country and developing public services and policies that both prevent it and aid already married girls in their daily lives.

Therefore, specifically regarding the reality of Brazilian girls involved in child marriage, I suggest that a thorough consideration of their agency as young wives should start from the recognition that adopting a theoretical ideal of innocence does not guarantee their protection; rather, it places them at a greater social risk – either because it leads to their exclusion from legal guarantees or disregards a series of economic, social, and cultural factors that simultaneously contextualise and constrain their life experiences, choices, and desires. Consequently, the legal and political understanding of these young wives' agency should consider their living conditions and be grounded in the provision of efficient and sufficient services and public policies capable of ensuring their general rights and specific needs.

However, for the later application of this approach to be possible, a series of other measures is necessary. First and foremost, it is about time that Brazil properly recognises the seriousness of the occurrence of child marriage in its territory and the State's responsibility in providing transversal public policies that aim at guaranteeing rights, knowledge, and sufficient opportunities, so that all girls have many options in building their life projects, even in face of the intricate local scenario and their gender- and age-specific marginalisation.

Given the recent legislative change removing any exceptions that legally permitted the marriage of adolescents under 16 years old, pushing to raise the marriageable age to 18 seems implausible and fruitless in the current political and social climate. Nonetheless, understanding the permanence of such marriages, regardless of legal reform and, mainly, the prevalence of informal unions – whether through the systematic collection and analysis of specific national and local data on the subject, preferably by DHS and MICS, or through the promotion and encouragement of research on the topic – is overdue.

Additionally, it is essential to not only include child marriage prevention and support for young wives in current public programs and actions, but also to build a common agenda between the Judiciary and Executive bodies to ensure the implementation of intersectoral

programs and actions, with specialized and integrated care in the areas of health, education, social assistance, and labour. Accordingly, promoting a significant change in the current school curriculum, including issues linked to gender, race, discrimination, violence, and comprehensive sex education – subjects of extremely polarised discussion in Brazil –, and facilitating the access of children and adolescents to public health services is indispensable.

Given the complexity of the practice, more and better data as well as new research on child marriage are needed to "drive evidence-based policies and programs and contribute to better measures of tracking progress toward change" (Taylor *et al.*, 2015, p. 127). For that, the recognition of children's agency becomes of paramount importance, as are the acts of respecting and listening to young wives' experiences to understand the roots and consequences of their involvement in marriage. By heeding the voice of these individuals, we can better protect and empower our children.

REFERENCES

ABEBE, Tatek. Reconceptualising Children's Agency as Continuum and Interdependence. *Social Sciences*, Basel, v. 8, n. 3, p. 81- 96, 2019.

AGENDA 227. *Plano País para a Infância e para a Adolescência*: Propostas de Políticas Públicas. Brasília: Agenda 227, 2022.

AHEARN, Laura. *Invitations to Love*: Literacy, Love Letters, and Social Change in Nepal. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001.

AMOAH, Jewel. The World on Her Shoulders: The Rights of the Girl-Child in the Context of Culture and Identity. *Essex Human Rights Review*, Colchester, v. 4, n. 2, p. 1-23, 2007.

BAJAJ, Monisha. 'I Have Big Things Planned for My Future': The Limits and Possibilities of Transformative Agency in Zambian Schools. *Compare*, Oxfordshire, v. 39, n. 4, p. 551-568, 2009.

BELL, Stephen. 'The Child Drums and the Elder Dances'? Girlfriends and Boyfriends Negotiating Power Relations in Rural Uganda. *In:* PANELLI, Ruth; PUNCH, Samantha; ROBSON, Elsbeth (eds.). *Global Perspectives on Rural Childhood and Youth*: Young Rural Lives. Oxfordshire: Routledge, 2007. p. 179-191.

BETTIS, Pamela; ADAMS, Natalie. Landscapes of Girlhood. *In:* BETTIS, Pamela; ADAMS, Natalie (eds.). *Geographies of Girlhood*: Identities In-Between. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates, 2005. p. 1-16.

BETZ, Tanja. Modern Children and Their Well-Being: Dismantling an Ideal. *In:* ANDRESEN, Sabine *et al.* (eds.). *Children and the Good Life*: New Challenges for Research on Children. Dordrecht: Springer, 2010. p. 13-28.

BORDONARO, Lorenzo. Agency Does Not Mean Freedom. Cape Verdean Street Children and the Politics of Children's Agency. *Children's Geographies*, Abingdon, v. 10, n. 4, p. 413-426, 2012.

BORDONARO, Lorenzo; PAYNE, Ruth. Ambiguous Agency: Critical Perspectives on Social Interventions with Children and Youth in Africa. *Children's Geographies*, Abingdon, v. 10, n. 4, p. 365-372, 2012.

BRAZIL. Superior Court of Justice. Quinta Turma – STJ – 12/03/2024. *YouTube*, Brasília, Mar. 12th, 2024. Available at: https://www.youtube.com/watch?v=YlywnMoDmj8. Accessed on: Mar. 18th, 2024.

BRAZIL. Chamber of Deputies. Casamento na infância e adolescência no Brasil. *YouTube*, Brasília, Jun. 22th, 2023. Available at: https://www.youtube.com/watch?v=s-5T_YmNmE0. Accessed on: Aug. 8th, 2023.

BRAZIL. Chamber of Deputies. Abuso Infantil e Casamento Infantil. *Audiências Interativas*, Brasília, Feb. 23th, 2022.

BRAZIL. Chamber of Deputies. Casamento precoce, suas implicações e a legislação nacional sobre o tema. *Audiências Interativas*, Brasília, Nov. 8th, 2017.

BRAZIL. *Lei No. 12.852, de 5 de agosto de 2013*. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE. [2013]. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm. Accessed on: Oct. 30th, 2024.

BRAZIL. National Congress. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 2004.

BRAZIL. *Lei No. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. [2002]. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Accessed on: Nov. 11th, 2024.

BRAZIL. *Lei No. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [1990]. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Accessed on: Oct. 30th, 2024.

BRUCE, Judith. A Note on the Social and Economic Development and Reproductive Health of Vulnerable Adolescent Girls. *Expert Group Meeting on the Elimination of All Forms of Discrimination and Violence Against the Girl Child*. Expert Paper n. 11. Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2006.

BUNTING, Annie. Stages of Development: Marriage of Girls and Teens as an International Human Rights Issue. *Social & Legal Studies*, London, v. 14, n. 1, p. 17-38, 2005.

BUNTING, Annie; ENGLE, Merry Sally. Global Regulation and Local Political Struggles: Early Marriage in Northern Nigeria. *In:* VENKATESH, Sudhir Alladi; KASSIMIR, Ronald (eds.). *Youth, Globalization, and the Law*. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 321-353.

CASTRO, Lucia. Decolonising Child Studies: Development and Globalism as Orientalist Perspectives. *Third World Quarterly*, Oxfordshire, v. 42, n. 11, p. 2487-2504, 2021.

CASTRO, Lucia. Why Global? Children and Childhood from a Decolonial Perspective. *Childhood*, Thousand Oaks, v. 27, n. 1, p. 48-62, 2020.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (CRC). *Concluding Observations on the Combined 2nd to 4th Periodic Reports of Brazil*. Geneva: UN, 2015.

CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN (CEDAW); COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (CRC). *Joint General Recommendation No. 31 of Committee on the Elimination of Discrimination against Women / General Comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on Harmful Practices*. Geneva: UN, 2014.

EGAN, R. Danielle; HAWKES, Gail. The Problem with Protection: Or, Why We Need to Move Towards Recognition and the Sexual Agency of Children. *Continuum*, Oxfordshire, v. 23, n. 3, p. 389-400, 2009.

EQUALITY NOW. *Protecting the Girl Child*: Using the Law to End Child, Early and Forced Marriage and Related Human Rights Violations. New York: Equality Now, 2014.

ESSER, Florian. Neither "Thick" nor "Thin": Reconceptualising Agency and Childhood Relationally. *In:* ESSER, Florian *et al.* (eds.). *Reconceptualising Agency and Childhood*: New Perspectives in Childhood Studies. London: Routledge, 2016. p. 48-60.

EXCHANGE RATES UK. *Brazilian Real to US Dollar Spot Exchange Rates for 2010*. London, 2023. Available at: https://www.exchangerates.org.uk/BRL-USD-spot-exchange-rates-history-2010.html. Accessed on: Aug. 8th, 2023.

FAULKNER, Joanne. *The Importance of Being Innocent*: Why We Worry About Children. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

GARLEN, Julie. Interrogating Innocence: "Childhood" as Exclusionary Social Practice. *Childhood*, Thousand Oaks, v. 26, n. 1, p. 54-67, 2019.

GIRLS NOT BRIDES. *Child Marriage in Latin America and the Caribbean*, London, Aug. 2017. Available at: https://www.girlsnotbrides.org/documents/535/Child-marriage-in-LAC-01.2017.pdf. Accessed on: Aug. 8th, 2023.

HANSON, Karl. Children's Participation and Agency When They Don't "Do the Right Thing". *Childhood*, Thousand Oaks, v. 23, n. 4, p. 471-475, 2016.

HONWANA, Alcinda. *Child Soldiers in Africa*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006.

HORII, Hoko. Walking a Thin Line: Taking Children's Decision to Marry Seriously? *Childhood*, Thousand Oaks, v. 27, n. 2, p. 254-270, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estatísticas do Registro Civil 2003/2019. *Sistema IBGE de Recuperação Automática*, Rio de Janeiro, 2023. Available at: https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/2021. Accessed on: Aug. 8th, 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*: Características da População e dos Domicílios. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*: Nupcialidade, Fecundidade e Migração. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

JAMES, Allison; JAMES, Adrian. *Key Concepts in Childhood Studies*. 2nd. ed. London: Sage Publications, 2012.

JOHNSON-HANKS, Jennifer. When the Future Decides: Uncertainty and Intentional Action in Contemporary Cameroon. *Current Anthropology*, Chicago, v. 46, n. 3, p. 363-385, 2005.

KLOCKER, Natascha. An Example of 'Thin' Agency: Child Domestic Workers in Tanzania. *In:* PANELLI, Ruth; PUNCH, Samantha; ROBSON, Elsbeth (eds.). *Global Perspectives on Rural Childhood and Youth*: Young Rural Lives. Oxfordshire: Routledge, 2007. p. 83-94.

LOWENKRON, Laura. Menina ou moça? Menoridade e consentimento sexual. *DESidades*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 9-18, 2016.

LOWENKRON, Laura. Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 45, p. 225-258, 2015.

MACLEOD, Arlene. Hegemonic Relations and Gender Resistance: The New Veiling as Accommodating Protest in Cairo. *Signs*, Chicago, v. 17, n. 3, p. 533-557, 1992.

MAGALHÃES, Daniella; SANTIAGO, Viviana; DEBIQUE, Flávio. *Tirando o véu*: estudo sobre casamento infantil no Brasil. São Paulo: Plan International Brasil, 2019.

MAHATI, Stanford; PALMARY, Ingrid. Independent Migrant Children, Humanitarian Work and Statecraft: Mapping the Connections in South Africa. *In:* O'DELL, Lindsay; BROWNLOW, Charlotte; BERTILSDOTTER-ROSQVIST, Hanna (eds.). *Different Childhoods*: Non/Normative Development and Transgressive Trajectories. Oxfordshire: Routledge, 2018. p. 105-118.

MINISTRY OF HEALTH. *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Mulher e da Criança* – PNDS 2006. Brasília: CEBRAP, 2008.

MOWRI, Seama *et al.* Binary Framing of Consent and Coercion of Child Marriage: A Critique. *In:* CRIVELLO, Gina; MANN, Gillian (eds.). *Dreaming of a Better Life*: Child Marriage Through Adolescent Eyes. Oxford: Young Lives, 2020. p. 21-32.

MURPHY-GRAHAM, Erin; LEAL, Graciela. Child Marriage, Agency, and Schooling in Rural Honduras. *Comparative Education Review*, Chicago, v. 59, n. 1, p. 24-49, 2015.

O'DELL, Lindsay; BROWNLOW, Charlotte; BERTILSDOTTER-ROSQVIST, Hanna (eds.). *Different Childhoods*: Non/Normative Development and Transgressive Trajectories. Oxfordshire: Routledge, 2018.

OSWELL, David. Children's Agency. *In:* TOMÁS, Catarina *et al.* (eds.). *Key Concepts on Sociology of Childhood*: Global Perspectives. Braga: UMinho, 2021. p. 29-35.

PAYNE, Ruth. 'Extraordinary Survivors' or 'Ordinary Lives'? Embracing 'Everyday Agency' in Social Interventions with Child-Headed Households in Zambia. *Children's Geographies*, Abingdon, v. 10, n. 4, p. 399-411, 2012.

ROBINSON, Kerry. Childhood and Sexuality: Adult Constructions and Silenced Children. *In:* MASON, Jan; FATTORE, Toby (eds.). *Children Taken Seriously*: In Theory, Policy and Practice. London: Jessica Kingsley Publishers, 2005. p. 66-76.

TAEFI, Nura. The Synthesis of Age and Gender: Intersectionality, International Human Rights Law, and the Marginalisation of the Girl-Child. *The International Journal of Children's Rights*, Leiden, v. 17, n. 3, p. 345-376, 2009.

TAYLOR, Alice *et al.* Child Marriages and Unions in Latin America: Understanding the Roles of Agency and Social Norms. *Journal of Adolescent Health*, Amsterdam, v. 64, n. 4, p. S45-S51, 2019.

TAYLOR, Alice *et al. "She goes with me in my boat"*: Child and Adolescent Marriage in Brazil. Distrito Federal: Promundo, 2015.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). Early Marriage: Child Spouses. *Innocenti Digest*, Florence, n. 7, p. 1-28, 2001.

UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN (UN WOMEN) *et al. Reforming the Legislation on the Age of Marriage*: Successful Experiences and Lessons Learned from Latin America and the Caribbean. New York: UN Women, 2016.

UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). *Marrying Too Young*: End Child Marriage. New York: UNFPA, 2012.

WIEDEMANN, Denise. Legal Progress and Socio-Economic Reflections on Child Marriage in Latin America. *International Journal of Law, Policy, and the Family*, Oxford, v. 35, n. 1, p. 1-16, 2021.

WODON, Quentin *et al. Casamento na infância e adolescência*: a educação das meninas e a legislação brasileira. Washington, D.C.: Banco Mundial, 2019.

WODON, Quentin *et al. Ending Child Marriage*: Child Marriage Laws and Their Limitations. Washington, D.C.: World Bank, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Maternal and Child Health and Family Planning for Health* (WHA46.18). Genève: World Health Organization, 1993.

Larissa Cristina Margarido

PhD Candidate in Law and Development at the FGV Sao Paulo Law School (FGV DIREITO SP). Master of Laws by the same institution. Bachelor of Laws by the University of São Paulo's Law School of Ribeirão Preto (FDRP-USP). Global Fellow at the Center on Law & Social Transformation – LawTransform (CMI/UiB), in Bergen, Norway. Researcher.

larimargarido@hotmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 09.10.2023
Aprovado: 03.07.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202439

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.
Lívia Gonçalves Buzolin e Siri Gloppen (*Editoras convidadas*)

1 University of Pretoria, Centre for Human Rights, Faculty of Law, Pretoria, Gauteng, South Africa
https://orcid.org/0000-0001-6426-2817

Maternal Health Financing and Postpartum Detentions: Political Will as an Underlying Determinant for Respectful Maternity Care in Kenya

FINANCIAMIENTO DE LA SALUD MATERNA Y DETENCIONES POSPARTO: LA VOLUNTAD POLÍTICA COMO DETERMINANTE SUBYACENTE PARA LA ATENCIÓN RESPETUOSA DE LA MATERNIDAD EN KENIA

FINANCIAMENTO DA SAÚDE MATERNA E DETENÇÕES PÓS-PARTO: VONTADE POLÍTICA COMO DETERMINANTE SUBJACENTE PARA CUIDADOS DE MATERNIDADE RESPEITOSOS NO QUÊNIA

Kerigo Odada[1]

Abstract
Maternal health financing is a critical aspect of health financing that the Kenyan government has focused on from as early as 1965. Over the years, through several policy initiatives, the government has demonstrated its commitment to providing free access to maternal healthcare services, especially for the poor, although with limited success. Like many other government projects, the implementation of free maternity care initiatives has been full of political, technical, and financial challenges, which, as of 2024, have taken a turn for the worse, with the government's 2024/2025 national budget slashing the budgetary allocation for free maternal healthcare by half. The current maternal healthcare financing model either prevents women from accessing maternity care services, due to the high cost of care, or places them at risk of postpartum detention and abuse in hospitals. This article, through a qualitative methodological approach, involving the analysis of secondary data collected from various sources available via desktop research, shall demonstrate that legal recognition of rights associated with maternal health without equitable health financing plans and political will does not address the challenges associated with inequitable access to respectful maternity care.

Keywords
Obstetric violence; maternal health; financing; postpartum detention; politics.

Resumen
La financiación de la salud materna es un aspecto crítico de la financiación de la salud en los que el gobierno de Kenia se ha centrado desde 1965. A lo largo de los años, a través de varias iniciativas políticas, el gobierno ha demostrado su compromiso de brindar acceso gratuito a los servicios de atención de salud materna, especialmente para los pobres, aunque con un éxito limitado. Como muchos otros proyectos gubernamentales, la implementación de iniciativas de atención de maternidad gratuita ha estado llena de desafíos políticos, técnicos y financieros que, a partir de 2024, han empeorado con el presupuesto nacional del gobierno para 2024/2025 recortando la asignación presupuestaria para la atención de salud materna gratuita a la mitad. El actual modelo de financiación de la atención de salud materna impide que las mujeres accedan a los servicios de atención de maternidad debido al alto costo de la atención o las pone en riesgo de detención posparto y abuso en los hospitales. Por lo tanto, este artículo, a través de un enfoque metodológico cualitativo que involucra el análisis de datos secundarios recopilados de diversas fuentes disponibles a través de investigación documental, demostrará que el reconocimiento legal de los derechos asociados con la salud materna sin planes

de financiamiento de salud equitativos y voluntad política no aborda los desafíos asociados con Acceso desigual a una atención maternal respetuosa.

Palabras clave
Violencia obstétrica; salud maternal; financiamiento; detención posparto; política.

Resumo
O financiamento da saúde materna é um aspecto crítico do financiamento da saúde em que o governo queniano se tem concentrado desde 1965. Ao longo dos anos, por meio de várias iniciativas políticas, o governo demonstrou o seu compromisso em proporcionar acesso gratuito aos serviços de saúde materna, especialmente para os pobres, embora com sucesso limitado. Tal como muitos outros projetos governamentais, a implementação de iniciativas de cuidados de maternidade gratuitos tem estado repleta de desafios políticos, técnicos e financeiros, cenário que, a partir de 2024, piorou com o orçamento nacional do governo para 2024/2025, que reduziu pela metade a dotação orçamentária para cuidados de saúde materna gratuitos. O atual modelo de financiamento dos cuidados de saúde materna impede o acesso das mulheres aos serviços de cuidados de maternidade devido ao elevado custo dos cuidados ou coloca-as em risco de detenção pós-parto e de abusos nos hospitais. Este artigo, por meio de uma abordagem metodológica qualitativa que envolve a análise de dados secundários recolhidos de diversas fontes disponíveis através de investigação documental, demonstrará, portanto, que o reconhecimento legal dos direitos associados à saúde materna sem planos equitativos de financiamento da saúde e vontade política não endereça os desafios associados ao desigual acesso aos cuidados respeitosos de saúde materna.

Palavras-chave
Violência obstétrica; saúde materna; financiamento; detenção pós-parto; política.

Como citar este artigo
ODADA, Kerigo. Maternal Health Financing and Postpartum Detentions: Political Will as an Underlying Determinant for Respectful Maternity Care in Kenya. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2439, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202439

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

Kenya has designed and implemented several maternal health financing programmes throughout its history. These initiatives have focused on increasing access to facility-based childbirth to lower Maternal Mortality Ratios (MMR) and make progress towards achieving Universal Health Coverage (UHC) (Onambele *et al.*, 2023; WHO, 2005). Unfortunately, despite these efforts, the cost of care remains one of the major barriers limiting access to facility-based care, particularly for pregnant persons. As in many parts of Africa, the financial inaccessibility of maternal healthcare services in Kenya continues to limit the uptake of facility-based care with a disproportionate impact on poor women (Tama *et al.*, 2018; Gitobu; Gichangi; Mwanda, 2018, p. 77; Wamalwa, 2015, p. 375). To date, prohibitive rates of out-of-pocket (OOP) expenses incurred during facility-based childbirth continue to force many people to choose between health and other competing priorities, pushing many households into poverty, while others avoid seeking facility-based care altogether (Victora *et al.*, 2012).

Furthermore, beyond posing financial risks to healthcare users, evidence also shows that OOP expenses predispose service users to the loss of liberty through detention in health facilities, which occurs because of their inability to pay user fees, and this includes postpartum detention. Postpartum detention is a practice typically enforced within medical facilities. In it, victims who cannot pay user fees are confined within certain sections of hospitals and prevented from leaving until the hospital expenses are cleared (Cowgill; Ntambue, 2019, p. 3). It is a practice that, despite not being legally provided for within the law or policy, has been documented to have occurred in several major hospitals, including Kenyatta National Hospital, Pumwani Maternity Hospital, and Mama Lucy Kibaki Hospitals, which are publicly funded.

Hospital detention, which includes postpartum detention, is illegal because it involves the arbitrary deprivation of liberty and security without following the appropriate procedure enshrined in Article 29 of the Kenyan constitution (Kenya, 2010). This is a right that was affirmed in the case of *Gideon Kilundo & Daniel Kilundo Mwenga v. Nairobi Women's Hospital*, where the court held that, although hospitals have a right to demand payments for services, detaining a patient is not an appropriate avenue for effecting the recovery of debt because it is a violation of fundamental human rights and freedoms (Gideon Kilundo & Daniel Kilundo Mwenga v. Nairobi Women's Hospital, 2018).

While it is recognised that there have been several developments in the management of maternal health services in Kenya, presently, access is still riddled with inequalities due to

1 The author acknowledges the support from LawTransform (the CMI-UiB Centre on Law & Social Transformation in Bergen, Norway) and the Research Council of Norway (project # 322644).

several factors, such as poor health governance architecture, inadequate financing, and lack of political will. With approximately 7.8 million people in Kenya living in extreme poverty, many households are one hospital visit away from detention in hospitals, including postpartum detention. Poverty rates in Kenya, as of 2024, are alarmingly high, with roughly 10.6 million Kenyans in rural areas living on less than 2.15 USD a day and around 1.7 million in urban areas residing in extreme poverty, below the USD 2.15 marker (Cowling, 2024).

Overall, hospital detentions violate human rights and are illegal, as per Kenyan law. However, this research limits itself to the postpartum detention of pregnant persons and their newborns. Through analysis of postpartum detention in Kenya, this article endeavours to demonstrate that arbitrary deprivation of liberty after delivery is a consequence of the state's failure to implement a comprehensive and equitable health financing plan, which would ensure healthcare is accessible, available, acceptable, and of quality (CRR; FIDA, 2007).

This article will expose postpartum detention as a structural creation emanating from the politics of law and policy implementation, designed to produce systematic differences in health status between different socio-economic groups. These differences are produced because social drivers of inequality, such as gender, parity, level of education, socioeconomic status, and disability status, intersect with overarching systems of power and oppression to determine one's health outcome (Velasquez; Figueroa; Dawes, 2022). Following this approach, this article will also highlight how laws and policies, as part of a society's social and political structure, play a fundamental role in determining the extent to which one can realise one's highest attainable standard of health, including Respectful Maternity Care (RMC). Intergroup differences in maternal health outcomes and health, in general, are a creation of laws and policies designed or implemented to produce structural disparities in health, which are unfair and preventable (Braveman, 2006).

Maternal health outcomes result from multiple social factors intersecting with law and policy, which are intrinsically political in nature. To demonstrate this, the article will first provide a background on postpartum detention in Kenya, which will then be followed by a discussion on the legal and policy frameworks on the rights to health and liberty. The article will then delve into the issue of maternal health financing to establish the nexus between postpartum detention, political will, and financial inequalities. Drawing this connection should demonstrate that political will, supported by an enabling policy environment and adequate resource allocation, ultimately determines how much a country can comprehensively realise respectful maternity care and eliminate postpartum detention. Finally, the last section of the article will summarise the discourse and provide recommendations on how the government should address maternal health inequalities in society, which are a consequence of systemic differences in the opportunity groups have to achieve optimal health (Whitehead, 1992).

1. Method

A scoping review guided by the principles of Arksey and O'Malley's (2005) framework was used to answer the main research question of this study: Does political will play a role in addressing challenges associated with maternal health financing, postpartum detention, and maternal health disparities in Kenya? Using this framework, this study examines the extent to which postpartum detention occurs in Kenya, why it occurs, and its intersection with the various manifestations of political power, particularly law, policy, and government.

Through this review, this paper endeavours to establish the value of undertaking a full systematic review to address challenges associated with maternal health financing and postpartum detention. This study uses electronic and non-electronic data sources to examine the gap between the legal and policy framework and lived experiences regarding access to respectful maternity care and postpartum detention in Kenya. To guide the collection of data, a scoping review of literature focused on following postpartum detentions, maternal health financing, social inequalities in health, and political determinants of health was carried out.

Several primary documents and reports were drawn upon, including reports by the World Health Organisation (WHO), the Lancet, and the Kenyan government. For peer-reviewed publications, searches were conducted within academic journals, including PubMed, the BMJ, and BMC, and internet sources, such as Google Scholar and general Google search. The following keywords, among others, were used: resource allocation in healthcare, out-of-pocket expenditure in health, healthcare financing, health policy, maternal health financing, universal health coverage, social-economic determinants of health, health governance, obstetric violence, respectful maternity care, detention in hospital, and Kenya. Relevant literature selected was subsequently included if it helped meet the following objectives:

1. To identify and map the existing research on maternal health financing in Kenya;
2. To understand the challenges and barriers to the implementation of free maternity services;
3. To explore the phenomenon of postpartum detention and its implications for women's health rights;
4. To highlight the importance of political will, policy environment, and resource allocation in realising the right to health.

Through this lens, it was possible to systematically identify and chart relevant literature that meets predetermined inclusion criteria, attends to the specified objectives, and answers the research questions.

2. Postpartum Detention in Kenya

Detention in healthcare facilities for non-payment of user fees is one of seven categories of disrespect and abuse women encounter during facility-based childbirth (Bowser, 2010). It is a human rights violation directly linked to the financial accessibility of maternal healthcare services, and it is a powerful disincentive for women contemplating facility-based childbirth (Mwabu, 1995). Though absent from any official policy, this practice has been documented in several hospitals in Kenya and other countries, such as Congo, Burundi, Tanzania, and Nigeria, among others (Bowser, 2010; Okafor; Ugwu; Obi, 2015, p. 110-113).

Postpartum detention in health facilities in Kenya was documented in 2007 by the Centre for Reproductive Rights (CRR) and the Federation of Women Lawyers (FIDA) (CRR; FIDA, 2007). The report, which documented various forms of obstetric violence, revealed how women, especially poor women, suffered at the hands of medical practitioners when they were most vulnerable (CRR; FIDA, 2007). For example, one patient reported that she had witnessed women being forcibly detained in the wards and later taken to the nurses' hostel and kept there until their hospital bills were settled (CRR; FIDA, 2007). In the same report, doctors were also interviewed. One interviewee, Doctor Shadrack Ojwang, an obstetrician gynaecologist, confirmed that detention was an existing phenomenon in Kenyan hospitals and not only in Pumwani, the hospital notorious for the practice (Abuya *et al.*, 2018).

In June of the same year, the Standard Newspaper documented cases of postpartum detention in Kenya for non-payment of user fees (CRR; FIDA, 2007). According to the report, approximately 50 women in Kenya at any given movement, due to their inability to pay their hospital bills, fall victim to postpartum detention (CRR; FIDA, 2007). These women are usually removed from sight and hidden at the far ends of the wards, where they are under strict surveillance (CRR; FIDA, 2007). According to one of the interviewees, who narrated their experience of postpartum detention at Kenyatta National Hospital (K.N.H.), being arbitrarily detained at the hospital was, in her opinion, worse than being in an actual prison (CRR; FIDA, 2007).

Detention at the K.N.H. meant that "one was left to simmer in their misery idle, depressed and constantly being reminded of the fact that their only crime was poverty" (CRR; FIDA, 2007). Another interviewee narrated how the hospital staff mistreated her and did not even give her a bed while she was in detention for a whole week at the aforementioned hospital. Others provided horrific accounts of being forced to sleep on the floor in the vicinity of a flooding toilet with a single bedsheet and a thin blanket, while yet others reported denial of vital services, forceful separation from families, and sexual abuse (CRR; FIDA, 2007).

Later, in 2012, the CRR and the FIDA, on behalf of Millicent Awuor and Margaret Oliele, filed a case before the High Court of Kenya, challenging the legality of the postpartum detention of the two women at Pumwani Maternity Hospital in Nairobi (Omuya and

Oliele v. Attorney General, 2012). In the petition, the court determined in the plaintiffs' favour and declared their detention arbitrary and unlawful. Additionally, the court stated that the staff at Pumwani Maternity Hospital had unlawfully and unreasonably infringed upon the petitioners' fundamental rights and freedoms, including the right to freedom from cruel, inhumane, and degrading treatment, as set out in the Kenyan Constitution (Omuya and Oliele v. Attorney General, 2012).

The court also went further and affirmed that it was incumbent upon the government to ensure women's rights were upheld and that they were also protected from cruel and inhumane treatment, especially in obstetric care. Consequently, the government of Kenya was instructed to take necessary steps to protect patients from arbitrary detention in healthcare facilities, including the enactment of laws and policies to that end (Omuya and Oliele v. Attorney General, 2012). Sadly, no major administrative changes followed these decisions, and in 2015, another report was published by Chatham House documenting incidences of detention in hospitals for non-payment of user fees (Yates; Brookes; Whitaker, 2015).

Following numerous cases of postpartum detention globally, the World Health Organisation (WHO) issued a statement condemning the postpartum detention of women and their newborns in facilities (WHO, 2015). According to the organisation, such treatment violates women's rights to respectful care and threatens their rights to life, health, bodily integrity, and freedom from discrimination (WHO, 2015). Kenya was highlighted as one country notorious for this practice.

Although not publicly acknowledged by the government, hospital detention in Kenya has been featured in the Kenyan media on several occasions. For instance, Nation Media House, one of Kenya's biggest media entities, has, in the past, reported that "an alarming number of newborns in the country are detained in hospitals because their mothers cannot afford the cost of delivery" (Muchiri *et al.*, 2010 [2020]). This media report, which was first published in 2010 and updated in 2020, reveals how dozens of mothers had been detained in hospitals in Kenya for months in poor conditions with their babies. The news report further highlighted that, in all the major hospitals they visited, detained mothers were confined to the farthest corner and could not leave the wards even to bask in the sun (Muchiri *et al.*, 2010 [2020]).

In 2017, four mothers and their newborns were detained in Embu County, where they were locked in the basement of a private hospital for being unable to pay their hospital bills, which totalled over 3,704 USD (Wanyoro, 2017).

In Mombasa County, a mother was detained together with her triplets over a medical bill of 18,518 USD. The mother, Nancy Masara, reported that the cost of the medical bill went up because her babies were born prematurely and kept in the incubator for a month (Mwawasi, 2017). Lastly, in 2018, a police officer, Judith Amoit, was reported to have been detained with the bodies of her twins for being unable to pay her hospital fees of almost

27,777 USD (Kiage, 2017). The hospital management refused to set her free until her medical bill was cleared by the Kenya Police Service (Green, 2018; Sellah, 2017).

Postpartum detention of women and their children for non-payment of user fees is a form of obstetric violence, infringing on the right to liberty and security through arbitrary confinement. Therefore, the next section shall explore the interaction between law, policies, and government in providing maternal health services. The paper shall follow Dawes' (2020) conceptualisation of politics as a determinant of health, which has three main pillars: voting, government, and policy. This section will illustrate the connection between laws, policies, politics, and postpartum detention, highlighting their overall effects on access to maternal healthcare. Relevant laws and policies on RMC in Kenya will be examined, along with the challenges of their implementation, to draw attention to how politics influences postpartum detention due to the inevitable relationship between government and policy (Dawes, 2020).

This section will also discuss the various legislative provisions pertaining to the right to liberty, as it is the direct right affected in the event of postpartum detention. Establishing this connection is important because it unveils how voting impacts health. Through voting, people are elected to government and influence the realisation of rights. These elected representatives shape the legal, economic, and social conditions required to realise rights (Dawes, 2020).

3. The Legislative Framework Governing the Right to Health and Liberty

3.1 Health

The Constitution of Kenya is the supreme law of the Republic. It is binding on all persons and institutions at national and county government levels (Kenya, 2010). Moreover, under Article 2(5), the Constitution of Kenya provides that general rules of international law that Kenya is a party must be part of the laws of Kenya, and the government is bound by those commitments (Kenya, 2010). As the supreme law of the land, the constitution guarantees all Kenyans fundamental rights and freedoms. It also imposes a duty on all state organs and state officers to abide by the national values and principles of governance under Article 10; the values and principles of public service set out in Article 232; and the principles and standard of human rights provided for under chapter four.

Article 20(1) of the Bill of Rights specifically guarantees all persons the "right to enjoy their rights and freedoms to the greatest extent consistent with the nature of the right or fundamental freedom" (Kenya, 2010). These rights and fundamental freedoms are not subject to any limitation, except as provided by the law and only when the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society (Kenya, 2010).

The right to health in Kenya is enshrined in Article 43, which guarantees Kenyans access to the highest attainable standard of health, including sexual and reproductive health

and rights (SRHR), access to emergency medical treatment, and appropriate social security for persons who are unable to support themselves and their dependents (Kenya, 2010). Therefore, in executing its mandate, the state must take all appropriate measures to realise the rights guaranteed in Article 43 (Kenya, 2010).

These measures should factor in the needs of vulnerable groups in society and must involve the domestication of any relevant provisions contained in international treaties and conventions that Kenya has ratified (Kenya, 2010). The right to health is also enshrined in Articles 46 and 53. Sadly, as much as the government has a duty to respect, protect, promote, and fulfil these rights, the realisation of the rights set out in Article 43 is subject to the availability of resources, as provided in Article 20(5).

In addition to a comprehensive Bill of Rights, the Constitution also provides for a devolved system of governance that created forty-seven (47) county governments meant to operate semi-autonomously under the national government (Kenya, 2010, Article 6). These two governing entities are "distinct but interdependent" and execute their mandate pursuant to the fourth schedule and section 5(2)(c) of the County Governments Act (Kenya, 2012a, Article 17). These provisions anchor the spirit of devolution and decentralise various services, such as healthcare, which is now the prerogative of county governments (Kenya, 2010).

It must be highlighted that, in as much as health service delivery has been devolved to the counties, the national government still retains leadership of healthcare services delivery, as it is in charge of: "policy development; management of national referral health facilities; capacity building and technical assistance to counties; and consumer protection, including the development of norms, standard and guidelines" (Kenya, 2010).

Still within the devolved system of government and of significance to the realisation of the right to health is Chapter 12 of the Constitution, which provides for public finance (Kenya, 2010). Under this chapter, the Constitution provides that the county governments will receive a minimum of 15% of all national government revenue to deliver on their mandates (Kenya, 2010). Furthermore, an Equalisation Fund was also established for marginalised counties to cater to specific social services at a minimum of 0.5% of national government revenue (Kenya, 2010). The Equalisation Fund seeks to address inequities that may exist among counties because of historical injustices (Kenya, 2010).

Beyond the Constitution, the right to health is also governed by other policy and legislative instruments, such as the Health Act, enacted in 2017 to fast-track the realisation of this right (Kenya, 2017). Section 5 of the Act guarantees free maternal healthcare, which has been designated as a function of the county governments (Kenya, 2017, Section 5). Further, Section 6 of the Act holistically provides for the realisation of SRHR, including the right to access appropriate healthcare services related to obstetric care and the postpartum period (Kenya, 2017, Section 6).

Regarding health financing, section 86(1) of the Act provides that the Ministry of Health shall ensure progressive financial access to universal healthcare (Kenya, 2017, Section

86(1)). This shall be achieved by developing mechanisms for an integrated national health insurance system that provides for social health protection. Other statutes important in this discourse on the right to health include the Public Finance Management Act and the County Governments Act, which provide for the development of plans that form the basis for all budgeting and spending in the country and the counties (Kenya, 2012b, Article 17). The Intergovernmental Relations Act is also relevant as it provides the framework for the relationship between the county and national governments (Kenya, 2012c, Article 12).

3.2 Liberty

The Kenyan Constitution guarantees all its citizens the right to liberty and security of the person. Under Article 29, everyone is protected from arbitrary deprivation of their liberty and security without just cause and without following the appropriate procedure (Kenya, 2010, Article 29; Emmah Muthoni Njeri v. Nairobi Women's Hospital, 2021; Tryphosa Jebet Kosgey v. Elgon View Hospital, 2016). Moreover, this protection is reinforced by virtue of Article 2(6) and (5), amongst others, in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which is the main international human rights instrument that protects individuals' right to liberty and security (United Nation General Assembly, 1966). Under Article 9, everyone is guaranteed the right to freedom from arbitrary arrest or detention, except on such grounds as provided for in the domestic laws of a country and in a procedurally legal manner (United Nation General Assembly, 1966, Article 9).

Under Article 11, the ICCPR further safeguards debtors' right against arbitrary arrest by providing that imprisonment is illegal when carried out merely for an individual's inability to pay a debt or discharge a contractual obligation (United Nation General Assembly, 1966, Article 11). Regionally, Article 6 of the African Charter provides that every individual shall have the right to liberty and security of their person respected (Organisation of African Unity, 1981, Article 6). No one may be deprived of their freedom without cause, except as provided for by law. In particular, no one may be arbitrarily arrested or detained (Organisation of African Unity, 1981). Additionally, the Maputo Protocol, under Article 4, guarantees every woman the right to integrity and security of their person and respect for their life (African Union, 2003, Article 4). State parties are also called upon to take all appropriate steps to ensure the elimination of all forms of exploitation, and cruel, inhumane, or degrading punishment and treatment (African Union, 2003, Article 4). The Protocol further calls upon member states to take both legislative and administrative measures to eliminate violence against women (VAW) in all its forms, both in private and in public (African Union, 2003).

4. Political Will as a Determinant of Maternal Health Financing in Kenya

Health inequalities exist due to systematic differences rooted in social, economic, and political injustices (Commission on Social Determinants of Health, 2008). These inequalities

have been referred to as a wicked problem because addressing them remains a mirage despite their known root causes, and solving them has been impossible due to shortcomings in policy implementation, which is a political process (Petticrew *et al.*, 2009, p. 453-456). Access to quality maternal healthcare in Kenya, specifically financial access, is a wicked problem. Despite successive governments championing the development and implementation of robust legal and policy frameworks to ensure the availability and accessibility from independence, financial access remains a persistent challenge (Masaba; Mmusi-Phetoe, 2020). OOP expenditure on health continues to significantly limit many pregnant persons from accessing healthcare services, as facility-based delivery remains one of the single most costly events during pregnancy (Borghi *et al.*, 2006, p. 1457-1465).

Building upon the discourse around political determinants of maternal health, this section will discuss maternal health financing initiatives by successive regimes to provide a reflection of the situation. Through this discussion, this section endeavours to provide evidence that RMC is a political choice, and like politics, its realisation is a continuous struggle for power among various competing priorities (Velasquez; Figueroa; Dawes, 2022). Unpacking this discussion through a lens that captures politics as a determinant of health allows this study to critically uncover the extent to which different power constellations, institutions, processes, interests, and ideological positions affect the realisation of RMC.

Since 1965, the Kenyan government has implemented several policy initiatives meant to facilitate free access to maternal healthcare services, especially for poor women (Chuma; Maina, 2012). Some of these initiatives include the Free Maternity Services Program of 1965, the Elimination of User Fee for Primary Care, the Beyond Zero Campaign launched in 2014, and the *Linda Mama* Program started in 2016. These initiatives, which have been launched pursuant to, amongst others, Kenya Vision 2030, the Constitution of Kenya, and the Health Sector Strategic and Investment Plan 2014-2018, all have one goal: providing free maternal healthcare services in all public healthcare facilities (Chuma; Maina, 2012). Unfortunately, like many other government projects, these health financing initiatives have encountered governance, technical, and financial challenges with the effect that women, especially poor/impoverished women, continue to have limited access to free, adequate maternal services (Okech; Lelegwe, 2015, p. 223).

Health financing, as one of the key features of UHC, requires governments to allocate at least 5% of their total annual budget to health if they are to achieve 90% coverage for maternal and child health services (WHO, 2010). Health financing within the framework of UHC is the process through which funds are mobilised, accumulated, and allocated to cater to people's health needs, individually and collectively, within a country's health system (WHO, 2000). The idea is to make funding available and incentivise providers to guarantee all person's access to quality public healthcare when the need arises (WHO, 2000). Over the years, Kenya's health financing system has been an amalgamation of several financing programmes that co-exist simultaneously (Waris; Latif, 2015, p. 376-390). Thus far these programmes encompass

revenue collected by the state, social insurance – which in this case is composed of the National Hospital Insurance Fund (NHIF), private insurance, OOP payments, and foreign aid (Waris; Latif, 2015, p. 376-390).

Implementing health financing reforms for UHC is political (Sparkes *et al.*, 2019, p. 183-194) hence, in June 2013, the national government issued a directive that removed user fees for maternal health services, pursuant to the government's mission to reduce OOP expenditure and fast-track the realisation of UHC (Chuma; Maina, 2013, p. 6). Reducing OOP expenditure was meant to ensure that poor and other vulnerable groups have increased access to quality healthcare (Chuma; Maina, 2013). The government, through the Ministry of Health (MoH), committed about 35 million USD to fund the free maternal health policy and allocated a further 6.5 million USD to facilitate free access to primary healthcare services at health centres and dispensaries (Wanjiru; Maina, 2017). Additionally, a budget was set to reimburse public health facilities that were losing revenue because of this initiative (Wanjiru; Maina, 2017).

In the 2013 policy pronouncement, the national government was required to reimburse health facilities for the free maternity services that they handled (Kenya Ministry of Health, 2015, p. 1). The rate was approximately 25 USD per birth at health centres and dispensaries and approximately 46 USD for every birth at level 4 and 5 hospitals, which was to be paid directly to the health facilities (Kenya Ministry of Health, 2015). This budget covered normal deliveries, caesarean sections, and other pregnancy-related complications. Additionally, antenatal and postnatal care was free up to six weeks after delivery, which also applied to referrals made in case of pregnancy-related complications (Kenya Ministry of Health, 2015).

Following this free maternity services program rollout, facility-based childbirth in Kenya increased from 44% in 2008 to 61% in 2014 (Njuguna; Kamau; Muruka, 2017, p. 1-2). This conversely resulted in decreases of 11.9% in 2013 and 5.4% in 2014 in low-cost private hospital births (Njuguna; Kamau; Muruka, 2017, p. 1-2). Unfortunately, due to poor planning and minimal resource allocation by the national government, the free maternity services initiative was compromised over time (Tama *et al.*, 2018, p. 603-613). The quality of care decreased, reducing confidence in the system and resulting in lower utilisation of the facilities in the long run (Gitobu; Gichangi; Mwanda, 2018, p. 77). Implementation challenges that affected the success of this program emerged, particularly the irregularity or lack of reimbursement of facilities that had provided maternal health services for free (Wamalwa, 2015, p. 375).

While, initially, facilities did indeed receive reimbursements for services delivered, the government progressively failed to honour their commitment (Tama *et al.*, 2018, p. 603-613). The facilities provided the services as required, but were not reimbursed, partly because funding from the MoH or national government was sometimes channelled through the county governments rather than directly to the facilities (Barasa *et al.*, 2017, p. 329-337). County

governments allocated these resources based on the priorities of the county bureaucrats, and quality maternal healthcare was not included on this list (Barasa *et al.*, 2017, p. 329-337).

Eventually, lack of maternal rebate compromised the quality of care, leaving those who sought maternal healthcare services uncertain about what aspects of the services were covered. Many were now forced to pay out-of-pocket for some services or were required to buy supplies from private clinics and pharmacies (Masaba; Mmusi-Phetoe, 2020). According to some healthcare providers, the failures experienced in implementing the free maternity initiative are attributable to the fact that it was a policy solution that was not well thought through (Masaba; Mmusi-Phetoe, 2020). The coverage, as initially envisioned, did not account for the entire pregnancy process. Another major problem was that key stakeholders within the health sector were not involved in the policy formulation process. From the outset, health workers did not support the hurried implementation of free maternity services within the devolution structure, which was generally unplanned and lacked the appropriate structures needed to support the initiative. Although the policy did lead to an increase in the utilisation of maternal healthcare services at the health facility level, the implementation was poorly coordinated from the time of policy pronouncement to the commencement of the provision of free maternal healthcare services (Masaba; Mmusi-Phetoe, 2020). There was a complete disconnection between what was expected to happen and what happened in reality. The policy pronouncement should have been adequately translated into a policy statement, and a clear process of resource allocation should have been provided (Masaba; Mmusi-Phetoe, 2020).

Before devolution, hospitals were mainly financed through revenue allocations from the national government and user fees (Barasa *et al.*, 2017, p. 329-337). However, with the advent of devolution, hospitals no longer received allocations from the national government (Barasa *et al.*, 2017, p. 329-337). These changes in financing systems interfered with hospitals' autonomy over their financial management, jeopardising service delivery (Barasa *et al.*, 2017, p. 329-337).

4.1 UHC and its Effect on Maternal Health Financing in Kenya: The Politics of the National Health Insurance Fund (NHIF) and the Social Health Insurance Fund (SHIF)

From as early as 1966, the government has tried to provide a social health insurance scheme for Kenyans (Mwaura *et al.*, 2015). Through the NHIF, a social health insurance scheme that was initially limited to formally employed Kenyans, the government has provided financial protection to Kenyans when accessing healthcare services (Okech; Lelegwe, 2015, p. 9-23). The NHIF, as a policy initiative, was envisioned to cushion employed citizens from the heavy costs associated with healthcare (Chuma; Okungu, 2011, p. 673-686). In fact, with time and increased demand for more coverage, in 1998, the Act establishing the NHIF was amended to facilitate the inclusion of Kenyans working in the informal sector, as well as all formally employed adult citizens.

The amendment also corporatised the NHIF, making it a fully autonomous institution, managed by a board of directors drawn from stakeholders within the health sector (Abuya *et al.*, 2018). Throughout the years, the NHIF has undertaken several initiatives to ensure the country achieves UHC, including the launch of health subsidies for the poor, revision of monthly premiums, and increase in provider reimbursement rates through capitation (Barasa *et al.*, 2017, p. 329-337).

With regard to free maternity care, the previous government transferred the initiative to the NHIF in 2016 to ensure sustainability (Kenya Ministry of Health, 2016). This move was supposed to expand coverage to private for-profit facilities and faith-based providers, with the intention to provide more options for maternity care to as many women as possible (Kenya Ministry of Health, 2016). The move was also meant to help improve the logistical efficiency in reimbursing facilities that were initially absent from the roll (Abuya *et al.*, 2018). Unfortunately, like other government initiatives, the NHIF failed to comprehensively and efficiently provide free maternal healthcare services. The provision of maternal healthcare services under the NHIF was rebuked for delivering substandard healthcare services in accredited facilities, introducing a cumbersome claim process, and providing poor accessibility in rural areas (Abuya *et al.*, 2018).

It must be underscored that since its establishment, the NHIF has undergone various reforms to increase coverage among Kenyans, but it has done so with little success. As a result, in 2023, the government introduced a bill to replace the NHIF with a newly proposed Social Health Insurance Fund (SHIF) (Aradi, 2023). The Social Health Insurance Act (Kenya, 2023a) was enacted together with the Primary Health Care Act (Kenya, 2023b), the Digital Health Act 15 of 2023 (Kenya, 2023c), and the Facilities Improvement Financing Act (Kenya, 2023d), all of which are part of the government's overall agenda to achieve UHC.

The SHIF Act, in particular, establishes the Social Health Authority as the oversight body to take over from the previous NHIF board (Kenya, 2023a). Under the SHIF, three funds are created: the Primary Health Care Fund, the Social Health Insurance Fund, and the Emergency, Chronic, and Critical Illness Fund, all of which are managed by the Social Health Authority. The SHIF requires all employed individuals to make mandatory contributions of 2.75% of their income to the fund, while self-employed or unemployed Kenyans will contribute 2.31 USD in a graduated arrangement based on their contribution ability (Kenya, 2023a). The SHIF is to replace the NHIF and has, in the 2024-2025 budgetary allocation, received 181,720,000 USD in addition to the initial USD 144,760,000 allocated for UHC in 2023-2024 (Republic of Kenya National Assembly, 2024).

The increased budgetary allocation fot the SHIF, albeit welcome, cannot be celebrated and is not expected to contribute much to the realisation of UHC. The allocation comes against the backdrop of a decreased 2024-2025 health financing budget, which was reduced from 1,090,346,400 USD in the 2023-2024 fiscal year to 980,694,000 USD, a cut of 109,652,400 USD. This reduction comes against the backdrop of a previous cut of 43,243,200 USD, which

reduced health funding from 1,133,589,600 USD in 2022-2023 to 1,090,346,400 USD in 2023-2024 (Saya, 2023). The SHIF was set to take effect from the first of July 2024 but has since been postponed, following the Senate's decision that the Social Health Insurance General Regulations, 2024, and the Social Health Insurance Tribunal Procedure Regulations, 2024, be annulled for lack of public participation (Mwere, 2024).

Moreover, the funding for the free maternal health program under the *Linda Mama* initiative has also been reduced by half, from 4 billion to 2 billion Kenyan shillings, despite experts warning of negative repercussions, including increased MMRs (Saya, 2023). The *Linda Mama* initiative was launched as the main vehicle through which free maternity services were to be provided (Kenya Ministry of Health, 2016). This initiative incorporated free maternity services in all public health facilities, an additional 2,000 facilities in the private sector, and 700 faith-based facilities, reaching an estimated 700,000 women every year (Kenya Ministry of Health, 2016).

Linda Mama is a scheme publicly funded through the MoH that provides a free package of antenatal, delivery, and postnatal healthcare services. The scheme caters to women not covered under the NHIF or other forms of the insurance scheme, and with the proposed budgetary cuts, the already struggling maternal health financing will more than likely collapse. Slashing the maternal health budget will lead to a surge in deaths as pregnant women, especially those in rural areas and informal settlements who cannot afford to pay for hospital deliveries, will opt for home deliveries, risking their lives if they develop complications. For those who opt to seek care, OOP expenses will result in them being at risk for postpartum detention in the event they cannot afford the cost of care.

Conclusion

Suffice it to say that resource allocation for healthcare affects the availability, accessibility, and quality of services people receive in health facilities, and this includes maternal health services (Kruk *et al.*, 2018). Allocating resources for health, however, is not just a legal and technical decision. It is a political decision ultimately brought to life by policies developed and subsequently implemented to facilitate the distribution of money, power, and resources (Bambra; Fox; Scott-Samuel, 2005; Kickbusch, 2015, p. 1-2). This article has demonstrated that to address challenges associated with maternal health financing in Kenya and postpartum detention, health and health disparities must be conceptualised as a political problem.

Implementing maternal health financing policies without creating an enabling environment for its realisation is an exercise in futility, which will leave many women at risk of postpartum detention. Thus, although the current government has increased funding for UHC, its health financing approach remains counterproductive. With the overall budget for health reduced and the budget for free maternal healthcare slashed by half, it is difficult to believe there is a genuine effort to reduce the OOP expenditure on maternal healthcare. The move

to reduced health financing will definitely compromise access to healthcare services because OOP expenditure on health will eventually overburden many Kenyans. The current health financing approach, including maternal health financing, which is based on affordability, inevitably perpetuates inequality because the ability to access healthcare services is determined by people's purchasing power.

To counter these challenges, a clear and comprehensive fiscal policy plan and guidelines for all health facilities, including those providing free maternal health services, must be developed, implemented, and strengthened through political goodwill. Furthermore, Kenya must develop and enforce public finance management laws to facilitate standardised budgeting and planning processes at the county and national levels. These processes should pave the way for direct facility financing and financial autonomy of county public hospitals. Without all of the above, the mandate to provide healthcare services should be transferred back to the national government.

Lastly, there must be a strong political will to safeguard the realisation of the right to health. Political will, or lack thereof, determines the realisation of health rights, including maternal healthcare. Politics is a determinant of health and must be seen as a facilitator of systemic processes that structure relationships, distribute resources, and administer power. Therefore, there is a need for the political discourse in Kenya to shift from rhetoric to execution of proper health governance frameworks that will establish a sustainable health financing plan that does not rely on user fees or donor funding.

REFERENCES

ABUYA, Timothy *et al.* Measuring Mistreatment of Women throughout the Birthing Process: Implications for Quality of Care Assessments. *Reproductive Health Matters*, [*s.l.*], v. 26, n. 53, p. 48-61, Sept. 2018. DOI: 10.1080/09688080.2018.1502018

AFRICAN UNION. *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa*. 2003. Available at: https://au.int/sites/default/files/treaties/37077-sl-PROTOCOL_TO_THE_AFRICAN_CHARTER_ON_HUMAN_AND_PEOPLES_RIGHTS_ON_THE_RIGHTS_OF_WOMEN_IN_AFRICA.pdf. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

ARADI, Gloria. Kenya Healthcare: President William Ruto Signs Controversial UHC Bills. *BBC News*, Nairobi, 19 Oct. 2023: Available at: https://www.bbc.com/news/world-africa-67154659.

ARKSEY, Hillary; O'MALLEY, Lisa. Scoping Studies: Towards a Methodological Framework. *International Journal of Social Research Methodology*, [*s.l.*], v. 8, n. 1, p. 19-32, 2005.

BAMBRA, Clare; FOX, Debbie; SCOTT-SAMUEL, Alex. Towards a Politics of Health Promotion. *Health Promotion International*, [*s.l.*], v. 20, n. 2, p. 187-93, Jun. 2005.

BARASA, Edwine W. *et al*. Setting Healthcare Priorities: A Description and Evaluation of the Budgeting and Planning Process in County Hospitals in Kenya. *Health Policy Plan*, [*s.l.*], v. 32, n. 3, p. 329-337, April 2017. DOI: 10.1093/heapol/czw132

BOHREN, Meghan A. *et al*. Facilitators and Barriers to Facility-Based Delivery in Low-and Middle-Income Countries: A Qualitative Evidence Synthesis. *Reproductive Health*, [*s.l.*], v. 11, n. 71, p. 1-17, Sept. 2014.

BORGHI, Jo *et al*. Mobilising Financial Resources for Maternal Health. *Lancet*, [*s.l.*], v. 368, p. 1457-1465, 2006.

BOWSER, Diana. Exploring Evidence for Disrespect and Abuse in Facility-Based Childbirth: Report of a Landscape Analysis. Washington, DC: Harvard School of Public Health; University Research, 2010.

BRAVEMAN, Paula. Health Disparities and Health Equity: Concepts and Measurement. *Annual Review of Public Health*, [*s.l.*], v. 27, p. 167-194, Apr. 2006.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS (CRR); THE FEDERATION OF WOMEN LAWYERS-KENYA (FIDA). Failure to Deliver, Violations of Women's Human Rights in Kenyan Health Facilities. New York: CRR; Nairobi: FIDA, 2007.

CHUMA, Jane; MAINA, Thomas. *Free Maternal Care and Removal of User Fees at Primary-Level Facilities in Kenya*: Monitoring the Implementation and Impact—Baseline Report. Washington, DC: Health Policy Project, Futures Group, 2013.

CHUMA, Jane; MAINA, Thomas. Catastrophic Healthcare Spending and Impoverishment in Kenya. *BMC Health Services Research*, [*s.l.*], v. 21, n. 12, Nov. 2012. DOI: 10.1186/1472-6963-12-413

CHUMA, Jane; OKUNGU, Vincent. Viewing the Kenyan Health System through an Equity Lens: Implications for Universal Coverage. *International Journal for Equity in Health*, [*s.l.*], v. 10, n. 22, p. 1-14, May 2011.

COMMISSION ON SOCIAL DETERMINANTS OF HEALTH. *Closing the Gap in a Generation*: Health Equity Through Action on the Social Determinants of Health. Geneva: WHO, 2008. Available at: https://www.who.int/publications/i/item/WHO-IER-CSDH-08.1. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

COWGILL, Karen D.; NTAMBUE, Abel Mukengeshayi. Hospital Detention of Mothers and their Infants at a Large Provincial Hospital: A Mixed-Methods Descriptive Case Study, Lubumbashi, Democratic Republic of the Congo. *Reproductive Health*, [*s.l.*], v. 16, n. 111, p. 1-15, Jul. 2019.

COWLING, Natalie. Extreme Poverty Rate in Kenya 2016-2030. *Statista*, Mar. 2024. Available at: https://www.statista.com/statistics/1227076/extreme-poverty-rate-in-kenya/.

DAWES, Daniel. *The Political Determinants of Health*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press Books, 2020. Available at: https://jhupbooks.press.jhu.edu/title/political-determinants-health.

Emmah Muthoni Njeri v. Nairobi Women's Hospital, 2021.

Gideon Kilundo & Daniel Kilundo Mwenga v. Nairobi Women's Hospital. eKRL, 2018.

GITOBU, C. M.; GICHANGI, P. B.; MWANDA, W. O. The Effect of Kenya's Free Maternal Health Care Policy on the Utilization of Health Facility Delivery Services and Maternal and Neonatal Mortality in Public Health Facilities. *BMC Pregnancy Childbirth*, [*s.l.*], v. 18, n. 77 p. 1-11, 2018.

GREEN, Duncan. What's Your Link to Bereaved Kenyan Mother, Judith Amoit? *From Poverty to Power*, Jan. 17, 2018. Available at: https://frompoverty.oxfam.org.uk/whats-your-link-to-bereaved-kenyan-mother-judith-amoit/. Accessed on: Nov 7th, 2024.

KENYA. *Report on the Consideration of the Estimates of Revenue and Expenditure FY 2024 2025 and the Medium Term*. Nairobi, Jun. 2024. Available at: http://parliament.go.ke/sites/default/files/2024-06/Report%20on%20the%20Consideration%20of%20the%20Estimates%20of%20Revenue%20and%20Expenditure%20FY%202024%202025.pdf.pdf. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

KENYA. *The Social Health Insurance Act*, 2023a.

KENYA. *The Primary Health Care Act 13*, 2023b.

KENYA. *Digital Health Act 15*, 2023c.

KENYA. *The Facilities Improvement Financing Act,* 2023d.

KENYA. *Health Act No. 21*, 2017.

KENYA. *County Governments Act No. 17*, 2012a.

KENYA. *The Public Finance Management Act*, 2012b.

KENYA. *Intergovernmental Relations Act*, 2012c.

KENYA. *The Constitution of Kenya*, 2010.

KENYA MINISTRY OF HEALTH. *Linda Mama Implementation Manual for Programme Managers*. Dec. 2016. Available at: http://guidelines.health.go.ke/#/category/27/304/meta. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

KENYA MINISTRY OF HEALTH. Status of Implementation of Free Maternity Services (FMS) Program in the Devolved Health System in Kenya: A Comprehensive Assessment Report. Jan. 2015.

KIAGE, Nyaboga. Pupil New Mothers Hit Hard by Nurses' Strike. *Nation* [online], Sep. 17, 2017. Available at: https://www.nation.co.ke/news/Pupil—new-mOthers-hit-hard-by-nurses—strike/1056-4099320-l2107f/index.html. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

KICKBUSCH, Ilona. The Political Determinants of Health—10 years on. *BMJ*, [*s.l.*], v. 350, p. 1-2, Jan. 2005. DOI: 10.1136/bmj.h81

KRUK, Margaret E. *et al.* High-Quality Health systems in the Sustainable Development Goals Era: Time for a Revolution. *The Lancet Global Health Commission*, [*s.l.*], v. 6, p. 1196-1252, 2018. DOI: http://dx.doi.org/10.1016/ S2214-109X(18)30386-3

KUTZIN, Joseph; YIP, Winnie; CASHIN, Cheryl. Alternative Financing Strategies for Universal Health Coverage. *In*: SHEFFLER, Richard M. (ed.). *World Scientific Handbook of Global Health Economics and Public Policy*. [*S.l.*]: World Scientific, 2016. v. 1. DOI: https://doi.org/10.1142/9789813140493_0005

KYEI-NIMAKOH, Minerva *et al*. Access barriers to obstetric care at health facilities in sub-Saharan Africa—a systematic review. *Systematic Reviews*, v. 6, n. 110, June 2017. DOI:10.1186/s13643-017-0503-x

MASABA, Brian Barasa; MMUSI-PHETOE, Rose M. Free Maternal Health Care Policy in Kenya; Level of Utilisation and Barriers. *International Journal of Africa Nursing Sciences*, [*s.l.*]. v. 13, 100234, 2020.

MUCHIRI, Karanja *et al.* Shame of Newborns Detained in Kenyan Hospitals. *Nation* [online], Oct. 8, 2010 (updated in Jul. 2020). Available at: https://nation.africa/kenya/news/shame-of-newborns-detained-in-kenyan-hospitals-740516#google_vignette. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

MWABU, Germano Mwiga *et al*. User Charges in Government Health Facilities in Kenya: Effect on Attendance and Revenue. *Health Policy and Planning*, [*s.l.*], v. 10, n. 2, jun. 1995.

MWAWASI, Mkamburi. Premature Triplets Detained at a Mombasa Hospital over Ksh2m Bill. *The Standard* [online], Aug. 2017. Available at: https://www.standardmedia.co.ke/health/article/2001251641/woman-and-triplets-held-over-sh2m-bill. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

MWERE, David. New Blow to Ruto Health Plan as Senate Rejects New Regulations. *The Standard*, Jun. 2024.

NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE; HEALTH AND MEDICINE DIVISION; BOARD ON POPULATION HEALTH AND PUBLIC HEALTH PRACTICE; COMMITTEE ON COMMUNITY-BASED SOLUTIONS TO PROMOTE HEALTH EQUITY IN THE UNITED STATES. *Communities in Action*: Pathways to Health Equity. Edited by BACIU A et al. Washington, DC: National Academies Press, 11 Jan. 2017. Chapter 3, The Root Causes of Health Inequity. Available at: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK425845/.

NJUGUNA, John; KAMAU, Njoroge; MURUKA, Charles. Impact of Free Delivery Policy on Utilization of Maternal Health Services in County Referral Hospitals in Kenya. *BMC Health Services Research*, [*s.l.*], v. 17, n. 1, 2017.

OKAFOR, Innocent I.; UGWU, Emmanuel O.; OBI, Samuel N. Disrespect and Abuse During Facility-Based Childbirth in a Low-Income Country. *International Journal of Gynaecology and Obstetrics*. [*s.l.*], v. 2, n. 128, p. 110-113, 2015.

OKECH, Timothy Chrispinus; LELEGWE, Steve Ltumbesi. Analysis of Universal Health Coverage and Equity on Health Care in Kenya. *Global Journal of Health Science*, Ontario, v. 8, n. 7, p. 218-227, Dec. 2015. DOI: 10.5539/gjhs.v8n7p218

Omuya and Oliele v. Attorney General, 2012.

ONAMBELE, Luc *et al*. Trends, Projections, and Regional Disparities of Maternal Mortality in Africa (1990-2030): An ARIMA Forecasting Approach. *Epidemiologia*, Basel, v. 4, n. 3, p. 322-351, Aug. 2023. DOI: 10.3390/epidemiologia4030032

ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY. *African Charter on Human and Peoples' Rights*. 1981. Available at: https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

PETTICREW, Mark *et al.* Cochrane Update: Better Evidence about Wicked Issues in Tackling Health Inequities. *Journal Public Health*, [*s.l.*], v. 31, p. 453-456, 2009.

REPUBLIC OF KENYA NATIONAL ASSEMBLY. Report on the Budget Policy Statement for Financial Year 2024/2025 and the Medium Term. Nairobi, Mar. 2024. Available at: http://www.parliament.go.ke/sites/default/files/2024-03/Report%20of%20the%20Budget%20Policy%20Statement%20for%20FY%202024-25%20and%20the%20Medium%20Term_0.pdf. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

SAYA, Magdaline. Health Sector Gets Sh5.6bn Funding Cut In 2023-24 Budget. *The Star Newspaper*, Jun. 2023. Available at: https://www.the-star.co.ke/news/realtime/2023-06-15-health-sector-receives-sh56bn-funding-cut-in-2023-24-budget/.

SELLAH, Maris. Injustices against Delivering Mothers Still Rife. *Health Business* [online], Dec. 21th, 2017. Available at: https://healthbusiness.co.ke/342/injustices-against-delivering-mothers-still-rife-report/. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

SPARKES, Susan P. *et al.* Political Economy Analysis for Health Financing Reform. *Health System & Reform*, [*s.l.*], v. 5, n. 3, p. 183-194, 2019.

TAMA, Eric *et al.* Examining the Implementation of the Free Maternity Services Policy in Kenya: A Mixed Methods Process Evaluation. *International Journal of Health Policy and Management*, Kerman, v. 7, n. 7, p. 603-613, Jul. 2018.

Tryphosa Jebet Kosgey v. Elgon View Hospital, 2016.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Dec. 16, 1966. United Nations Treaty Series 13. Available at: https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr.pdf. Accessed on: Nov 7th, 2024.

VELASQUEZ, David E.; FIGUEROA, José F.; DAWES, Daniel E. Health Institutions and the Political Determinants of Health. *American Journal of Preventive Medicine*, Ann Arbor, v. 63, n. 5, p. 861-864, Nov. 2022. DOI: 10.1016/j.amepre.2022.04.033

VICTORA, Cesar G. *et al*. How Changes in Coverage Affect Equity in Maternal and Child Health Interventions in 35 Countdown to 2015 Countries: An Analysis of National Surveys. *Lancet*, [*s.l.*], v. 380, p. 1149-1156, 2012. DOI: 10.1016/S0140-6736(12)61427-5

WAMALWA, Emmanuel Wekesa. Implementation Challenges of Free Maternity Services Policy in Kenya: The Health Workers' Perspective. *Pan African Medicine Journal*, [*s.l.*], v. 14, n. 22, p. 375, Dec. 2015. DOI: 10.11604/pamj.2015.22.375.6708

WANJIRU, Monica; MAINA, Thomas. Supporting the Launch of Kenya's Free Maternity Care Programme. Washington, DC: Palladium, Health Policy Plus, 2017. Available at: http://www.healthpolicyplus.com/pubs.cfm?get=11287. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

WANYORO, Charles. Four Mothers, Newborns Locked in Basement Room over Sh400k Bill – VIDEO. *Nairobi News* [online], Jan. 31th, 2017. Available at: https://nairobinews.nation.co.ke/news/four-mOthers-newborns-locked-in-basement-room-over-sh400k-bill-video. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

WARIS, Attiya; LATIF, Laila Abdul. Towards Establishing Fiscal Legitimacy Through Settled Fiscal Principles in Global Health Financing. *Health Care Analysis*, [*s.l.*], v. 23, n. 4 p. 376-90, Dec. 2015. DOI: 10.1007/s10728-015-0305-z

WHITE RIBBON ALLIANCE. *Building a Movement*: A History of White Ribbon Alliance 1999-2019. Liverpool: White Ribbon Alliance, 2022. Available at: https://whiteribbonalliance.org/wp-content/uploads/2022/10/WRA-Book-of-Wins_10.10.22.pdf.

WHITEHEAD, Margaret. The Concepts and Principles of Equity and Health. *International Journal of Health Services*, [*s.l.*], v. 22, n. 3, p. 429-445, 1992.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Statement on the Prevention and Elimination of Disrespect and Abuse During Facility-Based Childbirth*. World Health Organization, 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *The World Health Report*: Health Systems Financing: The Path to Universal Coverage. World Health Organization, 2010. Available at: https://iris.who.int/handle/10665/44371. Accessed on: Nov. 7th, 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Sustainable Health financing, Universal Coverage and Social Health Insurance*: World Health Assembly Resolution WHA58.33, 2005.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *The World Health Report 2000: Health Systems*: Improving Performance. Fifty-Third World Health Assembly A53/4. [*S.l.*]: World Health Organization, 2000.

YATES, Robert; BROOKES, Tom; WHITAKER, Eloise. *Hospital Detentions for Non-payment of Fees*: A Denial of Rights and Dignity. Research Paper. London: Chatham House, 2017.

Kerigo Odada

Legal researcher and human rights advocate focusing on the right to health, particularly sexual and reproductive health and rights. Over eight years of experience working on various human rights issues, including reproductive justice, meaningful youth engagement and violence against women and girls. PhD Candidate at the University of Pretoria, Centre for Human Rights.

kerigo.odada@up.ac.za

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 04.02.2024
Aprovado: 05.07.2024
https://doi.org/10.1590/2317-6172202441

Editores responsáveis
Catarina Helena Cortada Barbieri (*Editora-chefe*)
Desk review.
Pedro Salomon Bezerra Mouallem (*Editor-chefe*)
Duas decisões editoriais, incluindo a decisão final.
Lívia Gonçalves Buzolin e Siri Gloppen (*Editoras convidadas*)

1 Jawaharlal Nehru University, Centre for International Politics, Organization and Disarmament (CIPOD), School of International Studies (SIS), New Delhi, Delhi, India

2 IILM University, Law, Gurugram, Haryana, India
https://orcid.org/0009-0004-5158-8446

Evaluating India's Engagement with the Universal Periodic Review: A Focus on Women's Rights

EVALUACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE INDIA EN LA REVISIÓN PERIÓDICA UNIVERSAL: UN ENFOQUE EN LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

AVALIAÇÃO DO ENGAJAMENTO DA ÍNDIA COM A REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL: UM FOCO NOS DIREITOS DAS MULHERES

Bhavya Gupta[1,2]

Abstract
The Universal Periodic Review (UPR) of the United Nations Human Rights Council serves as a crucial mechanism for monitoring and promoting human rights globally. It provides a platform for member states to report on their human rights practices and receive recommendations. This article evaluates India's engagement with the UPR, focusing on its commitments and actions concerning women's rights across the first three review cycles. Key issues such as violence against women, gender equality, and health and reproductive rights are critically analysed to understand progress and persisting challenges. The paper assesses India's implementation of UPR recommendations in depth, pointing out noteworthy accomplishments and persisting hurdles while offering insights into socio-cultural, legal, and policy dimensions affecting women's rights in India. However, there is still a significant gap between international commitments and the lived realities, despite some progress having been made. Consequently, these findings call for continuous efforts together with international support toward improving women's status in India. This paper concludes with recommendations for enhancing India's future engagements with the UPR and strengthening its framework for protecting and promoting women's rights.

Keywords
Human rights; UPR; India; women's rights; United Nations.

Resumen
La Revisión Periódica Universal (UPR) del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sirve como un mecanismo crucial para monitorear y promover los derechos humanos a nivel mundial. Proporciona una plataforma para que los estados miembros informen sobre sus prácticas de derechos humanos y reciban recomendaciones. Este artículo evalúa la participación de India en la UPR, enfocándose en sus compromisos y acciones con respecto a los derechos de las mujeres a lo largo de los primeros tres ciclos de revisión. Se analizan críticamente cuestiones clave como la violencia contra las mujeres, la igualdad de género y los derechos de salud y reproductivos para comprender el progreso y los desafíos persistentes. El documento evalúa en profundidad la implementación de las recomendaciones de la UPR por parte de India, señalando logros notables y obstáculos persistentes, al tiempo que ofrece perspectivas sobre las dimensiones socio-culturales, legales y políticas que afectan los derechos de las mujeres en India. Sin embargo, a pesar de algunos avances, sigue existiendo una gran brecha entre los compromisos internacionales y las realidades vividas. En consecuencia, estos hallazgos llaman a esfuerzos continuos junto con el apoyo internacional para mejorar la situación de las mujeres en India. Se concluye con recomendaciones para mejorar las futuras participaciones de India en la UPR y fortalecer su marco para proteger y promover los derechos de las mujeres.

Como citar este artigo
GUPTA, Bhavya. Evaluating India's Engagement with the Universal Periodic Review: A Focus on Women's Rights. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2441, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202441

Palabras clave
Derechos humanos; UPR; India; mujeres; Naciones Unidas.

Resumo
A Revisão Periódica Universal (UPR) do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas serve como um mecanismo crucial para monitorar e promover os direitos humanos globalmente. Ela proporciona uma plataforma para que os Estados-membros relatem suas práticas de direitos humanos e recebam recomendações. Este artigo avalia o engajamento da Índia com a UPR, focando em seus compromissos e ações relativos aos direitos das mulheres nos primeiros três ciclos de revisão. Questões-chave como violência contra as mulheres, igualdade de gênero e direitos à saúde e reprodutivos são analisadas criticamente para entender o progresso e os desafios persistentes. O artigo avalia em profundidade a implementação das recomendações da UPR pela Índia, destacando realizações significativas e obstáculos contínuos, e oferecendo insights sobre as dimensões socioculturais, legais e políticas que afetam os direitos das mulheres na Índia. No entanto, ainda há uma grande lacuna entre os compromissos internacionais e as realidades vividas, apesar de alguns progressos terem sido feitos. Consequentemente, esses achados exigem esforços contínuos junto com apoio internacional para melhorar a condição das mulheres na Índia. Conclui-se com recomendações para aprimorar os futuros engajamentos da Índia com a UPR e fortalecer seu quadro para proteger e promover os direitos das mulheres.

Palavras-chave
Direitos humanos; UPR; Índia; direitos das mulheres; Nações Unidas.

Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Introduction[1]

By replacing the Commission on Human Rights in 2006, the newly constituted United Nations Human Rights Council (UNHRC) devised a new mechanism to comprehensively assess member states' adherence to human rights commitments. Instead of piecemeal evaluations by treaty monitoring, the Universal Periodic Review (UPR) aims to monitor human rights holistically. Every country must undergo the review once every four years (United Nations, 2011, par. 5). Thus, it takes about five to six years to complete one cycle for all 193 member states. To review forty-two countries in one year, the Council holds three UPR Working Group Sessions reviewing fourteen states each.

In each cycle, first, each State under Review (SuR) sends its report to the Council. Parallel to that, the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) sends two separate reports of that state to the Council: one is a compilation of all information contained in treaty bodies, and the other is a summary of contributions received from various stakeholders. These three reports – the national report, the UN Compilation, and the Stakeholder Report – are shared with all member states so that they can give recommendations to the SuR. After receiving the recommendations, the SuR indicates its position on each and chooses which to implement. In the next review cycle, the national report also specifies the extent to which earlier recommendations have been implemented.

In the context of human rights, women's rights are often marginalized or overlooked, despite being integral to the overall advancement of human rights principles. Addressing women's rights strengthens societies by promoting social justice, reducing poverty, and fostering sustainable development. Therefore, highlighting the importance of women's rights within the broader human rights framework underscores their foundational role in achieving a more just, equitable, and inclusive society for all individuals. This recognition is essential for shaping policies, implementing effective interventions, and advancing global efforts towards gender equality and women's empowerment.

India has the highest population of women in the world, with an estimated 743 million women. The country's socio-cultural diversity intersects with various factors such as caste, religion, ethnicity, and economic status, creating unique challenges and opportunities for advancing women's rights. Understanding how India navigates its complex socio-cultural dynamics, while engaging with international human rights mechanisms, provides critical

1 The author acknowledges the support from LawTransform (the CMI-UiB Centre on Law & Social Transformation in Bergen, Norway) and the Research Council of Norway (project # 322644). She is also grateful to Professors Siri Gloppen, Moushumi Basu and Ravindran Iyer for their support and guidance. Last but not the least, she wants to thank Vaibhav Juneja, Prajakta Sawant, Prachi Yadav and Pooja Tiwari for their comments in earlier draft versions.

insights into the challenges and opportunities of promoting gender equality and women's rights in diverse societies.

India underwent three UPR cycles in 2008, 2012, and 2017 and has accepted a significant number of recommendations in each cycle. As required by the UPR process, the country has also reported on their implementation in the next cycle. However, despite such a proactive participation, persistent socio-cultural and legal challenges prevent significant progress in key issue areas of women's rights, emphasizing the need for sustained efforts and culturally informed policies to bridge the gap between commitments and realities. Thus, the main objective of this study is to present a thorough examination of the conversations held on the rights of women across the three cycles. For this purpose, thirty-four reports, produced for the review of India as a UN member state between 2008 and 2021 under the first three UPR cycles, are analysed. Including all annexures, addendums, and corrigendum, there are seven national reports, four UN Compilations, four summaries of Stakeholders' information, and six reports for questions submitted in advance for India. Additionally, working group findings have been analysed, including addenda, the decision on the conclusion, the report from the HRC session, and the HRC matrix of recommendations for India. All these reports are open source documents, available online on the OHCHR website.

There are four main sections to this study. The first section provides a brief review of the UPR process and its significance in the protection and promotion of human rights. The second section details India's participation in the first three cycles of UPR, with a focus on women's rights. The third section outlines the key issues relating to women's rights and how India has implemented the recommendations. Socio-cultural barriers such as traditions, practices, and attitudes that impact the implementation of women's rights initiatives in India are also examined in this section. The fourth section highlights areas where India has made significant progress in addressing women's rights and identifies the main challenges that remain. Finally, in the conclusion and recommendations section, the importance of understanding and integrating cultural contexts into policy implementation is discussed in a bid to offer specific recommendations for how India can develop and implement culturally informed policies to address women's rights issues.

1. UPR Process: A Brief Introduction

The UPR "provides a unique form for all stakeholders to examine, criticize, support and suggest the promotion and protection of human rights on the ground" (Gomez; Ramcharan, 2017, p. 4). Each member state's record on human rights is evaluated as part of the UPR process, as per its UN Charter obligations and the Universal Declaration of Human Rights. More specifically, the member state is closely examined, as the SuR, for compliance with UN human rights treaties, basic principles of international humanitarian law, and any voluntary promises made during the last review cycle.

The process begins when the SuR submits a national report "of its own assessment of the human rights situation" (Patel, 2017, p. 312). The national report offers a self-evaluation of the SuR's human rights status and the actions taken to uphold its commitments under the law (Patel, 2017, p. 313). Usually, it contains details on laws, regulations, and procedures pertaining to human rights. Parallel to this, the OHCHR compiles "information contained in the reports of treaty bodies" and a summary report of "credible and reliable information provided by other relevant stakeholders" (OHCHR, 2007a, Section 15 (b) & (c), Annex 1). These reports aim to offer a clear picture of the condition of human rights in that country, as, in addition to UN agencies, civil society organisations and non-governmental organisations also get the opportunity to submit reports and assessments of the human rights situation in the SuR (Gomez; Ramcharan, 2017, p. 26).

After submission of these three documents, namely, the SuR's National Report, and the OHCHR's Compilation of Information and Stakeholder Submission, the stage sets for the most important feature of the UPR process – interactive dialogue. The interactive session at the UNHRC in Geneva is attended by representatives from all the SuRs. Other member states also attend and participate in the session, and the event is telecasted live for public consumption. Each state is formally evaluated by a designated working group, made of 47 member states of the UNHRC. During the session, questions, remarks, and suggestions from other states on the condition of human rights in the SuR are also invited:

> any member of the United Nations can take the stage to comment, ask a question or issue a recommendation to the state under review. In response, the state under review is obligated to provide an instantaneous reply [...]. Following the discussions, a Final Outcome Report is produced, which consists of all the comments, recommendations and responses issued during the interactive dialogue stage of the review (United Nations, 2007, Annex 1, section 27) (Patel, 2017, p. 313).

A report is put together, after the interactive discourse, that contains a synopsis of the meeting and suggestions from other member states. These comments generally contain ideas for enhancing the status quo and can address a spectrum of concerns. It is expected that the SuR would consider the suggestions and address each one. The recommendations accepted by the SuR are labelled "supported," while the rejected ones receive the label of "noted" (OHCHR, 2011, par. 32). In the first round of review, the term "accepted" was used, but from the second cycle onwards it was an intentional choice to adopt the terminology of "supported" instead. Usage of inclusive and non-confrontational language helps the UNHRC encourages states towards gradual compliance with human rights commitments (Carraro, 2019, p. 1089). Each recommendation may be either "supported" or "noted" by the SuR. However, once approved, the SuR is required to put the suggested policies into action to strengthen its record on human rights.

This three-and-a-half-hour meeting is an important step in the review process "as the commitments and explanations provided by the state representatives at the dialogue sessions" may be used to hold them responsible in domestic and other international fora at the UN (Patel, 2017, p. 310). Once the review process is completed, a final outcome report is issued, detailing all comments made. The UPR, however, is a continuing process, as it keeps monitoring the implementation of accepted proposals in the successive cycles, which occur every four to five years.

2. Overview of India's Periodic Review on Women's Rights

India was among the first set of countries that underwent UPR. It has done so on three occasions: in 2008, 2012, and 2017. The fourth cycle began in 2022 and will end by 2027. The percentage of total recommendations accepted has continuously doubled in each cycle (see Table 1). The first cycle's national report gave a descriptive overview of the country's institutional and normative framework for defending and advancing human rights. The recommendations accepted in the first cycle and the advancements made in human rights since 2008 became the main issues for the second review. One interesting aspect of the national report submitted by India in the second cycle was an annexure that listed the judiciary's contributions to the progress of human rights. Following the OHCHR guideline note (OHCHR, 2007b), the third round of evaluation largely concentrated on the extent to which the recommendations accepted in previous cycles were actually implemented.

2.1. India's Participation

Out of the total recommendations made to date, more than one hundred have been made on issues relating to women in India. In the first cycle, India accepted only one out of the four recommendations provided on women's issues. This figure has progressively increased since that time, as seen by the upward trend in the data available (see Graph 1). In the second cycle, India accepted 18 out of 38 recommendations, and in the third cycle, it accepted 45 recommendations out of 69. Cumulatively, it can be gathered from the reports that India has accepted more than half of the recommendations on women's rights issues. The analysis also provides insights as to when, how many times, and by whom such issues have been raised (see Table 2). The greatest number of recommendations have been made by countries belonging to the "Western European and North American" group, followed by the "Latin American & Caribbean" group. Notably, no country from Africa or Asia made any recommendations to India in the first cycle, but this output has been progressively increasing. Countries from the eastern part of Europe have shown the least interest in making such recommendations.

Thus, the progressive acceptance of recommendations by India demonstrates a commitment to improving women's rights. The fact that no countries from Africa and Asia made

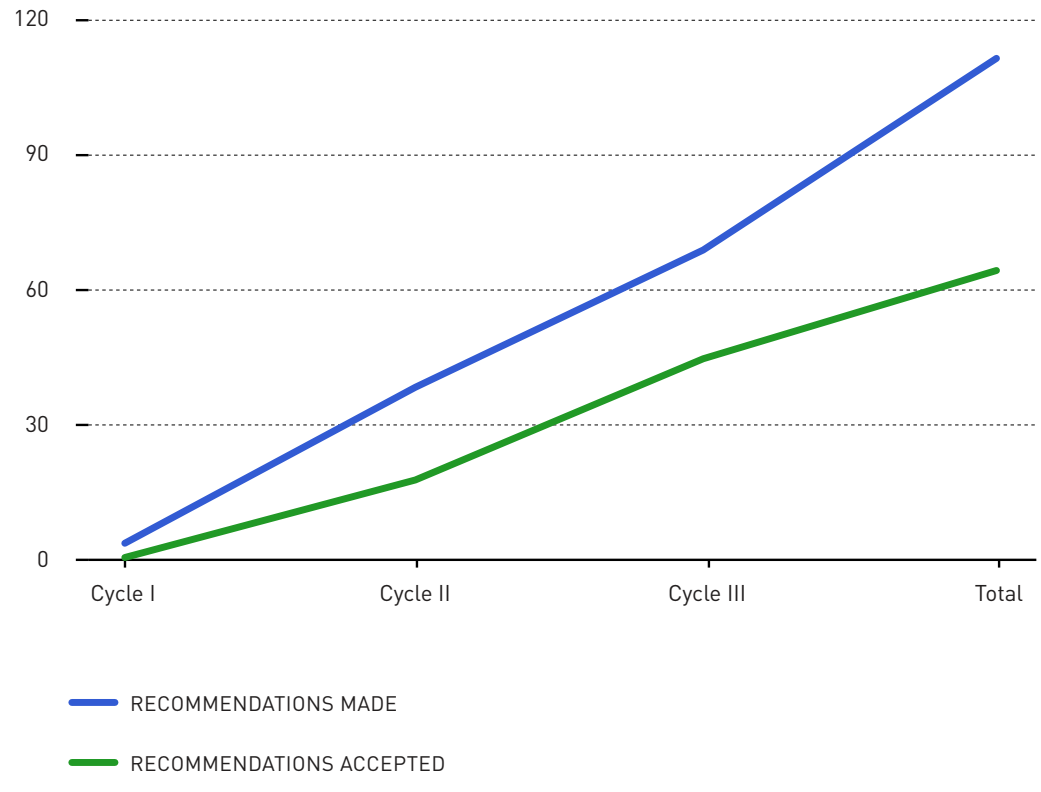
recommendations to India in the first cycle but did so later might reflect a growing acceptance of international human rights norms within these regions over time. This shift suggests that while cultural relativism plays a role, there is potential for alignment with universal standards through dialogue and engagement. The UPR process itself embodies a balance between universalism and cultural relativism. It allows for peer review by other states, which can bring diverse cultural perspectives to the table, while aiming to uphold universal human rights standards.

TABLE 1 – **TOTAL RECOMMENDATIONS MADE TO INDIA IN FIRST THREE UPR CYCLES**

UPR	CYCLE I	CYCLE II	CYCLE III
RECOMMENDATIONS MADE TO INDIA	30	170	263
SUPPORTED BY INDIA (ACCEPTED)	**5 (~16%)**	**56 (~32%)**	**162 (~62%)**
NOTED BY INDIA (REJECTED)	25 (~84%)	114 (~68%)	101 (~38%)

Source: Author's own elaboration.

GRAPH 1 — **TOTAL PERCENTAGE OF RECOMMENDATIONS IMPLEMENTED BY INDIA ON WOMEN'S ISSUES**



Source: Author's own elaboration.

TABLE 2 — **REGION-WISE TOTAL RECOMMENDATIONS MADE BY THE MEMBER STATES TO INDIA ON WOMEN'S ISSUES**

GROUPING	CYCLE I	CYCLE II	CYCLE III	TOTAL
WESTERN EUROPE & NORTH AMERICA	1	12	27	**40**
ASIA	0	10	12	**22**
LATIN AMERICA & CARIBBEAN	1	8	13	**22**
AFRICA	0	5	13	**18**
EASTERN EUROPE	2	2	3	**7**
OBSERVER	0	1	1	**2**
TOTAL	**4**	**38**	**69**	**111**
SUPPORTED (ACCEPTED)	**1**	**18**	**45**	**64**

Source: Author's own elaboration.

The data showing recommendations primarily from Western European and North American countries initially, while reflecting increasing participation from other regions, suggests a dynamic interaction, in which global standards are negotiated and gradually accepted by different cultures. This interplay can lead to a more nuanced and context-sensitive implementation of human rights. However, it is important to first examine the content and impact of these recommendations, assess the progress made in implementing them, and identify the challenges faced during implementation.

2.2. Recommendations on Women's Rights

India has the highest population of women in the world, with an estimated 743 million women. Major issues raised regarding this significant population in the 21st century are also basic human rights, such as the right to be born, the right against discrimination, the right to marry a person of one's choosing, the right against violence, criminalisation of honour crimes, and rape by a husband. However, these human rights are yet to be realised, as the country has consistently rejected recommendations on all the main concerns (see Table 3). Table 3 indicates India's responses to major UPR recommendations across three cycles. Most of the recommendations have been "noted," that is, acknowledged but not accepted. Over time, only a few issues have been found acceptable for implementation, among them the recommendations to eradicate child marriage and address violence against women. However, some recommendations, such as ratifying the optional protocol of the Convention on Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and amending the Special Marriage Act, have consistently been "noted," without implementation. There are also inconsistencies, such as a fluctuating commitment to addressing female foeticide.

TABLE 3 – **Comparative Table to Show India's Stand on Key Women's Rights Issues in the Three UPR Cycles**

MAJOR RECOMMENDATIONS	CYCLE I	CYCLE II	CYCLE III
RATIFY CEDAW-OP	NOTED	NOTED	NOTED
AMEND SPECIAL MARRIAGE ACT	NOTED	NOTED	NOTED
SENSITISE	NOTED	NOTED	NOTED
CRIMINALISE HONOUR CRIMES	NOT RECOMMENDED	NOTED	NOTED
33% RESERVATION	NOT RECOMMENDED	NOTED	NOTED
ERADICATE CHILD MARRIAGES	NOT RECOMMENDED	NOTED	SUPPORTED

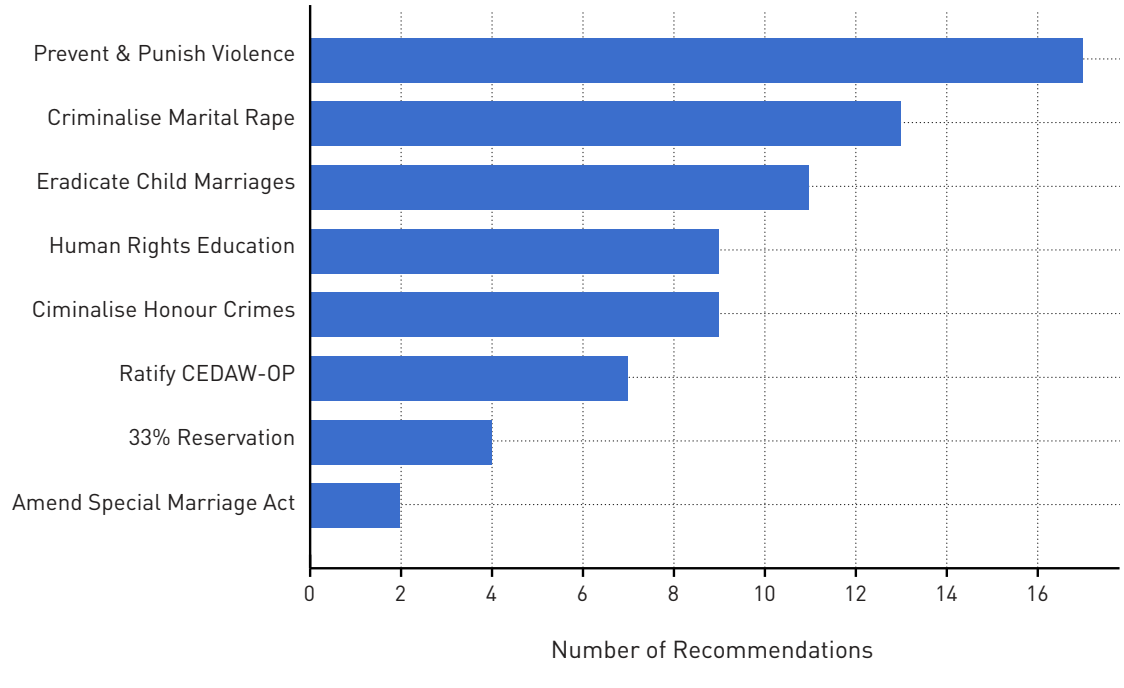
(continues...)

MAJOR RECOMMENDATIONS	CYCLE I	CYCLE II	CYCLE III
VIOLENCE	NOT RECOMMENDED	NOTED	SUPPORTED
FEMALE FOETICIDE	NOT RECOMMENDED	SUPPORTED	NOTED
CRIMINALISE MARITAL RAPE	NOT RECOMMENDED	NOT RECOMMENDED	NOTED

Source: Author's own elaboration.

Two recommendations have been consistently made by the member states in all three cycles for women's rights in India (see Graph 2). The first one is regarding educating the masses about human rights, that is, to sensitise people towards gender equity to eradicate societal prejudices from the root. The other recommendation is regarding ratification of the optional protocol to the CEDAW. However, most of the recommendations urge India to take affirmative action to prevent violence against women and to end impunity for offenders by punishing them (Singh; Chandra, 2017). This recommendation has been echoed in the last two cycles, particularly in the context of marginalised women belonging to lower castes, such as the Dalit and the Scheduled Caste. Notably, the demand for criminalising marital rape was made for the first time in 2017 by more than a dozen member states. The next section discusses key issues relating to women's rights, as highlighted in the first three UPR cycles for India.

GRAPH 2 – **NUMBER OF RECOMMENDATIONS MADE TO INDIA BY THE MEMBER STATES ON WOMEN'S ISSUES**



Source: Author's own elaboration.

3. Key Issues Relating to Women Highlighted in UPR

The Universal Periodic Review (UPR) has highlighted India's numerous obstacles in attaining gender equality and addressing women's rights. Key challenges include gender discrimination, ongoing violence against women, and socio-cultural practices that influence women's health and reproductive rights. Despite legislative measures and initiatives aimed at empowering women, implementation challenges and societal attitudes continue to impede progress. The UPR recommendations emphasise the need for stronger legal frameworks, affirmative action, and improved access to healthcare and reproductive rights.

3.1. Equality and Non-discrimination

Gender equality in India is a multifaceted issue affecting political representation, employment, and education. Women's representation in Parliament remains low, with only a small percentage of seats occupied by female legislators. Employment opportunities for women are limited by societal norms and discrimination, resulting in lower workforce participation rates. Despite improvements in enrolment, gender disparities in education persist, particularly in rural areas and among marginalized communities.

India has implemented several measures to promote gender equality and empower women. The 73rd and 74th Constitutional Amendments reserve seats for women in local government bodies, enhancing political participation. Employment schemes, such as the Mahatma Gandhi National Rural Employment Guarantee Act (MGNREGA), aim to boost women's economic independence. Educational initiatives, such as Beti Bachao Beti Padhao (Save the Girl Child, Educate the Girl Child), strive to improve female literacy rates and reduce gender gaps in education.

However, challenges remain in effectively implementing policies and ensuring their reach to all sections of society. Persistent gender stereotypes and socio-cultural barriers impede progress towards true gender equality and empowerment. Treaty bodies and special rapporteurs have consistently recommended legal actions against discriminatory practices, such as witch-hunting and unequal property rights, and called for addressing issues like custodial violence and discrimination in housing.

India's national reports have emphasized various measures to end discrimination against women, such as the Tenth Five-Year Plan (2002-2007), the 2001 National Policy for Women's Empowerment, and the Prevention of Atrocities Rules of 2005. Judicial activism, particularly through Public Interest Litigation, has been effective, as seen in the *Vishakha* case (Supreme Court of India, 1997), which established guidelines against workplace sexual harassment.

During all three UPR cycles, stakeholders have repeatedly raised the issue of increasing women's representation in legislative bodies. Recommendations included reserving 33% of the seats in all legislatures. However, the bill to amend the constitution for this purpose is

still pending in Parliament. Despite women comprising 48.5% of the population, only 27.4% are employed, and they hold just 14.39% of seats in the House of People and 8.8% in the Council of States (NHRC, 2021). Enhancing women's representation at the highest governance levels requires affirmative action beyond merely passing laws.

3.2. Violence Against Women

Violence against women in India includes domestic violence, sexual harassment, and trafficking. Domestic violence is widespread, affecting women across socio-economic strata. Sexual harassment, particularly in the workplace and public spaces, threatens women's safety and dignity. Trafficking for sexual exploitation and forced labour remains a grave concern.

The UNHRC has made several recommendations to address these issues, such as strengthening legal frameworks, improving law enforcement training, and providing better support services for victims. India has responded with measures like the Protection of Women from Domestic Violence Act (2005) and the Criminal Law (Amendment) Act (2013), which include stricter penalties for sexual offences. Initiatives like the One Stop Centre and Women Helpline Scheme provide immediate assistance and support to victims. Despite these efforts, implementation challenges and societal attitudes continue to hinder progress.

Recommendations often call for affirmative action to prevent violence against women and end impunity for offenders. This includes addressing violence against marginalized women, such as the Dalits and the Scheduled Castes, and ending communal violence against women, as highlighted in the context of the 2002 Godhra riots. The 2012 Nirbhaya Gang Rape case brought the issue of violence against women to the forefront, resulting in a comprehensive criminal amendment that increased punishments for rape and criminalized offences like acid attacks, stalking, and voyeurism.

3.3. Health and Reproductive Rights

Women's health issues in India include access to healthcare, maternal mortality, and reproductive rights. Rural women face significant barriers to obtaining necessary medical services. Although maternal mortality has decreased, preventable complications during pregnancy and childbirth remain a leading cause of death. Reproductive rights, including access to contraception and safe abortion services, also require attention.

India has launched initiatives to address women's health concerns, such as the National Health Mission, Janani Suraksha Yojana, and Pradhan Mantri Surakshit Matritva Abhiyan.[2] These

2 The National Health Mission aims to improve healthcare access across rural and urban India, focusing on maternal and child health. Janani Suraksha Yojana incentivizes institutional deliveries, and Pradhan Mantri Surakshit Matritva Abhiyan provides free antenatal care to pregnant women to reduce maternal and child mortality.

programs provide financial incentives for institutional deliveries and ensure comprehensive antenatal care. Efforts to enhance access to contraception and family planning services aim to empower women to make informed reproductive choices. However, gaps in service delivery persist, particularly in remote and underserved areas, necessitating sustained efforts and a robust healthcare infrastructure.

3.4. Eradicate Child Marriages

Despite legislation making child marriage a punishable offence since 2006, enforcement of the law remains weak. Stakeholders have recommended aligning the definition of "child" with the Convention on the Rights of the Child (CRC) and removing personal law exceptions to the marriageable age. Public awareness campaigns and increased school enrolment of female students are essential to eradicate child marriages.

3.5. Enhance Sex Ratio, Female Literacy Rate, and Eradicate Female Foeticide

Issues like child marriage, reproductive health, and female foeticide are interconnected. The literacy rate for females increased from 30% in 1981 to 65% in 2011, but primary school enrolment remains around 48%. The sex ratio remains skewed, with only 916 girls for every 1,000 boys (NIPCCD, 2014). Initiatives like Beti Bachao Beti Padhao (Save the Girl Child, Educate the Girl Child) and Free Primary Education aim to address these disparities. What's more, the third national report emphasized improving sanitation in schools to counter girls' absence rates during periods of menstruation.

3.6. Reproductive Health

Sham marriages for trafficking young women for sex work and the link between child marriage and early pregnancy have been highlighted by stakeholders. Unsafe abortions and maternal mortality are critical concerns. Treaty bodies have criticized the privatisation of healthcare and unethical female sterilisations, recommending better-quality contraceptives.

4. Assessment of Progress and Challenges

The analysis demonstrates that while India has made notable efforts to address women's equality, violence, health, and reproductive rights, significant challenges remain. Persistent societal attitudes, implementation gaps, and the need for robust legal frameworks and public awareness are crucial for achieving substantial and lasting improvements in the status of women in India.

In the first UPR cycle, India supported the suggestion to incorporate a gender perspective in the UPR follow-up procedure by introducing Gender Budgeting in all Union and State Budgets. However, recommendations to ratify the optional protocol to the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and to amend

the Special Marriage Act for equal property rights remain unimplemented. Several UN treaty bodies and special rapporteurs have raised the issue of reviewing regressive laws such as the Armed Forces Special Powers Act, the definition of rape under Section 375 of the Indian Penal Code, the Special Marriage Act, and personal laws relating to women's property rights. The second cycle called for abolishing practices like sati, devadasi,[3] dowry death, and honour killings. The third cycle noted the failure to address these issues adequately and recommended amending Section 377 to decriminalize homosexuality and eliminate the marital rape exception from Section 375. Although India has "noted" these recommendations, the Supreme Court decriminalised homosexuality in 2018, invoking "constitutional morality" (Navtej Singh Johar v. Union of India, 2018).

During the second cycle, India accepted recommendations concerning pre-natal sex selection, safe abortion, and reproductive health, leading to the enactment of the Prohibition of Children from Sexual Offences Act in 2012. However, it did not implement recommendations regarding free compulsory education, laws against sexual harassment, prohibiting child marriages, punishing violence, protecting minorities, and establishing a National Human Rights Plan. This is puzzling because, as of 2006, India had already enacted laws against domestic violence, provisions for free and compulsory education for children below fourteen, and legislation against child marriage. What's more, in 2013, India passed a law against workplace sexual harassment, replacing the *Vishakha* case guidelines.

In the third UPR cycle, India accepted many recommendations, including prohibiting child marriage, punishing domestic violence, and implementing laws against sexual offences. However, it again rejected demands to amend the Panchayati Raj Act, pass the 108th Constitutional Amendment Bill, ratify the optional protocol of the CEDAW, and amend the Special Marriage Act. India also "noted" recommendations on criminalizing marital rape, eliminating dowry deaths, ending honour killings and female foeticide, implementing "gender budgeting in all states and union territories," and recognizing LGBTIQA+ rights.

India, a signatory to CEDAW since 1993, has focused on passing legislation and creating national human rights organizations like the National Commission for Women. The optional protocol to CEDAW provides a monitoring mechanism that empowers the Committee to receive and decide complaints on violations of CEDAW obligations directly from individuals, requiring exhaustion of national remedies as a prerequisite. However, India has a tradition of not ratifying optional protocols that receive individual complaints due to concerns about national sovereignty, cultural and religious considerations, and domestic political factors.

3 *Sati* was a historical practice in India in which a widow would self-immolate or be forced to do so on her husband's funeral pyre, while *devadasi* referred to women dedicated to religious service, often leading to their exploitation as temple prostitutes.

Hence, India has not ratified the optional CEDAW protocol despite the recommendations of seven member states and stakeholders.

While there is progress in certain areas, the persistent "noting" of several key recommendations indicates significant barriers to full implementation. This reflects India's complexities and challenges in aligning with international human rights standards. Most accepted suggestions do not require specific action and are implemented gradually, making it difficult to hold the Indian state accountable for not implementing broadly stated suggestions.

On a domestic level, India has requested a more substantial UPR procedure follow-up. The Ministry of External Affairs has involved academic institutions and civil society organizations in compiling its national report and gathering feedback. However, these meetings are short and infrequent, limiting widespread involvement. Consequently, many crucial voices are not meaningfully engaged in the UPR process.

The mismatch between Geneva-accepted guidelines and domestic policy and legislative agendas is particularly evident in the case of female foeticide. India pledged to eradicate it in 2012 but failed to follow through by 2017. There has been limited follow-up on strategy and implementation, reflecting a broader disparity in addressing issues such as free compulsory education, laws against sexual harassment, child marriage, violence against women, minority protection, and the establishing of a National Human Rights Plan.

Conclusion and Recommendations

India's proactive participation in the Universal Periodic Review (UPR) process of the United Nations Human Rights Council (UNHRC) showcases its commitment to improving women's rights. However, significant socio-cultural and legal challenges persist, impeding the full realisation of these rights. These challenges highlight the complexity of translating international commitments into domestic realities. To address these issues effectively, sustained efforts and culturally informed policies are essential. Considering that India's unique socio-cultural landscape engages local communities and implements comprehensive legal reforms, a multifaceted approach is crucial.

Despite its flaws, the UN Human Rights Council system remains a vital peer review mechanism for the public and international evaluation of a nation's human rights record. The risk of being named and shamed globally can motivate states to modify their behaviour and empower stakeholders to hold governments accountable for their promises. However, for the UPR mechanism to effectively enforce human rights obligations, states must domestically align their operational protocols with stated goals and principles. Enhancing the UPR's effectiveness requires detailed, accurate, and tangible suggestions from member states and justifications for any recommendations they reject. Establishing institutional structures to carry out approved recommendations and mandating regular follow-ups with the HRC are first steps toward that goal.

Furthermore, conducting a thorough review of existing laws related to women's rights can identify and address gaps and inconsistencies, while robust enforcement of these laws, including stricter penalties for violations and better support for victims, is essential to protect women's rights effectively. Training programs for law enforcement, the judiciary, and healthcare providers need to be put in place to be able to handle women's rights issues sensitively and effectively, while increasing funding and resources for institutions dedicated to protecting women's rights, such as shelters, legal aid centres, and health clinics, is crucial for their sustained impact.

What's more, engaging local communities, women's groups, and cultural leaders in policy-making processes is essential to ensuring that initiatives are culturally sensitive, increasing their acceptance and effectiveness; tailored awareness campaigns can educate communities about women's rights and the importance of gender equality, fostering a more supportive environment for change. At the same time, promoting female entrepreneurship, providing vocational training, and improving access to education and employment opportunities are essential, alongside policies ensuring equal pay for equal work and support for working mothers, such as affordable childcare services and parental leave.

Finally, fostering stronger partnerships with international organizations, other countries, and non-governmental organizations allows for sharing of best practices and resources, while technical assistance and funding from international bodies can support initiatives to improve women's rights in India. To that extent, independent bodies should be set up to monitor the implementation of UPR recommendations and the progress of women's rights initiatives, ensuring transparency and accountability through regular reporting and public dissemination of information on the status of women's rights.

By implementing these recommendations, India can make significant strides in bridging the gap between international commitments and domestic realities, ensuring that women's rights are fully realised across the country. Sustained efforts and culturally informed policies can be vital in overcoming persistent socio-cultural and legal challenges, fostering a society where women are afforded equal opportunities to achieve their full potential.

In conclusion, India's response to the critical issues highlighted in the UPR shows a commitment to addressing violence against women, promoting gender equality, and improving women's health and reproductive rights. However, the effectiveness of these measures depends on overcoming implementation challenges and transforming societal attitudes towards women. Continued efforts and a holistic approach are essential to achieving substantial and lasting improvements in the status of women in India.

REFERENCES

ABEBE, Allehone Mulugeta. Of Shaming and Bargaining: African States and the Universal Periodic Review of the United Nations Human Rights Council. *Human Rights Law Review*, [*s.l.*], v. 9, n. 1, p. 1-35, 2009.

CARRARO, Valentina. Promoting Compliance with Human Rights: The Performance of the United Nations' Universal Periodic Review and Treaty Bodies. *International Studies Quarterly*, [*s.l.*], v. 63, n. 4, p. 1079-1093, 2019.

CREAMER, Cosette D.; SIMMONS, Beth A. The Dynamic Impact of Periodic Review on Women's Rights. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 81, n. 4, p. 31-72, 2018.

DE FROUVILLE, Olivier. Building a Universal System for the Protection of Human Rights: The Way Forward. *In*: BASSIOUNI, M. Cherif; SCHABAS, William (eds.). *New Challenges for the UN Human Rights Machinery*: What Future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedures? Cambridge: Intersentia, 2011.

DE LA VEGA, Constance; LEWIS, Tamara. Peer Review in the Mix: How the UPR Transforms Human Rights Discourse. *In*: BASSIOUNI, M. Cherif; SCHABAS, William (eds.). *New Challenges for the UN Human Rights Machinery*: What Future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedures? Cambridge: Intersentia, 2011.

DOMÍNGUEZ-REDONDO, Elvira. The Universal Periodic Review – Is There Life Beyond Naming and Shaming in Human Rights Implementation? *New Zealand Law Review*, [*s.l.*], v. 4, p. 673-706, 2012.

EDWARDS, Nicola. Challenging Impunity in Indonesia and the Philippines through the Universal Periodic Review Mechanism. *Australian Journal of Human Rights*, Sydney, v. 26, n. 2, p. 274-291, 2020.

GOMEZ, James; RAMCHARAN, Robin. *The Universal Periodic Review of Southeast Asia*: Civil Society Perspectives. Singapore: Springer Nature, 2017.

HAFNER-BURTON, Emilie M. Sticks and Stones: Naming and Shaming the Human Rights Enforcement Problem. *International Organization*, v. 62, n. 4, p. 689-716, 2008.

HUMAN RIGHTS WATCH. *UN: Nations Show True Colours at Rights Review.* New York: Human Rights Watch, 2009.

INDIA. *National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15 (a) of the Annex to Human Rights Council Resolution 5/1*. Geneva: United Nations, 2017.

INDIA. *National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15 (a) of the Annex to Human Rights Council resolution 5/1*. Geneva: United Nations, 2012.

INDIA. *National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15 (a) of the Annex to Human Rights Council Resolution 5/1*. Geneva: United Nations, 2008.

JONAS, Obonye. Reflections on the Practices and Experiences of African States in the African Peer Review Mechanism and the Universal Periodic Review System. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Pretoria, v. 45, n. 3, p. 428-453, 2012.

NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMISSION (NHRC). *Women's Rights in India*: An Analytical Study. The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW); The Indian Constitution, Legislations, Schemes, Policies & Judgements; NHRC: New Delhi, 2021.

NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMISSION (NHRC). Third Universal Periodic Review of India at the UN Human Rights Council. *Journal of the National Human Rights Commission of India*, v. 16, p. 265--281, 2017.

NATIONAL INSTITUTE OF PUBLIC COOPERATION AND CHILD DEVELOPMENT (NIPCCD). *Statistics on Women in India*. NIPCCD: New Delhi 2014. Available at: https://www.nipccd.nic.in/file/reports/ewomen14.pdf. Accessed on: Nov. 23th, 2024.

Navtej Singh Johar v. Union of India, 10 SCC 1. Supreme Court Cases (SCC), 2018.

PATEL, Gayatri. Smoke and Mirrors at the United Nations' Universal Periodic Review Process. *International Journal of Human Rights in Healthcare*, [*s.l.*], v. 10, n. 5, p. 310-322, 2017.

SINGH, Ranbir; CHANDRA, Aparna. The Universal Periodic Review Process: A Critical Appraisal. *Journal of the National Human Rights Commission of India*, New Delhi, v. 16, p. 233-241, 2017.

SUPREME COURT OF INDIA. *Vishakha and Ors. v. State of Rajasthan and Ors*. AIR 1997, SC 3011. [1997].

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Compilation of UN Information*: India. Human Rights Council. Geneva: United Nations, 2017a.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *General Debate on the Universal Periodic Review*. Geneva: United Nations, 2017b.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review*: India. Geneva: United Nations, 2017c.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Summary of Stakeholders: India*. Geneva: United Nations, 2017d.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Compilation of UN Information*: India. Human Rights Council. Geneva: United Nations, 2012a.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review*: India. Geneva: United Nations, 2012b.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Summary of Stakeholders: India*. Geneva: United Nations, 2012c.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Resolution 16/21*: Review of the Work and Functioning of the Human Rights Council. A/HRC/RES/16/21. Geneva: United Nations, 2011.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Council Compilation of UN Information*: India. Human Rights Council. Geneva: United Nations, 2008a.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review*: India. Geneva: United Nations, 2008b.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review*: India – Addendum. Geneva: United Nations, 2008c.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Summary of Stakeholders*: India. Geneva: United Nations, 2008d.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Resolution 5/1: Institution-Building of the United Nations Human Rights Council. A/HRC/RES/5/1*. Geneva: United Nations, 2007a.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Decision No. 6/102 of 2007*: Follow-Up to Human Rights Council Resolution 5/1. Geneva: United Nations, 2007b.

Bhavya Gupta

PhD Candidate in International Organisation at the Centre for International Politics, Organisation, and Disarmament (CIPOD) in the School of International Studies (SIS) at Jawaharlal Nehru University (JNU). LLM in Human Rights Law from the National Law School of India University (NLSIU), Bangalore. With over seven years of experience as an Assistant Professor of Law, she specializes in Human Rights Law, International Humanitarian Law, and Constitutional Law. Currently she teaches at IILM University, Gurugram. She has worked as a legal consultant on a Bill & Melinda Gates Foundation-funded project for Women's Economic Empowerment. She has also collaborated with the National Commission for Women and delivered workshops on legal awareness and violence against women in Uttar Pradesh. She has affiliations with several prestigious international institutions, including the Hague Academy of International Law, International Studies Association, iCourts (University of Copenhagen), and LawTransform (University of Bergen).

ipad.bhavya@gmail.com

V. 20
2024
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 03.01.2023
Aprovado: 10.08.2023
https://doi.org/10.1590/2317-6172202412

Editora responsável
Catarina Helena Cortada Barbieri
(*Editora-chefe*)

1 Universidade de Macau, Taipa, Macau, China
https://orcid.org/0000-0002-4374-358X

Técnicas subliminares, o Direito e os sentidos

SUBLIMINAL TECHNIQUES, THE LAW AND THE SENSES

TÉCNICAS SUBLIMINALES, LA LEY Y LOS SENTIDOS

Célia F. Matias[1]

Resenha de:
NEUWIRTH, Rostam J. *The EU Artificial Intelligence Act*: Regulating Subliminal AI Systems. Londres: Routledge, 2023.

Resumo
Após um longo processo de discussão, o Regulamento Inteligência Artificial da União Europeia assumirá em breve a posição de diploma pioneiro na disciplina legal da inteligência artificial de forma abrangente. Dentre os usos proibidos dessa tecnologia destacam-se as técnicas subliminares, ou seja, técnicas direcionadas para a percepção de estímulos capturados pelos sentidos sob o limiar da consciência. Essas técnicas podem resultar na manipulação da mente de seres humanos, trazendo riscos para o seu bem-estar e sua segurança. A recente monografia *The EU Artificial Intelligence Act: Regulating Subliminal AI Systems* (em tradução livre: *O Regulamento Inteligência Artificial da UE: regulação de sistemas de IA subliminares*), de Rostam J. Neuwirth, debruça-se sobre esse tema de maneira profunda e original, tomando a perspectiva da semiótica jurídica e da filosofia do Direito. Discutindo os conceitos de sinestesia, oxímoro e *fuzzy logic*, o autor propõe uma visão abrangente, atualizada e flexível do Direito, capaz de acorrer às necessidades dos seres humanos face a essas tecnologias. Em particular, Neuwirth faz uma defesa convincente de um entendimento do direito à liberdade de pensamento que inclua a proibição da manipulação mental. O Brasil tem assumido também um papel pioneiro na regulação de novas tecnologias. Nesse sentido, perspectivas como a de Neuwirth poderão constituir um contributo valioso para o debate em curso.

Palavras-chave
Inteligência artificial; semiótica do Direito; Direito europeu; Direito e tecnologia.

Abstract
After a long discussion process, the European Union's Artificial Intelligence Act will soon assume the position of a pioneering step towards the regulation of artificial intelligence in a comprehensive way. Among the prohibited uses of this technology are subliminal techniques, that is, techniques aimed at the perception of stimuli captured by the senses under the threshold of consciousness. These techniques can result in the manipulation of the minds of human beings, bringing risks to their well-being and safety. The recent monograph The EU Artificial Intelligence Act: Regulating Subliminal AI Systems, *by Rostam J. Neuwirth, addresses this topic in a profound and original way, taking the perspective of Legal Semiotics and the Philosophy of Law. Discussing the concepts of synaesthesia, oxymoron and fuzzy logic, the author proposes a comprehensive, updated and flexible vision of Law, capable of meeting the needs of human beings in the face of these technologies. In particular, Neuwirth makes a convincing case for an understanding of the right to freedom of thought that includes the prohibition of*

Como citar este artigo
MATIAS, Célia F. Técnicas subliminares, o Direito e os sentidos. Resenha de: NEUWIRTH, Rostam J. *The EU Artificial Intelligence Act: Regulating Subliminal AI Systems*. Londres: Routledge, 2023. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 20, e2412, 2024. https://doi.org/10.1590/2317-6172202412

mental manipulation. Brazil has also taken on a pioneering role in regulating new technologies. In this sense, perspectives such as Neuwirth's could constitute a valuable contribution to the ongoing debate.

Keywords
Artificial Intelligence; Semiotics of Law; European Law; Law and technology.

Resumen
Después de un largo proceso de discusión, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea pronto asumirá la posición de un diploma pionero en la disciplina jurídica de la inteligencia artificial de manera integral. Entre los usos prohibidos de esta tecnología destacan las técnicas subliminales, es decir, técnicas dirigidas a la percepción de estímulos captados por los sentidos bajo el umbral de la conciencia. Estas técnicas pueden resultar en la manipulación de la mente de los seres humanos, trayendo riesgos para su bienestar y seguridad. La reciente monografía The EU Artificial Intelligence Act: Regulating Subliminal AI Systems*, de Rostam J. Neuwirth, aborda este tema de una manera profunda y original, tomando la perspectiva, concretamente, de la semiótica jurídica y de la filosofía del Derecho. Discutiendo los conceptos de sinestesia, oxímoron y lógica difusa, el autor propone una visión del Derecho integral, actualizada y flexible, capaz de satisfacer las necesidades del ser humano frente a estas tecnologías. En particular, Neuwirth defiende de manera convincente una comprensión del derecho a la libertad de pensamiento que incluya la prohibición de la manipulación mental. Brasil también ha asumido un papel pionero en la regulación de nuevas tecnologías. En este sentido, perspectivas como la de Neuwirth podrían constituir una valiosa contribución al debate en curso.*

Palabras clave
Inteligencia artificial; semiótica del Derecho; Derecho europeo; Derecho y tecnología.

Este é um texto publicado em Acesso Aberto (*Open Acess*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite copiar e reproduzir o material em qualquer meio ou formato, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Autores de textos publicados pela *Revista Direito GV* mantêm os direitos autorais de seus trabalhos.

Na conhecida obra *Laranja Mecânica* (Burgess, 1962), Alex, um jovem delinquente, é condenado a 14 anos de prisão pela prática de crimes violentos. De modo a encurtar essa pena, Alex aceita fazer parte de um programa de reabilitação, no decurso do qual é exposto a imagens de atrocidades do regime nazista, ao mesmo tempo em que ouve música de Ludwig van Beethoven. O tratamento faz com que Alex passe mal cada vez que tente se comportar de forma violenta, ou ouça música de Beethoven.

O enredo poderá ter parecido distópico aos leitores da época, mas em 2023, com a profusão de meios digitais de vigilância, processamento de dados (especialmente nos recentes anos de pandemia) e inteligência artificial, a hipótese apresenta-se com um crescente realismo. Podemos dizer, então, que, em matéria de manipulação mental, a ficção se tornou realidade? Rostam J. Neuwirth, autor da recente monografia *The EU Artificial Intelligence Act: Regulating Subliminal AI Systems* (em tradução livre: *O Regulamento Inteligência Artificial da UE: regulação de sistemas de IA subliminares*), entende que sim. Mais do que isso, nas palavras do autor, chegamos a um ponto em que é possível "prever o futuro o criando" (Neuwirth, 2023, p. 103).

A análise de Neuwirth centra-se na relevância jurídica do conceito de percepção subliminar (*subliminal perception*), a qual resulta em estímulos capturados pelos sentidos sob o limiar subjetivo da consciência (Sandberg *et al.*, 2022). As áreas de interação entre o Direito e a percepção subliminar são várias. A título de exemplo, há que referir a proibição da utilização de técnicas subliminares nas comunicações audiovisuais comerciais (*subliminal advertising*), adoptada na União Europeia por meio do art. 9(1)(b) da Diretiva "Serviços de Comunicação Social Audiovisual" (Portugal, 2010). Tal proibição, que já encontrava precedente na Convenção Europeia de Televisão Transfronteiras do Conselho da Europa de 1989 (art. 13.2) (Portugal, *s.d.*), terá procurado dar resposta a práticas que proliferavam há várias décadas na área da publicidade, muitas das quais haviam sido denunciadas por Vance Packard no livro *The Hidden Persuaders* (em tradução livre: *Os persuasores ocultos*) (Packard, 1957). Um exemplo muitas vezes mencionado é o de uma experiência realizada em 1957, em que as mensagens "comam pipoca" ("*eat popcorn*") e "bebam Coca-Cola" ("*drink Coca-Cola*") foram mostradas durante apenas 1/3.000 de segundo durante a exibição de um filme no cinema, tendo sido verificado nessa ocasião considerável aumento nas vendas de ambos os produtos (Neuwirth, 2023, p. 43).

No entanto, o mote para a discussão abordada pela obra em análise é dado pela recente proposta de um regulamento da União Europeia que estabelece "regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial" (Regulamento Inteligência Artificial – RIA) (Comissão Europeia, 2021). A proposta do RIA, apresentada pela Comissão Europeia em 2021, para ser adoptada pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu (PE), "estabelece regras harmonizadas para o desenvolvimento, a colocação no mercado e a utilização de sistemas de IA na União na sequência de uma abordagem proporcionada baseada no risco" (Comissão Europeia, 2021, Ponto 1.1, tradução nossa). O modelo seguido foca-se nos sistemas de inteligência artificial

de risco elevado, estipulando obrigações para os respectivos fornecedores. No entanto, determinadas práticas merecem uma proibição total da parte do legislador europeu.

Tais práticas proibidas constam do art. 5 da proposta de RIA, que abrange

> [...] práticas com potencial significativo para manipular as pessoas por meio de técnicas subliminares que lhes passam despercebidas ou explorar as vulnerabilidades de grupos específicos, como as crianças ou as pessoas com deficiência, para distorcer substancialmente o seu comportamento de uma forma que seja suscetível de causar danos psicológicos ou físicos a essa ou a outra pessoa (Comissão Europeia, 2021, Ponto 5.2.2, tradução nossa).

A alínea a do número 1 do referido artigo especifica as condições para a proibição de técnicas subliminares – uma dentre as várias práticas proibidas:

> A colocação no mercado, a colocação em serviço ou a utilização de um sistema de IA que empregue técnicas subliminares que contornem a consciência de uma pessoa para distorcer substancialmente o seu comportamento de uma forma que cause ou seja suscetível de causar danos físicos ou psicológicos a essa ou a outra pessoa (Comissão Europeia, 2021, art. 5, 1, a, tradução nossa).

Após um processo de negociação, uma "versão final" do RIA foi aprovada pelo Parlamento Europeu em 13 de março de 2024. Apesar de o texto do art. 5, alínea a, ter sofrido algumas alterações, mantém-se, no essencial, o sentido da norma. Quaisquer referências à proposta de RIA reportam-se à proposta emitida em 2021 pela Comissão Europeia.

Ao passo que a proposta de RIA faz referência à proteção dos direitos fundamentais, nomeadamente o bem-estar físico e psicológico das pessoas, que são postos em causa com a manipulação mental, Neuwirth envereda por uma análise mais profunda do fenómeno, ancorada em noções de Neurociência e Semiótica. Dois temas que são caros ao autor surgem como pedras de toque da sua argumentação, nomeadamente a ideia de sinestesia e a importância dos oximoros no Direito e no pensamento jurídico (Neuwirth, 2018).

A sinestesia, definida como a mútua influência dos sentidos na nossa percepção de mundo (Neuwirth, 2023, p. 3), apresenta-se como uma alternativa ao ocular-centrismo que, de acordo com o autor, permeia o Direito atual. Essa primazia da visão sobre os demais sentidos coloca o Direito em uma posição de desvantagem quando é chamado a lidar com fenómenos como o das técnicas subliminares. Isso porque quem as usa para manipular a mente de outros serve-se precisamente do imenso potencial dos nossos sentidos, que, por esse prisma, também é uma fonte de vulnerabilidade.

Os exemplos oferecidos pelo autor são persuasivos. Pense-se na inclusão de mensagens subliminares antifurto na música de fundo de uma loja ou na técnica de *backward masking*, que incorpora mensagens de trás para a frente em canções. Essa última deu lugar a duas famosas

ações judiciais nos Estados Unidos, em que a banda Judas Priest foi acusada de, dessa forma, ter incitado jovens ao suicídio (Neuwirth, 2023, p. 52). A eficácia das técnicas subliminares tem sido questionada, circunstância essa que é reconhecida pelo autor. Uma das técnicas em questão é o *priming* subliminar, que consiste na sujeição da pessoa a dois estímulos sucessivos: o *prime*, que "não deve ser percebido conscientemente", e o alvo; o efeito do *priming* subliminar se considera verificado "quando há evidência de que a apresentação do *prime* facilitou [a] resposta" dada ao alvo (Busnello; Stein; Salles, 2008, p. 41). Em um estudo de 2006, os participantes foram expostos subliminarmente ao nome de uma marca de chá gelado, tendo posteriormente sido aferida a probabilidade de eles pedirem essa bebida em uma esplanada. Concluiu-se que essa probabilidade aumentou com o *priming*, mas apenas para indivíduos que estavam com sede (Karremans; Stroebe; Claus, 2006). Neuwirth (2022, p. 43-44) refere, ainda, outros estudos no sentido da produção de efeitos pelas técnicas subliminares, quer no nível do processamento e da retenção de informação, quer no nível da reação a ela.

A tecnologia de que hoje dispomos oferece um potencial de aperfeiçoamento e disseminação desses expedientes que exacerba os riscos associados a eles. Assim, a proibição prevista na proposta de RIA é um passo no bom caminho, mas restam ainda questões quanto à sua fiscalização e aplicação. Nesse contexto, a ideia de sinestesia torna evidente a necessidade de o Direito adotar uma perspectiva mais rica e abrangente, capaz de lidar com manipulações da mente por meio dos vários sentidos:

> Para a regulação da IA, a questão fundamental dos parâmetros de uma possível violação da proibição de técnicas subliminares dependerá, em última análise, dos limiares estabelecidos, quer para cada um dos sentidos, quer para todos eles em conjunto. Esta é a questão principal, ou seja, que tipo de informação passa sob os limites da percepção humana, de modo que possa ser subliminarmente percepcionada (Neuwirth, 2023, p. 66, tradução nossa).

No entanto, os oximoros – ou a justaposição de conceitos de significado oposto – surgem nessa obra como um elemento de continuidade diante do pensamento do autor, expresso em escritos anteriores, como *Law in the Time of Oxymora: A Synaesthesia of Language, Logic and Law* (Neuwirth, 2018). Assim, a escolha de um tema – a inteligência artificial – que é ele próprio descrito como um oximoro não será mera coincidência. Porém, como pode uma figura de estilo ajudar-nos a compreender o problema da percepção subliminar? A resposta, segundo Neuwirth, prende-se com o significado da proliferação de oximoros na linguagem e no Direito e suas respectivas consequências. Neuwirth (2018) critica o raciocínio jurídico tradicional, pautado pelo dualismo e pela lógica clássica. Assim, o Direito tem recorrido extensamente, por um lado, a dicotomias, como "público-privado", "masculino-feminino", "substância-forma" ou "dolo-mera culpa", e, por outro lado, ao silogismo

jurídico (assente ele próprio na dicotomia "factos-Direito"), que pretende resolver casos concretos pela subsunção deles mesmos em previsões legais. Esse raciocínio tradicional encara, nos nossos dias, desafios provenientes da complexificação da sociedade, da globalização e do avanço tecnológico. É nesse contexto que se tem observado uma proliferação de conceitos essencialmente oximorônicos (*essentially oxymoronic concepts*), como "*real-fake*" (verdadeiro-falso), "*wilful negligence*" (negligência intencional) ou "*substantive due process*" (processo equitativo substancial). Segundo Neuwirth (2023), esse tipo de conceito dilui dicotomias, estabelecendo pontes entre os seus termos, e apresenta-se como mais adequado à sociedade atual, com toda a sua complexidade e diversidade. No âmbito jurídico, esse fenômeno convida-nos a reconsiderar o raciocínio jurídico tradicional e dualista, flexibilizando-o, com recurso à chamada *fuzzy logic* (ou *lógica difusa*, em tradução livre) e à própria intuição do decisor. Nas palavras do autor:

> Por fim, realidades complexas, presentes e futuras, incluindo as chamadas "realidades virtuais" criadas pela IA e por máquinas cognoscentes, também requererão mudanças cognitivas mais amplas, designadamente no campo da lógica. Para o Direito em particular, tal requererá que o modo tradicionalmente binário de raciocínio jurídico seja complementado por uma lógica jurídica mais flexível e multivalente (Neuwirth, 2023, p. 69, tradução nossa).

No contexto da percepção subliminar, essa flexibilização impõe-se por virtude da dificuldade em quantificar o ponto a partir do qual estamos perante uma manipulação subliminar, especialmente quando esta se baseia no estímulo simultâneo de vários sentidos. Pense-se, por exemplo, nos julgamentos mediáticos dos nossos dias, cobertos já não apenas pelos meios de comunicação social tradicionais, mas por inúmeras outras fontes. Recentemente, a atriz Gwyneth Paltrow apareceu em tribunal para responder por danos causados no decurso de um acidente de esqui. Grande atenção foi dada ao seu guarda-roupa, apelidado de minimalista ou "riqueza discreta" ("*stealth wealth*"), e múltiplas imagens da atriz foram partilhadas *on-line*, deixando quer os factos, quer o Direito para segundo plano (Dweck, 2023). A dificuldade em chegar à verdade dos factos, ante as narrativas produzidas em juízo e a falibilidade dos meios de prova, foi já uma preocupação da escola realista norte-americana, em particular do chamado cepticismo sobre os factos (*fact scepticism*) (Frank, 1949, p. 418-423). Atualmente, a multiplicidade de estímulos sensoriais que rodeiam a prática judicial apresenta-se também como desafio ao pensamento jurídico tradicional. Assim, imagens como as de Gwyneth Paltrow e a avalanche de publicações e comentários sobre o seu estilo, direcionadas por meio de algoritmos destinados a proporcionar a cada um uma experiência digital moldada às suas próprias preferências, têm o potencial de influenciar não só a opinião pública, mas também a percepção de testemunhas, de peritos e do próprio decisor. Na era da inteligência artificial e da realidade virtual, é possível conceber cenários em que

um conjunto de estímulos ainda mais diversificado e intenso venha a atingir esses decisores a ponto de manipular as suas decisões. É nesse âmbito que se torna premente debater o reconhecimento dessa complexidade e as possíveis respostas a dar, nomeadamente, como propõe Neuwirth (2023), à flexibilização do método jurídico e do Direito em si.

É, porém, na parte final da obra que são colocadas as questões mais abrangentes e fundamentais, entre as quais a necessária interação entre o Direito e a ciência e as implicações que a temática em análise tem em relação ao Direito no seu todo. Estas apresentam-se como pervasivas, espalhando-se por múltiplas áreas do Direito – nomeadamente o direito constitucional, os direitos do consumidor, o direito da concorrência, a propriedade intelectual ou o direito do comércio internacional. Essa dispersão acarreta necessidades de coerência, de modo a respeitar a unidade do sistema jurídico.

Nas palavras do autor:

> Hoje em dia a IA foi já reconhecida como *game changer* com um impacto duradouro em múltiplas áreas e com implicações bem mais amplas. Para o Direito, ela requererá, portanto, um novo pensamento baseado em análises mais profundas e em um estudo mais coordenado de vários regimes jurídicos em todos os níveis de governação (Neuwirth, 2023, p. 93, tradução nossa).

No Direito europeu, a busca dessa coerência traduz-se, desde logo, na necessidade de harmonizar as várias iniciativas regulatórias, já aprovadas ou em fase de discussão, relacionadas às novas tecnologias, nomeadamente o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), o Regulamento Serviços Digitais (DSA), o Regulamento Mercados Digitais (DMA) e o RIA, entre outras.

No entanto, uma perspectiva unificadora deve ancorar-se, antes, no direito constitucional, tendo em conta a relevância do tema em matéria de direitos fundamentais. No contexto europeu, tal perspectiva implica uma análise dos tratados, bem como da Carta de Direitos Fundamentais, integrada no Tratado de Lisboa.

Em particular, diz Neuwirth, há que dar novo sentido ao direito à liberdade de pensamento, tendo em conta a possibilidade de interferência com a mente humana que as técnicas subliminares oferecem, especialmente quando coadjuvadas e postas em prática por sistemas de inteligência artificial. Também o direito à privacidade deverá ser entendido a essa luz, abandonando-se noções como a de "direito a ser deixado em paz", que pautaram em tempos o entendimento deste (Warren; Brandeis, 1890). Há ainda que concatenar esses direitos com o direito à liberdade de expressão, que poderá, à primeira vista, parecer ser coartado por proibições como a do art. 5 da proposta de RIA.

Em matéria de disciplina constitucional das novas tecnologias, o Brasil assumiu um papel pioneiro com a entrada em vigor, em 2014, do Marco Civil da Internet (MCI) (Brasil, 2014). Progride agora para uma fase mais avançada do debate sobre o Marco da Inteligência Artificial

(MIA). Os temas encontram-se profundamente interligados, uma vez que é a conectividade universal oferecida pela internet que possibilita o incomensurável avolumar de dados que, por seu turno, serve de substrato à inteligência artificial. Por sua vez, a inteligência artificial vai, cada vez mais, mudando a forma como a internet é utilizada e experienciada (Gravrock, 2018).

Assim sendo, como deverão relacionar-se os dois normativos e os direitos contemplados em cada um deles (Thompson, 2012)? Deve o MCI ser entendido como superior, por conter a proclamação dos direitos fundamentais da era digital? Ele deve ser revisto? Nesse contexto, sobressai a inclusão entre os princípios do uso da internet no Brasil da "garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal" (art. 3º, I, do MCI) (Brasil, 2014). Diante dos expedientes de manipulação mental descritos, pode porventura se questionar se é ainda suficiente proteger a exteriorização do pensamento ou se se impõe já uma proteção da própria mente, que a defenda de técnicas subliminares e outras intrusões maliciosas.

Outros exemplos poderiam ser aventados para evidenciar a relevância prática do escrito em análise, mas tal desafio é transmitido ao leitor – quer seja este intérprete, aplicador, produtor ou destinatário do Direito. Como a própria obra sugere, as fronteiras entre essas e outras categorias tendem hoje a esbater-se, e é esse carácter *fuzzy* (difuso, vago, nebuloso) do Direito que teremos de aprender a navegar nesta era. Também por isso, uma obra que amalgama Direito, Tecnologia, Neurociência, Filosofia, Linguística, Literatura e cultura popular surge como leitura indispensável no tempo atual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 28 mar. 2024.

BURGESS, Anthony. *A Clockwork Orange*. Londres: Heinemann, 1962.

BUSNELLO, Rosa; STEIN, Lilian Milnitsky; SALLES, Jerusa Fumagalli de. Efeito de *priming* de identidade subliminar na decisão lexical com universitários brasileiros. *Psico*, [*s.l.*], v. 39, n. 1, p. 41-47, jan./mar. 2008.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União. *Exposição de motivos.* Bruxelas, 21 abr. 2021. Disponível

em: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf. Acesso em: 5 abr. 2024.

DWECK, Sophie. Everything Gwyneth Paltrow Wore to Her Ski Trial. *Town & Country*, 31 mar. 2023. Disponível em: https://www.townandcountrymag.com/style/fashion-trends/g43452321/gwyneth-paltrow-ski-accident-courtroom-style/. Acesso em: 4 abr. 2023.

FRANK, Jerome. *Courts on Trial*: Myth and Reality in American Justice. Princeton: Princeton University Press, 1949.

GRAVROCK, Einaras von. How AI Empowers the Future of the Internet. *Forbes*, 15 nov. 2018. Disponível em: https://www.forbes.com/sites/forbeslacouncil/2018/11/15/how-ai-empowers-the-evolution-of-the-internet/?sh=57d3a5683256. Acesso em: 30 dez. 2022.

KARREMANS, Johan C.; STROEBE, Wolfgang; CLAUS, Jasper. Beyong Vicary's Fantasies: The Impact of Subliminal Priming and Brand Choice. *Journal of Experimental Social Psychology*, [*s.l.*], v. 42, n. 6, p. 792-798, nov. 2006.

NEUWIRTH, Rostam J. *The EU Artificial Intelligence Act*: Regulating Subliminal AI Systems. Londres: Routledge, 2023.

NEUWIRTH, Rostam J. *Law in the Time of Oxymora*: A Synaesthesia of Language, Logic and Law. Londres: Routledge, 2018.

PACKARD, Vance. *The Hidden Persuaders*. [*S.l.*]: Longmans: Green & Co, 1957.

PORTUGAL. Directiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Directiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual»). *Jornal Oficial da União Europeia*, 15 abr. 2010. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0013&from=EN. Acesso em: 3 abr. 2023.

PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria-Geral da República. *Convenção Europeia sobre a televisão transfronteiras*, [*s.d.*]. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_europeia_televisao_transfronteiras.pdf. Acesso em: 3 abr. 2023.

SANDBERG, Kristian *et al*. A Window of Subliminal Perception. *Behavioural Brain Research*, [*s.l.*], v. 426, n. 113842, 2022.

THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, [*s.l.*], v. IV, n. 5, p. 193-220, 15. dez. 1890.

Célia F. Matias

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China.

celiamatias@um.edu.mo

2024

ISSN 2317-6172

v. 20

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

ISSN 2317-6172
9 772317 617004